CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

DERECHO
PROCESAL PENAL
LECCIONES

SEGUNDA EDICIÓN
2020

INPECCP
INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES
FONDO EDITORIAL

CENALES
CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES SAC
FONDO EDITORIAL

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
PROFESOR PRINCIPAL DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PROCESAL PENAL
LECCIONES

SEGUNDA EDICIÓN
2020

CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

COORDINADOR
ALEXANDER GERMÁN SANCHEZ TORRES

INPECCP
INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES
FONDO EDITORIAL

CENALES
CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES SAC
FONDO EDITORIAL

Derecho Procesal Penal
Lecciones
Perú; Septiembre de 2020

© César San Martín Castro

Diseño de Portada, Diagramación
Janet Torres Nicho
Joy Quinterio Hurtado Caballero
Julissa Victoria Ricopa Pacaya

Corrección de Estilo
José Luis Riega Cayetano

Editores
© Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales
Avenida Camino Real, 493 – Of. 501
Distrito de San Isidro
© Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales
Avenida Camino Real, 493 – Int. SOT1
Distrito de San Isidro

Segunda Edición: Septiembre 2020

Tiraje: 2000 Ejemplares

ISBN: 978-612-45166-4-1

Impresión: Corporación Gráfica JMD

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2020-04495

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor y editores, quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

A mi familia. A los anteriores: Charo, César y Diego.
A los recientes: María Zobeida y nuestra pequeña Valeria.
A todos con amor.

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas y convencionalismos utilizados XLIX
Presentación editorial Prof. Dr. D. Miguel Rafael Pérez Arroyo LI
Presentación Prof. Dr. César San Martín Castro LIII

PARTE PRIMERA
DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN

LECCIÓN PRIMERA
DERECHO PROCESAL PENAL

I. DERECHO PROCESAL
1. Conceptos fundamentales 3
2. Definición de derecho procesal 4

II. DERECHO PROCESAL PENAL
1. Definición 6
2. Autonomía del derecho procesal penal 6
3. Extensión del derecho procesal penal 8
4. Función del derecho procesal penal 8
4.1 Derecho penal y derecho procesal penal 9
4.2 Ámbito funcional del derecho procesal penal 10
5. Esencia del derecho procesal penal 12
6. Metas y medios del derecho procesal penal 14
7. Fuentes del derecho procesal penal 16
7.1. Concepto. Legalidad procesal penal 16
7.2. Las otras fuentes del derecho procesal 19

III. FINALIDAD DEL DERECHO PROCESAL PENAL 21

LECCIÓN SEGUNDA
NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

I. NORMAS PROCESALES. ASPECTOS GENERALES
1. Contenido 23
2. Clasificación 24
3. Naturaleza 25
4. Preceptos procesales del Código Penal 26

II. EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES
1. Aspectos generales 27
2. Eficacia espacial de las normas procesales 27
3. Eficacia temporal de las normas procesales 28
3.1. Bases constitucionales y legales 28
3.2. Progresividad y favorabilidad 31
4. Eficacia personal de las normas procesales 33

III. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES
1. Aspectos generales de la interpretación de las normas procesales 38
2. Aspectos específicos de la interpretación de las normas procesales 39

IV. EL PROCESO PENAL 42

V. EL SISTEMA PROCESAL PENAL 44

LECCIÓN TERCERA
CONSTITUCIÓN, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

I. PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN
1. Aspectos generales 53
1.1. Planteamiento básico 53
1.2. Conflictos constitucionales en el proceso penal 54

II. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL
1. Concepto 58
2. Clasificación 61
3. Principios de necesidad y oficialidad 62

4. Principios de legalidad u obligatoriedad y de oportunidad 63
4.1. Principio de legalidad u obligatoriedad 63
4.2. Principio de oportunidad reglada 64
5. Principios de aportación de parte y de investigación de los hechos 65
6. Principios estructurales del proceso 69
6.1. Principio de dualidad 69
6.2. Principio de contradicción 69
6.3. Principio de igualdad de armas procesales 70
6.4. Principio de eficacia de la serie procedimental 72
7. Principio relativo a la configuración del objeto procesal: el acusatorio 73
7.1. Concepto 73
7.2. Notas esenciales 74
8. Principio de valoración libre de la prueba 78
9. Principio de oralidad en el proceso penal 80
9.1. Aspectos Generales 80
9.2. Oralidad y procedimiento probatorio 91
9.3. Oralidad y formación de la causa 106
9.4. Oralidad y realidad procesal 109
10. Principio de inmediación 115
11. Principio de concentración 119
12. Principio de publicidad 120

III. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

1. Definición y alcance de las garantías procesales penales 125
2. Clasificación de las garantías procesales 126
3. Garantía del debido proceso 127
3.1. Concepto y alcances 127
3.2. Juez legal 128
3.3. Juez imparcial 131
3.4. Plazo razonable 135
3.5. *Non bis in idem procesal* o interdicción de la persecución penal múltiple 141
3.6. Derecho al recurso: doble grado de jurisdicción 142
3.7. Legalidad procesal penal 145
4. Garantía de tutela jurisdiccional 146
4.1. Concepto y contenido 146
4.2. Derecho al proceso 146
4.3. Derecho a una sentencia fundada en derecho 148

4.4. Derecho a acceso a los recursos legalmente previstos 152
4.5. Derecho a la firmeza, la invariabilidad y la cosa juzgada 152
4.6 Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales 153
5. Garantía de la presunción de inocencia 153
5.1. Concepto y manifestaciones 153
5.2. Presunción de inocencia como regla de prueba 155
5.3. Presunción de inocencia como regla de juicio. El *in dubio pro reo*.. 156
6. Garantía de defensa procesal 158
6.1. Concepto y contenido 158
6.2. Presupuesto de la garantía de defensa procesal 159
6.3. Derecho instrumenal de la garantía de defensa procesal 164
6.3.1. Derecho de defensa técnica y de autodefensa 164
6.3.2. Derecho a probar y controlar la prueba 168
6.3.3. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable 171

IV. TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 175

PARTE SEGUNDA
EL ÓRGANO JURISDICCIONAL PENAL:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

LECCIÓN CUARTA
PRESUPUESTOS PROCESALES Y JURISDICCIÓN PENAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES
1. Concepto y alcances 181
2. Clasificación 182

II. REGULACIÓN 182

II. JURISDICCIÓN PENAL
1. Antecedentes 183
2. Definición 184
3. Órganos jurisdiccionales penales 185
4. Extensión y límites de la jurisdicción penal 186
4.1. Extensión de la jurisdicción penal 186
4.2. Límites de la jurisdicción penal 186
4.2.1. Criterio objetivo 186

4.2.2. Criterio territorial 187
4.2.3. Criterio subjetivo 188

IV. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL
1. Aspectos fundamentales 189
2. El delito militar 191
3. Conflictos de jurisdicción 192
3.1 Concepto 192
3.2 Decisión 193
3.3 Criterios de definición 193
3.4 Precisiones adicionales 194

LECCIÓN QUINTA
COMPETENCIA PENAL

I. CONCEPTO Y ALCANCES 196

II. COMPETENCIA OBJETIVA
1. Concepto 198
2. Criterios 198
2.1. Criterio por razón de la persona del imputado: *Ratione personae* 198
2.2. Criterio general por razón de la materia: *Ratione materiae general* 199
2.3. Criterio especial por razón de la materia: *Ratione materiae especial* 199

III. COMPETENCIA FUNCIONAL
1. Concepto 200
2. Manifestaciones de la competencia funcional 200
2.1. Proceso penal declarativo 200
2.2. Proceso penal de ejecución 201
2.3. Proceso penal de protección provisional o coerción 202

IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL 202

V. COMPETENCIA TERRITORIAL
1. Fueros ordinarios generales 204
2. Fueros ordinarios especiales y el sistema especializado en corrupción de funcionarios 205

3. Fueros extraordinarios 207
4. Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial 208

VI. NORMAS DE REPARTO 209

VII. COMPETENCIA POR CONEXIÓN
1. Concepto 210
2. Hechos punibles conexos 211
3. Reglas de competencia por conexidad procesal 212
3.1. Competencia objetiva 212
3.2. Competencia territorial 213

VIII. CUESTIONES DE COMPETENCIA
1. Concepto 215
2. Declinatoria de competencia 216
3. Transferencia de competencia 217
4. Contienda de competencia 219
5. Acumulación procesal 221
6. Inhibición y recusación 223
6.1. Definición y alcance 223
6.2. Sistema de recusación del CPP 227
6.3. Causas o motivos de inhibición y recusación 228
6.4. Procedimiento de la inhibición y recusación 232
6.4.1. Inhibición 232
6.4.2. Recusación 233
6.5. Efectos de la recusación de la inhibición y recusación 234
6.6. Extensión de la inhibición y recusación 235

PARTE TERCERA
LAS PARTES PROCESALES

LECCIÓN SEXTA
LAS PARTES PROCESALES: TEORÍA GENERAL

I. CONCEPTO
1. Alcances 239
2. Concepto 240

II. REGULACIÓN
1. Descripción normativa 241
2. Denominación utilizada 242

III. CLASIFICACIÓN
1. Criterios de clasificación 243
2. Partes y posición procesal 243
2.1. Las partes penales 244
2.2. Las partes civiles 245
3. Partes y necesidad de su intervención 246
4. Partes y carácter de su intervención 246

LECCIÓN SÉPTIMA
LAS PARTES ACUSADORAS

I. EL MINISTERIO PÚBLICO
1. Concepto y configuración institucional 250
1.1. Concepto 250
1.2. Institucionalidad del Ministerio Público 251
2. Actividad y legitimación 254
2.1. Roles del Ministerio Público 254
2.1.1. Conductor de la investigación preparatoria 255
2.1.2. Acusador público 257
2.1.3. Parte del recurso 258
2.2. Capacidad y legitimación del Ministerio Público 259
2.3. Ministerio Público y Policía 259
2.4. Ministerio Público y excusa 261
2.5. Ministerio Público y facultades coercitivas 261
2.5.1. Medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos 261
2.5.2. Citación compulsiva 262

II. LA POLICÍA NACIONAL
1. Aspectos generales 263
2. La función policial de investigación del delito 265
3. Las atribuciones de la Policía de Investigación 266
4. La función criminalística de la Policía Nacional 268

III. EL QUERELLANTE PARTICULAR
1. Base legal 270
2. Precisiones conceptuales 271

IV. EL ACTOR CIVIL
1. Base legal 273
2. Precisiones conceptuales 274
3. Víctima y proceso penal 276
3.1. Aspectos generales 276
3.2. Víctima y reparación 285
3.3. Víctima e intervención corporal 293

LECCIÓN OCTAVA
LAS PARTES ACUSADAS

I. EL IMPUTADO 298
1. Concepto 298
2. Capacidad 300
2.1. Capacidad para ser parte 300
2.2. Capacidad procesal 300
2.3. Legitimación pasiva 302
2.4. Postulación 302
3. Derechos 303
3.1. Derechos de participación 303
3.2. Derechos de actuación pasivos 305
3.3. Derechos de protección frente a los medios de comunicación 306
4. Deberes 307
4.1. Moralidad procesal 307
4.2 Presencia y ausencia del imputado 307

II. EL ABOGADO DEFENSOR
1. Concepto 309
2. Posición procesal del abogado defensor 309
3. Derechos y deberes del abogado defensor 310
4. Defensor voluntario y defensor necesario 311
5. Reemplazo, exclusión, sanción, sustitución y expulsión del abogado defensor 311

III. LA PERSONA JURÍDICA
1. Planteamiento 313
2. Incorporación como parte 313
3. Procedimiento ulterior 314
4. Derechos y garantías 315
5. La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas 316

IV. LAS PARTES CIVILES
1. Planteamiento 319
2. Incorporación como parte del responsable civil 320
3. Procedimiento ulterior 321
4. La responsabilidad administrativa de las personas jurídica 321
5. Derechos y garantías 322

V. AUDIENCIAS Y SU CLASIFICACIÓN 322

PARTE CUARTA
ACCIÓN PENAL, ACCIÓN CIVIL Y OBJETO PROCESAL

LECCIÓN NOVENA
ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL

I. ACCIÓN PENAL
1. Acciones generales 329
1.1. Concepto 329
1.2. Alcance 329
1.3. Contenido 331
2. Modalidad de ejercicio 331
3. Principios informativos 333
4. Características 334
5. Las causales de extinción de la acción penal y los presupuestos procesales 334
5.1. Interrelación entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal 334
5.2. Legislación nacional 336

II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. Concepto y justificación 337
2. El artículo 2 CPP 338
   2.1. Criterios de oportunidad 338
      2.1.1. Primer grupo 339
      2.1.2. Segundo grupo 341
   2.2. Momento procesal 342

III. ACCIÓN CIVIL EX DELICTO

1. Concepto 343
2. Naturaleza de la acción civil *ex delicto* 345
3. Reparación civil y ejercicio de la acción civil *ex delicto* 348
   3.1. Presupuestos legales 348
   3.2. Perspectivas procesales 349
   3.3. La declaración de nulidad de actos jurídicos post delictivos 349
4. Adiciones – Delitos privados y delitos semipúblicos 350
   4.1. Identificación 350
   4.2. Los delitos privados 350
   4.3. Los delitos semipúblicos 351
5. Legitimación activa y pasiva 352
   5.1. Legitimación activa 352
   5.2. Legitimación pasiva 353
6. La petición en la acción civil *ex delicto* 354
7. La causa de pedir en la acción civil *ex delicto* 355
8. Competencia funcional 356

IV. CUESTIÓN PREVIA

1. Introducción 356
2. Concepto 357
3. Requisito o condición de procedibilidad 358
4. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad 358

V. CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. Concepto 359
2. Requisitos 360
3. Clases 360

3.1. Causas prejudiciales homogéneas y heterogéneas 361
3.2. Causas prejudiciales devolutivas e incidentales 361
3.2.1. Cuestiones prejudiciales devolutivas 361
3.2.2. Cuestiones prejudiciales no devolutivas 362
4. Tratamiento procedimental 363

VI. EXCEPCIONES
1. Concepto 363
2. Clasificación 365
2.1. Aspectos generales 365
2.2. Excepción de naturaleza de juicio 365
2.3. Excepción de naturaleza de amnistía 366
2.4. Excepción de cosa juzgada 366
2.5. Excepción de prescripción 366
2.6. Excepción de improcedencia de acción 367
3. Tratamiento procedimental 368
4. Presupuesto y trámite de las cuestiones referentes a la persecución penal 368

LECCIÓN DÉCIMA
OBJETO PROCESAL

I. CONCEPTO 370

II. OBJETO PENAL
1. Concepto 371
2. Elementos esenciales 371
3. Funciones 373

III. OBJETO CIVIL
1. Concepto 374
2. Pretensión civil 374
2.1. Definición y alcance 374
2.2. Pretensión civil anulatoria excepcional 375
2.3. Régimen procesal 376
3. Identificación. Elementos esenciales 376

PARTE QUINTA
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL
(EL PROCESO COMÚN)

LECCIÓN UNDÉCIMA
TEORÍA GENERAL

I. EL PROCESO PENAL 381

II. CLASES DE PROCESO PENAL 382

III. EL PROCESO PENAL COMÚN DECLARATIVO DE CONDENA 383

LECCIÓN DUODÉCIMA
LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. INTRODUCCIÓN

1. Regulación legal 384
2. Aspecto fundamental 384
3. Definición y finalidad 386
   3.1. Definición 386
   3.2. Finalidad 386
4. Funciones 387
5. Contenido 388
6. Notas características 388
   6.1. Carácter preparatorio de la investigación 389
   6.2. El principio de la documentación 389
   6.3. El principio de la investigación de oficio 390
   6.4. El principio del secreto de las actuaciones 390
7. Facultades coercitivas 391
8. Funciones del juez de la investigación preparatoria 392

II. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

1. La denuncia 393
2. Actos iniciales y diligencias preliminares 394
   2.1. Actos iniciales 394
   2.2. Diligencias preliminares 394

2.3. La inspección preliminar 396
2.4. El informe policial 398
2.5. La disposición de archivo 399
2.6. Impugnación de la disposición de archivo 400
2.7. La acusación directa 402
3. La investigación preparatoria formalizada. La disposición fiscal 403
3.1. La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria . 403
3.2. Las diligencias de la investigación preparatoria 405
3.3. La tutela de derechos y la disposición de formalización de la investigación preparatoria 406

III. POLICÍA NACIONAL Y MINISTERIO PÚBLICO
1. Ámbito de las relaciones funcionales entre ambas instituciones 408
2. Principales funciones genéricas del Ministerio Público 410
3. Diligencias preliminares 410
3.1. Las diligencias de prevención 410
3.2. Identificación de las diligencias policiales de investigación 411

IV. ACTOS DE INVESTIGACIÓN
1. Concepto y clases 411
2. Actos de investigación comunes 415
3. Actos de investigación limitativas de derechos 417

V. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS
1. Conceptos generales 418
2. Presupuestos generales para la adopción de las medidas de búsqueda de pruebas 421
3. Clasificación de las medidas 422
4. Procedimiento de habilitación de medidas 426
5. Intervención de las comunicaciones telefónicas 428
5.1. Referencia constitucional 428
5.2. El derecho a la intimidad 428
5.3. El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 2.10 C.) 430
5.4. Titularidad y límites del derecho 431
5.5. Delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones 432
5.6. Extensión de la protección constitucional 435

5.7. La intervención de las comunicaciones 437
5.8. Garantías de la interceptación de las comunicaciones 439
5.9. Garantías de la intervención de comunicaciones 442
5.10. Presupuestos y requisitos de la intervención de las comunicaciones 442
5.11. Presupuestos constitucionales de la intervención de comunicaciones 443
5.12. Tutela penal 453
5.13. Inutilización probatoria 453
5.14. La intervención de comunicaciones 454
5.15. Legalidad procesal 457
5.16. Presupuestos 457
5.17. Naturaleza jurídica de la intervención telefónica 458
5.18. La intervención telefónica 458
5.19. Requerimiento fiscal y auto judicial 459
5.20. Ejecución de la medida (artículo 231 del CPP) 460
5.21. Intervención del afectado 461
6. Diligencia de allanamiento y registro 462
6.1. Diligencia de allanamiento. Concepto 462
6.2. Finalidad 465
6.3. Elementos subjetivos 465
6.4. Objeto material 468
6.5. Requisitos formales 472
6.6. Consentimiento 476
6.7. El estado de necesidad 477
6.8. El allanamiento en flagrancia delictiva o de inminencia delictiva 478
6.9. Los allanamientos inconstitucionales 481
7. Registro e intervención corporal 483
7.1. El registro corporal 483
7.2. La intervención corporal 486
7.3. La intervención corporal a terceros 492
7.4. La prueba de alcoholemia 494

VI. CADENA DE CUSTODIA

1. Bases legales y conceptuales previas 497
2. La cadena de custodia: definición y alcances 500
3. La ruptura de la cadena de custodia 503

VII. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

1. Aspectos generales 506
   1.1 Fundamento 506
   1.2. Crimen organizado y nuevas tecnologías investigativas 508
2. El agente encubierto o especial 509
   2.1. Definición 509
   2.2. Regulación legal 511
   2.3. Valoración 511
   2.4. Exención de responsabilidad 516
   2.5. Algunos problemas probatorios 516
      2.5.1. Efectos probatorios 516
      2.5.2. La ilicitud probatoria derivada de la infiltración 516
      2.5.3. Testimonial del agente encubierto 517
   2.6. Problemas probatorios 518
      2.6.1. Efectos probatorios 518
      2.6.2. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial 518
      2.6.3. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación 518
      2.6.4. Identificación y recogida del cuerpo del delito 518
      2.6.5. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida 518
3. La circulación y entrega vigilada 519
   3.1. Definición 519
   3.2. Objeto 520
   3.3. Procedimiento 520
   3.4. Envíos postales 521
4. Las operaciones encubiertas 521
   4.1. Definición 521
   4.2. Procedimiento 522
   4.3. Valoración 523

VIII. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. El plazo 523
2. El proceso complejo 524
3. La determinación del plazo 524
4. La intervención del juez de la investigación preparatoria 525
5. Investigación preparatoria y control del plazo 525

5.1. Aspectos generales 525
5.2. Plazo de las Diligencias Preliminares 530
5.3. Plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada 535

LECCIÓN DÉCIMA TERCERA
LA ETAPA INTERMEDIA

I. ASPECTOS GENERALES
1. Concepto 540
2. Resultado 540
3. Funciones 541
3.1. Función principal 541
3.2. Función secundaria o accesoria 542
4. Características 542
5. Sistema adoptado 443
6. Fases 545
7. Procedimiento 546

II. EL SOBRESEIMIENTO
1. Concepto 546
2. Notas esenciales 546
3. Clases de sobreseimiento 547
4. Efectos 547
5. Recursos 548
6. Presupuestos 548
6.1. Enumeración 548
6.2. Elementos constitutivos 548
7. Audiencia preliminar de control del requerimiento de sobreseimiento 550
8. Decisión del juez de la investigación preparatoria 552

III. LA ACUSACIÓN FISCAL
1. Referencias normativas 553
1.1. Introducción 553
1.2. Concepto 554
2. Presupuestos procesales 556
3. Contenido de la acusación 560
4. Acusación y juicio oral 562

5. Audiencia preliminar de control de la acusación 566
5.1. Objeto 566
5.2. Pasos previos 566
5.3. Características 567
5.4. Desarrollo 568
6. Decisiones tras la audiencia preliminar 568
6.1. Regla general 568
6.2. Ámbitos específicos 569
7. Las convenciones probatorias 571

IV. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO
1. Concepto 572
2. Efectos 572
3. Contenido 572
4. Remisión de actuaciones 573

V. EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO 573

LECCIÓN DÉCIMA CUARTA
LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

I. ASPECTOS BÁSICOS
1. Concepto 575
2. Principios 575
3. Regulación legal 576

II. RÉGIMEN DEL JUICIO ORAL
1. Régimen de la publicidad 577
2. Régimen de la conceptración 578
3. Régimen de la concurrencia de los sujetos procesales. Inmediación 580
4. Régimen de los incidentes 581
5. Régimen disciplinario 581
6 Régimen de dirección, poder discrecional y auxilio jurisdiccional 582
6.1. Poder de dirección 582
6.2. Poder discrecional 583
6.3. Auxilio jurisdiccional 583
7. Régimen de documentación del juicio 584

7.1. Registro de actuaciones 584
7.2. Intervención y peticiones de las partes 584
7.3. Resoluciones dictadas en la audiencia 584

III. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL

1. Estructura del juicio oral 585
2. El periodo inicial 585
2.1. Actos preparatorios o preliminares del juicio 585
2.2. Actos de instalación y apertura del juicio 586
2.3. Alegatos preliminares o de apertura 586
2.4. Actos del deber judicial de instrucción 587
2.5. Conformidad 587
2.6. Características de la conformidad 589
2.7. Actos de ofrecimiento de prueba 589
3. El periodo probatorio 590
3.1. Método de la actuación probatoria 590
3.2. Declaración del acusado 591
3.3. Declaración del testigo 592
3.4. Examen del perito 593
3.5. Disposiciones comunes a testigos y peritos 593
3.6. Exhibición y debate de la prueba material 594
3.7. Prueba documental 594
3.8. Prueba adicional 595
4. El periodo decisorio I. Alegatos finales 596
4.1. Reglas generales. Posición de las partes 596
4.2. Alegato final del fiscal 597
4.3. Acusación complementaria 597
4.4. Alegato de la defensa de las demás partes 598
4.5. Autodefensa del acusado 598
5. El periodo decisorio II. Deliberación y sentencia 599
5.1. Deliberación 599
5.2. Redacción de la sentencia 600
5.3. Lectura de la sentencia 600
5.4. Recurso de apelación 601

LECCIÓN DÉCIMA QUINTA
LA SENTENCIA

I. ASPECTOS BÁSICOS

1. Concepto 602
2. Naturaleza jurídica 603
3. Génesis lógica 603
4. Requisitos 604
   4.1. Requisitos externos 604
   4.2. Requisitos internos 606
5. Desvinculación procesal 612
   5.1. Regulación jurídica 612
   5.2. Pretensión acusatoria 614
   5.3. Problemas interpretativos 617
6. Aclaración y corrección de sentencia (y demás resoluciones) 620
   6.1. Aspectos básicos 620
   6.2. Aclaración de resoluciones 621
   6.3. Corrección de resoluciones 622

II. EFECTOS DEL PROCESO

1. Cosa juzgada 623
   1.1. Concepto 623
   1.2. Clasificación 624
   1.3. Fundamento 624
   1.4. Cosa juzgada material 625
      1.4.1. Resoluciones que la intetgran 625
      1.4.2. Efectos positivos 625
      1.4.3. Efectos negativos 626
   1.5. Impugnación de la cosa juzgada 627
2. Las costas 628
   2.1. Concepto 628
   2.2. Regulación básica y aspectos esenciales 628
   2.3. Imposición 629
   2.4. Tasación 630

PARTE SEXTA
EL PROCESO PENAL DE PROTECCIÓN PROVISIONAL
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

LECCIÓN DÉCIMA SEXTA
PROCESO PENAL Y MEDIDAS DE COERCIÓNCONCEPTOS GENERALES

I. EL PROCESO DE PROTECCIÓN

1. Concepto y naturaleza jurídica 633
2. Notas características 635

II. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

1. Concepto 636
2. Estructura 639
3. Presupuestos e impugnación 640
   3.1. Presupuesto material y requisitos 640
   3.2. Presupuesto formal 641
   3.3. Efectos jurídicos 642
   3.4. Recursos 642
4. Clasificación 642
5. Elementos 643
6. Juicio de coerción 644
7. Principio *Pro Hominie* 645

LECCIÓN DÉCIMA SÉPTIMA
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES

I. CONCEPTO 646

II. DETENCIÓN

1. Concepto 647
2. Antecedentes (antes de la reforma) 648
   2.1. Detención policial 648
   2.2. Detención judicial preliminar 649
3. Decreto Legislativo 1298 650
4. Arresto ciudadano 655
5. Detención convalidada 656

6. Detención incomunicada 656
7. Recurso de apelación 658

III. PRISIÓN PREVENTIVA

1. Concepto 658
2. Presupuestos 665
2.1. Presupuestos materiales 665
2.1.1. Fundados y graves elementos de convicción o sospecha fuerte 666
2.1.2. Motivos de prisión 670
2.2. Presupuestos formales 677
2.2.1. La pretensión coercitiva de prisión preventiva 678
2.2.1.1 Alcances 678
2.2.1.2 Elementos objetivos 678
2.2.2. Auto de prisión: valoración y estandar de la decisión 681
2.2.3. La Ley 31012, Ley de protección policial 686
3. Duración 688
3.1. Plazos ordinario y especial 688
3.2. Prolongación de la prisión preventiva 689
3.3. El plazo razonable de la prisión preventiva y su prolongación 689
4. Impugnación 690
5. Cómputo del plazo 694
6. Revocatoria de comparecencia por prisión 694
7. Prisión incomunicada 694
8. Cesación de la prisión preventiva 695
8.1. Concepto 695
8.2. Decreto Legislativo 1229 696
8.3. Cesación de prisión preventiva y legislación en materia de emergencia sanitaria 697
8.3.1 El Decreto Legislativo 1513. Aspectos generales 697
8.3.2 Presupuestos materiales de la cesación de prisión preventiva 698
8.3.3 Condiciones procesales de la cesación de prisión preventiva 699

IV. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

1. La medida adicional de vigilancia electrónica personal 701

V. LA INTERNACIÓN PREVENTIVA 703

VI. COMPARECENCIA
1. Concepto y alcances 704
2. Comparecencia simple 704
3. Comparecencia restrictiva 705
3.1. Características generales 705
3.2. La vigilancia electrónica personal 705
3.2.1. Antecedentes (antes de la reforma) 705
3.2.2. Decreto Legislativo 1322 707
3.2.3. A partir del Acuerdo Plenario 2-2019/CJ-116 709

VI. ARRAIGO 711

VII. SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS 712

LECCIÓN DÉCIMA OCTAVA
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN REALES

I. DEFINICIÓN 714

II. CLASES E IDENTIFICACIÓN
1. Clasificación 715
2. Identificación 715
3. Presupuestos materiales 715
3.1. *Fumus delicti comissi* 715
3.2. *Periculum libertatis* 716
4. Procedimiento 716
5. Las concretas medidas de coerción reales 718
5.1. El embargo 718
5.2. La inhibición 720
5.3. Decomiso e incautación 721
5.3.1. Decomiso 721
5.3.2. Incautación instrumental 731
5.3.3. Incautación cautelar 735
5.3.4. Prespuestos de la incautación 736
5.3.5. Otros temas vinculados 740

5.4. Las medidas preventivas contra personas jurídicas 741
5.5. Medida de coerción contra personas jurídicas en caso de responsabilidad administrativa 743
5.5.1 Concepto 743
5.5.2 Notas características 744
5.6. Medidas anticipadas, desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos 744
5.7. Secuestro conservativo 746

PARTE SÉPTIMA
EL DERECHO PROBATORIO PENAL

LECCIÓN DÉCIMA NOVENA
ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

I. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN
1. Definición 751
1.1. Concepto 751
1.2. Limitaciones. Relación prueba y verdad 753
1.3. Principios de la actividad probatoria 754
1.4. Actividad probatoria 754
2. Función 754
3. El derecho a la prueba 755
4. Regulación de la prueba 757

II. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA
1. Objeto de la prueba 758
2. Libertad de prueba 759
2.1. Regla general 759
2.2. Objeto de la prueba 760
2.3. Medios de prueba 761
3. Objeto concreto y carga de la prueba 762
3.1. Objeto concreto de la prueba 762
3.2. Carga de la prueba 762

III. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA
1. Noción y alcances 763
2. Diferencias 764

IV. NOTAS Y PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. Notas esenciales 765
2. Principios reguladores 767
   2.1. Principios básicos 767
   2.2. Otros principios 770

V. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

1. Fuente y medio de prueba 772
2. Fuentes de prueba 772
3. Medios de prueba 773
   3.1. Concepto y alcances 773
   3.2. Identificación de los medios de prueba 774

LECCIÓN VIGÉSIMA
MEDIOS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

I. EL IMPUTADO Y SU DECLARACIÓN

1. Marco Jurídico 775
2. Aspecto problemático 779
3. La confesión del imputado 784
   3.1. Concepto 784
   3.2. Efectos 785

II. EL TESTIMONIO

1. Concepto 786
2. Estatuto jurídico del testigo 787
3. Capacidad, incompatibilidad, abstención 788
4. Estructura de la testimonial 789
5. Valoración del testimonio 791

III. LA PERICIA

1. Concepto 793
2. Designación de peritos 796
3. El testigo-perito 796
4. Estructura de la prueba pericial 797
5. Especialidad en pericias institucionales 798

6. Impugnación 800
7. El perito de parte 801
8. La pericia cultural 801
9. Valoración de la pericia 803
10. La prueba científica 804

IV. EL CAREO

1. Concepto 806
2. Reglamentación legal 807
2.1. Presupuestos 807
2.2. Necesidad 807
2.3. Intervinientes 808
2.4. Práctica 808
2.5. Medio careo 809

V. LA PRUEBA DOCUMENTAL

1. Concepto 809
2. Existencia, validez y eficacia del documento 811
3. Adquisición procesal 811
4. Reconocimiento e impugnación 812
5. Actuación 812
6. Valoración 813
7. Informe 813
8. Prueba electrónica 814

VI. EL RECONOCIMIENTO

1. Concepto 816
2. Reconocimiento de personas 816
2.1. Concepto y fundamento 816
2.2. Procedimiento 817
3. Reconocimiento impropio 819
4. Reconocimiento de voces y otros 819
5. Reconocimiento de cosas 819
6. Fotografías y videos 820

VII. LA INSPECCIÓN JUDICIAL 821

VIII. LA RECONSTRUCCIÓN 824

IX. LAS PRUEBAS ESPECIALES

1. Regulación 827
2. Levantamiento de cadáver 827
3. Necropsia 828
   3.1. Alcance 828
   3.2. Destino del cadáver 829
   3.3. Pericias auxiliares 830
4. Pericias medico legales 830
5. Prueba de preexistencia y pericia de valoración 831

X. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

1. Fases del procedimiento probatorio 832
2. Fase de proposición probatoria 833
3. Fase de admisión 833
4. Fase de práctica 835

LECCIÓN VIGÉSIMA PRIMERA
PRUEBA PRECONSTITUIDA, PRUEBA ANTICIPADA, CONVENCIÓN PROBATORIA Y PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

I. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA 'SUMARIAL'

1. Alcances 836
2. Irrepetibilidad 837
   2.1. Concepto 837
   2.2. Irrepetibilidad previsible 838
   2.3. Irrepetibilidad no previsible 839
3. Urgencia 839

II. PRUEBA PRECONSTITUIDA

1. Concepto 839
2. Notas esenciales 840
3. Conclusión 841
4. Informe Especial de la Contraloría General de la República 841

III. PRUEBA ANTICIPADA

1. Concepto y regulación 843
2. Ámbito objetivo 844

3. Motivos de irrepetibilidad 844
4. Solicitud y práctica 844
5. Reproducción en el juicio oral 845
6. Decreto Legislativo 1307 846

IV. CONVENCIÓN PROBATORIA
1. Reconocimiento legal 847
2. Ámbito de funcionamiento 847

V. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA
1. Definición 848
2. Identificación 849
3. Presupuestos 850
4. Procedimiento 850
5. Límites 850

LECCIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA
APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y PRUEBA ILÍCITA

I. ALCANCES DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA 852

II. MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA 858

III. REGLAS VALORATIVAS INCORPORADAS LEGALMENTE 861

IV. LA PRUEBA INDICIARIA
1. Aspectos generales 861
1.1. Concepto y alcances 861
2. Objeto de prueba 864
3. Necesidad de prueba 866
4. Clases de prueba 868
5. La presunción judicial o la prueba por indicios-Aspectos generales 869
6. Reglas de prueba por indicios 873
7. La prueba en contrario-el contraindicio 876
8. El control impugnativo de la prueba por indicios 877
9. Tipología de indicios 878
10. Algunos indicios –Casuística judicial 879

V. EL SILENCIO DEL IMPUTADO
1. Ámbito constitucional del derecho 881
2. Valoración del silencio 882
3. La versión del imputado 883

VI. DECLARACIONES SUMARIALES Y PLENARIALES CONTRADICTORIAS 883

VII. TESTIGOS DE REFERENCIA 885

VIII. LAS DECLARACIONES ESCASAMENTE FIABLES
1. Planteamiento 886
2. La declaración del coimputado 887
3 La declaración de la víctima 888

IX. PRUEBA ILÍCITA E INUTILIZACIÓN PROBATORIA
1. Preliminar 889
2. Referencias normativas (individualización de las prohibiciones probatorias) 895
3. Régimen normativo 905

PARTE OCTAVA
IMPUGNACIÓN PENAL

LECCIÓN VIGÉSIMA TERCERA
IMPUGNACIÓN PENAL

I. ASPECTOS GENERALES
1. Regulación 935
2. Definición 935
3. La impugnación penal 936
3.1. Concepto y tipología 936
3.2. Bases de la impugnación. Notas esenciales 937
3.3. Recurso 938
3.4. Fundamento 939
3.5. Notas esenciales 940

II. RECURSOS PENALES Y CLASIFICACIÓN

1. Clasificación 941
2 Condiciones constitucionales del sistema de recurso 943
2.1. Exigencias constitucionales 943
2.2. Directivas en materia de recursos 943
2.2.1 Antecedentes: SCIDH del 2 de julio de 2004: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica 944
2.2.2 Análisis de la CIDH 945
2.2.3. Directivas a partir de lo resuelto por la Corte 946
3. Principios generales del recurso 946
3.1 Identificación 946
3.2. Principio dispositivo 947
3.3. Limitada competencia del Tribunal Superior. Efecto parcialmente devolutivo 947
3.4. Prohibición de la *reformatio in peius* 948
3.5. Poder de reparación o integración 950
3.6. Renuncia, desistimiento e irretractabilidad 950
3.6.1. Regla general 950
3.6.2. Desistimiento 951
3.6.3. Irretractibilidad 952
4. Presupuestos procesales del recurso 953
4.1. Definición y alcance 953
4.2. Presupuestos subjetivos 953
4.2.1. Gravamen 953
4.2.2. Conducción procesal 955
4.3. Presupuestos objetivos 956
4.4. Presupuestos formales 957
4.4.1. Tiempo 957
4.4.2. Lugar 958
4.4.3. Modo 958
5. Efectos del recurso 959
5.1. Planteamiento inicial 959
5.2. Efecto devolutivo 960
5.3 Efecto suspensivo 960
5.4. Efecto extensivo 961
5.5. Efecto diferido 962

6. Adhesión al recurso 963
7. Clasificación de los recursos 964
7.1. Por el órgano competente 964
7.2. Por la resolución recurrida 965
7.3. Por el ámbito de impugnación 965

LECCIÓN VIGÉSIMA CUARTA
LOS RECURSOS PENALES

I. EL RECURSO DE REPOSICIÓN
1. Concepto 967
2. Resoluciones impugnables 967
3. Procedimiento 968

II. EL RECURSO DE APELACIÓN
1. Concepto 969
2. Notas esenciales 971
2.1. Ámbito de aplicación y resoluciones recurribles 971
2.2. Naturaleza jurídica 972
2.3. Efectos 973
2.3.1. Efecto devolutivo 973
2.3.2. Efecto suspensivo 974
2.3.3. Efecto extensivo 974
3. Modelo de la apelación en el CPP 975
3.1. Planteamiento 975
3.2. Notas esenciales 977
4. Procedimiento 978
4.1. Interposición y formalización 978
4.2. Admisión 979
4.2.1. Decisión del *iudex a quo* 979
4.2.2. Control del *iudex ad quem* 980
4.3. Proposición de pruebas 980
4.3.1. Preliminar. Apelación de autos 980
4.3.2. Trámite previo 981
4.3.3. Regulación legal 981
4.3.4. Reglas Generales de admisión probatoria 983
4.4. Audiencia de apelación 985

4.4.1. Citación (artículo 423 CPP) 985
4.4.2. La posición del Tribunal Constitucional 985
4.4.3. Realización de la audiencia (artículo 424 CPP) 987
4.4.4. Periodos de la audiencia 988
4.5. Sentencia de vista 989
4.5.1. Deliberación 989
4.5.2. Valoración de la prueba 989
4.5.3. Alcances de la sentencia de vista (artículo 425 CPP) 995
4.5.4. Audiencia de lectura de sentencia 999
4.5.5. Recursos 1000
5. La SCIDH del 23 de noviembre de 2012: caso Mohamed vs. Argentina 1000
5.1. Antecedentes del caso 1000
5.2. Análisis de la corte 1001
5.3. Algunas atingencias a la SCIDH Mohamed 1003

III. RECURSO DE CASACIÓN PENAL

1. Aspectos generales 1006
1.1. Introducción 1006
1.2. Concepto 1008
1.3. Notas esenciales 1009
2. Límites del Tribunal de Casación 1011
2.1. Desde su naturaleza jurídica 1011
2.2. Desde su ámbito funcional 1015
3. Carácter del recurso de casación 1016
4. Objeto impugnable 1016
5. Impugnación subjetiva 1018
6. Inadmisibilidad excepcional por economía procesal 1019
6.1. Planteamiento básico 1019
6.2. Motivos de inadmisibilidad excepcional 1020
6.3. Algunas otras causales relevantes de inadmisión 1021
7. Motivos de casación: artículo 429 CPP 1024
7.1. Planteamiento general 1024
7.2. Casación constitucional: vulneración de precepto constitucional 1026
7.2.1. Alcance 1026
7.2.2. Presunción de inocencia 1027
7.2.3. Motivación 1032

7.2.3.1. Ámbito de la motivación 1032
7.2.3.2. Recurso de casación y motivación fáctica. Adiciones 1036
7.3. Casación procesal: quebrantamiento de forma 1044
7.3.1. Alcance 1044
7.3.2. Infracción de las normas sobre el régimen de los actos procesales 1045
7.3.3. Infracción de las normas reguladoras de la decisión 1046
7.3.4. Valoración 1048
7.4. Casación sustantiva: Infracción de la ley material 1049
7.4.1. Análisis 1049
7.4.2. Las normas procesales y casación sustantiva 1051
7.5. Casación jurisprudencia: infracción de doctrina jurisprudencial 1052
8. Casación y condena del absuelto en segunda instancia 1052
9. El principio de inmediación y control casacional 1058
10. Tramitación 1059
10.1. Aspecto básico 1059
10.2. Fase de interposición 1059
10.2.1. Acto de interposición 1059
10.2.2. Acto de calificación 1060
10.2.3. Acto de elevación 1061
10.3. Fase de sustentación 1062
10.3.1. Traslado 1062
10.3.2. Juicio de admisibilidad 1062
10.3.3. Alegatos ampliatorios 1062
10.3.4. Citación a la audiencia de casación 1063
10.4 Fase de decisión 1064
10.4.1. Deliberación 1064
10.4.2. Audiencia de lectura de sentencia 1064
10.4.3. Sentencia casatoria 1064
11. Sentencia vinculante 1067
12. Sentencia de casación y condena del absuelto. Adiciones 1069
12.1 Aspectos generales 1069
12.2 Recurso de apelación y condena del absuelto 1070
12.3 Recurso de casación y condena del absuelto 1072

IV. EL RECURSO DE QUEJA

1. Concepto 1074
2. Tramitación 1075
2.1. Acto de interposición 1075
2.2. Plazo y lugar del recurso 1076
2.3. Procedimiento y decisión 1076
2.4. Queja y recurso diferido 1077

V. LA ACCIÓN DE REVISIÓN

1. Aspectos generales 1078
1.1. Impugnación de la cosa juzgada 1078
1.2. Fundamento, definición, notas esenciales y principios 1078
1.2.1. Fundamento 1078
1.2.2. Definición 1079
1.2.3. Notas esenciales 1079
1.2.4. Principios que rigen la acción 1081
2. Sujetos y órgano judicial de la revisión 1082
2.1. Sujetos de la promoción de la revisión 1082
2.2. Órgano judicial 1083
3. Motivos de revisión 1083
3.1. Alcances 1083
3.2. Motivos específicos 1084
3.2.1. Incociliabilidad de sentencias 1084
3.2.2. Duplicación de sentencias 1085
3.2.3. Hechos o medios de prueba falsos 1085
3.2.4. Nuevos hechos o medios de prueba 1086
3.2.5. Condena por delito por o contra el Juez 1087
3.2.6. Inconstitucionalidad de la Ley Penal 1087
4. Procedimiento 1088
4.1. Acto de interposición 1088
4.2. Acto de calificación 1088
4.2.1. Juicio de admisibilidad y de procedencia 1088
4.2.2. Efectos 1090
4.3. Actos de sustanciación 1090
4.3.1. Traslado 1090
4.3.2. Actuación probatoria 1091

4.3.3. Audiencia de revisión 1092
4.4. La sentencia de revisión 1092
4.4.1. Sentencia desestimatoria 1092
4.4.2. Sentencia estimatoria 1093

VI. LA NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES

1. Presentación 1094
2. Acto procesal 1094
2.1. Regulación legal y concepto 1094
2.2. Requisitos del acto procesal 1095
2.2.1. Finalidad de los requisitos del acto procesal 1095
2.2.2. Consideración general de los requisitos 1096
2.2.2.1. Perspectiva aislada 1096
2.2.2.2. Perspectiva compleja 1096
3. Defectos y nulidades procesales 1099
3.1. Defectos procesales. (I) 1099
3.1.1 Nulidad – definición 1099
3.1.2 Identificación 1100
3.1.3 Diferencias 1101
3.1.4 Reglas para su declaración 1101
3.1.5. Nulidad absoluta. (II) 1102
3.1.6. Nulidad relativa. (III) 1102
3.1.6.1. Definición 1102
3.1.6.2. Límites para su declaración 1103
3.1.7. Efectos de la nulidad (IV) 1104
3.1.7.1. Ámbito 1104
3.1.7.2. Extensión 1105
3.1.8. Convalidación y saneamiento de actos procesales. (V) 1106
3.1.8.1. Convalidación 1106
3.1.8.2. Saneamiento 1106
4. Tratamiento procesal de la declaración de nulidad procesal 1107
4.1. Control de la nulidad. Medios. (I) 1107
4.2. Incidente de nulidad de actuaciones. (II) 1108
4.2.1. Criterio base 1108
4.2.2. Solicitud 1108
4.2.3. Trámite 1108

4.2.4. Decisión 1109
4.3. Medios de impugnación regulares. (III) 1109

PARTE NOVENA
LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES

LECCIÓN VIGÉSIMA CUARTA
LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES: GENERALIDADES

I. LA ANTERIOR LEY PROCESAL PENAL
1. Clasificación 1113
1.1. Lineamientos básicos 1113
1.2. Características 1113
1.2.1. Procedimientos ordinarios o comunes 1113
1.2.2. Procedimientos con especialidades procedimentales 1114
1.2.3. Procedimientos especiales 1115

II. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
1. Planteamiento básico 1115
1.1. Necesidad de un nuevo sistema procesal 1115
1.2. Regulación 1115
1.3. Justificación 1116
1.3.1. Alcances 1116
1.3.2. Costos y principios 1118

LECCIÓN VIGÉSIMA QUINTA
LOS DIVERSOS PROCESOS ESPECIALES

I. EL PROCESO COMÚN
1. Planteamiento básico 1119
2. El procedimiento de investigación preparatoria 1119
3. El procedimiento intermedio 1120
4. El procedimiento de enjuiciamiento 1120

II. EL PROCESO INMEDIATO (CPP ORIGINARIO, D. L. 1194 Y 1307)
1. Presupuestos del proceso inmediato 1121
1.1. Planteamiento 1121
1.2. Flagrancia delictiva 1122

1.3. Confesión 1122
1.4. Evidencia delictiva 1123
1.5. Declaración del imputado 1124
1.6. Proceso inmediato y causas con pluralidad de imputados 1124
2. Incoación del procedimiento inmediato 1125
2.1. El requerimiento fiscal 1125
2.2. Trámite inicial 1126
2.3. Decisión judicial 1126
3. Características del proceso inmediato 1126
4. Desestimación del requerimiento del proceso inmediato 1128
5. Decreto Legislativo 1194 y 1307 1128
5.1. Aspectos generales 1128
5.2. De la definición del nuevo proceso inmediato 1129
5.3. Del juicio inmediato 1133

III. EL PROCESO DE SEGURIDAD
1. Objeto del proceso de seguridad 1134
1.1. Proceso penal y medida de seguridad 1134
1.2. Proceso de seguridad e inimputabilidad 1136
2. Incoación del proceso de seguridad 1138
3. Particularidades del proceso de seguridad 1139
4. Transformación del proceso 1140
4.1. Auto de transformación del proceso 1140
4.2. Proceso común y medida de seguridad 1141

IV. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA
1. Aspectos generales 1142
1.1. Notas distintivas 1142
1.2. Ámbito de aplicación 1143
2. Legitimación activa y competencia 1143
2.1. Legitimación activa 1143
2.2. Competencia 1144
3. Iniciación del proceso 1144
3.1. Oportunidad 1144
3.2. Postulación procesal 1144
3.3. Efectos e impedimentos 1145
3.3.1. Efecto principal 1145

3.3.2. Impedimento 1145
3.4. Modalidades de solicitudes de terminación anticipada 1146
4. Etapas del procedimiento 1147
4.1. Calificación de la solicitud 1147
4.2. Audiencia de terminación anticipada 1147
4.2.1. Características 1147
4.2.2. Pasos de la audiencia 1148
5. Sentencia anticipada 1151
5.1. Ámbito de la sentencia anticipada 1151
5.1.1. Juicio de legalidad 1151
5.1.2. Juicio de razonabilidad 1152
5.2. Estructura de la sentencia anticipada 1152
6. Beneficio premial 1153
7. Terminación anticipada y pluralidad de hechos imputados 1153
8. Recurso impugnatorio 1155

V. EL PROCESO POR DELITO PRIVADO

1. Aspectos generales 1156
1.1. Introducción 1156
1.2. Notas esenciales 1157
2. El derecho de acción penal y legitimación activa 1158
2.1. Derecho de acción penal 1158
2.2. Legitimación activa 1160
3. El procedimiento preparatorio de incoación de la causa 1161
3.1. La querella 1161
3.2. El control de admisibilidad 1162
3.3. El control de procedencia 1162
3.4. La querella preliminar y solicitud de auxilio judicial 1163
3.5. La admisión del proceso 1164
4. El procedimiento de enjuiciamiento 1165
4.1. Periodos del enjuiciamiento 1165
4.2. Particularidades del juicio 1165
5. Otras particularidades procedimentales 1167
5.1. La coerción personal 1167
5.2. El abandono 1167
5.3. El desistimiento y la transacción 1168
5.3.1. El desistimiento 1168

5.3.2. La transacción 1168
5.4. Sucesión procesal 1169
5.5. Publicidad de la sentencia 1169
6. Impugnación 1169

VI. EL PROCESO POR FALTAS

1. Caracteres generales 1171
2. Ámbito de aplicación, competencia y partes 1172
2.1. Modalidades de juicio de faltas 1172
2.2. Competencia 1172
2.3. Partes 1172
3. Iniciación del proceso 1173
3.1. Incoación 1173
3.2. Citación a juicio 1174
4. El juicio oral 1175
4.1. Instalación 1175
4.2. Periodos 1175
4.2.1. Marco general 1175
4.2.2. Especialidades 1177
4.2.3. Documentación 1178
5. Impugnación 1178
6. Otras particularidades procedimentales 1178
6.1. Restricción de la libertad 1178
6.2. Desistimiento 1179

VII. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Aspectos generales 1179
1.1. Función pública y proceso penal 1179
1.2. Prerrogativas procesales 1180
1.2.1. Inmunidad y acusación constitucional 1180
1.2.2. Aforamiento 1181
1.3. Modalidades procedimientales 1182
1.3.1. Regulación legal 1182
1.3.2. Justificación 1182
2. El proceso por delito de función contra altos funcionarios públicos 1182
2.1. Competencia objetiva 1182
2.2. Requisitos de procedibilidad 1183

2.3. Iniciación y formalización del proceso penal 1183
2.4. Resolución de imputación 1183
2.5. Otras particularidades 1185
2.6. Auto de conversión del procedimiento 1185
3. El proceso por delito común contra altos funcionarios públicos: inmunidad 1186
3.1. Ámbito de la inmunidad 1186
3.2. Autorización constitucional y proceso penal 1186
3.3. Requerimiento de levantamiento de inmunidad 1187
4. El proceso por delitos de función contra otros funcionarios públicos 1188
4.1. Ámbito 1188
4.2. Competencia objetiva 1189
4.2.1. Competencia objetiva de la Corte Suprema 1189
4.2.2. Competencia objetiva de la Corte Superior 1189
4.3. Reglas del procedimiento 1190

VIII. EL PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

1. Aspectos generales 1190
1.1. Criterios funcionales 1190
1.2. Regulación Legal 1191
2. Teoría general 1192
2.1. Lógica del proceso especial 1192
2.2. Notas Características 1192
2.3. Elementos básicos 1194
2.4. Carácter de la información del colaborador 1194
4. Ámbito competencial 1195
4.1. Delitos comprendidos 1195
4.2. Competencia objetiva 1196
5. Estructura del proceso por colaboración eficaz 1196
5.1. Fases del proceso por colaboración eficaz 1196
5.5.1. Calificación 1196
5.1.2. Corroboración 1197
5.1.3. Celebración del acuerdo de colaboración 1198
5.1.4. Acuerdo de beneficios y colaboración 1198
5.1.5. Control y decisión jurisdiccional 1198
5.1.6. Revocación de los beneficios 1200
6. Eficacia y utilización de las diligencias de corroboración 1200

6.1. Proceso por colaboración concluido 1200
6.2. Proceso por colaboración en trámite 1200
6.3. La prueba trasladada al proceso derivado o conexo 1201
6.3.1. Bloque normativo 1201
6.3.2. Prueba trasladada 1202
6.4. Valor probatorio del testimonio del colaborador 1204
6.5. Prisión preventiva y declaración 1207
7. Personas Jurídicas y proceso por colaboración eficaz 1209

IX. PROCESO CON ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1. Aspectos generales 1210
1.1. Concepto de organización criminal 1210
1.2. Delitos comprendidos 1212
2. Aspectos procesales de la criminalidad organizada 1213
2.1. Ámbito de aplicación 1213
2.2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado 1214
2.3. La investigación preparatoria 1223
2.3.1. Plazo de las diligencias preliminares 1223
2.3.2. Carácter complejo 1223
3. Los actos especiales de investigación 1224
3.1. Aspectos generales 1224
3.2. Seguimiento y vigilancia 1225
3.3. Operaciones encubiertas 1226
3.4. Geolocalización 1227
3.4.1. Alcances 1227
3.4.2. Procedimiento 1228
3.4.3. Derecho afectado y legitimidad de la medida 1230
3.4.4. Conservación de datos derivados de las telecomunicaciones 1232
3.5. Prueba pericial de inteligencia 1234
4. La prueba trasladada 1235

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL 1239

ABREVIATURAS Y CONVENCIONALISMOS UTILIZADOS

ATCE / AATCE	Auto del Tribunal Constitucional Español / Autos del Tribunal Constitucional Español
apdo. / apdos.	apartado / apartados
art. / arts.	artículo / artículos
BGHSt.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Sentencias del Tribunal Supremo Alemán]
BverfGE	Tribunal Constitucional Federal Alemán
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica, 1977)
CEP	Código de Ejecución Penal (D. Leg. n.° 634 del 02 de agosto de 1991)
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
cit.	citado anteriormente
CJM	Código de Justicia Militar (Decreto Ley n.° 23214 de 24 de julio de 1980)
CMA	Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales (D. Leg. n.° 613 del 08 de setiembre de 1990)
CoIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comp.	Compilador
CoNA	Código de los Niños y Adolescentes (Ley n.° 27337 del 07 de agosto de 2000)
Const.	Constitución Política del Perú
CP	Código Penal (D. Leg. n.° 635 del 08 de abril de 1991)
CPC	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS del 23 de abril de 1993)
CPP	Código de Procedimientos Penales (Ley n.° 9024 del 16 de enero de1940)
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. S.	Decreto Supremo

Dir.	Director; Dirigido por
Ed. / ed.	Editorial / edición
et. al.	*et alii;* y otros
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento jurídico
inc. / incs.	inciso / incisos
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. n.º 052 de 18 de marzo de 1981)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (D. S. n.º 01 7-93-JUS de 02 de junio de 1993)
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
num. / nums.	numeral / numerales
p. / pp.	página / páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966)
Rev. Sent.	Revisión de Sentencia
RN	Recurso de Nulidad
RQE	Recurso de Queja Excepcional
s. / ss.	siguiente / siguientes
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCE / SSTCE	Sentencia del Tribunal Constitucional de España / Sentencias del Tribunal Constitucional de España
STEDH / SSTEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STSE / SSTSE	Sentencia del Tribunal Supremo de España / Sentencias del Tribunal Supremo de España
t.	tomo
TP	Título Preliminar
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUO	Texto Único Ordenado
vs.	versus
vid.	*vide* (del latín, 'mira', equivale a véase)
v. gr.	*verbi gratia*; verbigracia, por ejemplo
ZPO	Código Procesal Civil Alemán
§	párrafo(s)

PRESENTACIÓN EDITORIAL

La obra, "Derecho Procesal Penal, Lecciones", del Profesor Doctor César San Martín Castro es seguramente, en el ámbito procesal penal peruano e Iberoamericano, una de las más importantes. No sólo porque está escrita por un profesor, estudioso de lo que enseña, dedicado a la docencia por más de treinta años; sino también, y no menos importante, por un magistrado titular de la Corte Suprema de la República, por tanto, alguien que lleva a la práctica –en sus autos supremos y sentencias–, lo que enseña y lo que sabe. En resumen, una obra escrita por un jurista, en el más completo sentido de la palabra, el más importante del Perú, en materia procesal penal, de los últimos tiempos.

Una presentación de su libro, por tanto, atendiendo a las características de la obra "Derecho Procesal Penal, Lecciones", en su segunda edición, no puede sino empezar por reconocer la valía y trascendencia de esta obra para el derecho procesal peruano e iberoamericano, sino también, por agradecer al autor, el Profesor Doctor César San Martín, por haber confiado, una vez más, en el fondo editorial del INPECCP y CENALES, que me honro en dirigir.

La primera edición se publicó en 2015, en el mes de noviembre. Fue uno de los primeros trabajos que se ocupó del Código Procesal Penal de 2004, a estas alturas ya no tan nuevo, y en franco proceso de implementación y puesta en vigencia progresiva en todo el territorio nacional. Esta segunda edición, cinco años más tarde, lejos de sólo contener una actualización de sus fuentes normativas, bibliográficas y jurisprudenciales; contiene también, como lo atestigua el propio autor, un reenfoque de varias instituciones medulares del código procesal entre las que destaca el íntegro del contenido sobre la prueba ilícita, redireccionada ahora a un problema de inutilización e ineficacia probatoria.

Son patentes y altamente visibles, en esta obra, el uso de la jurisprudencia peruana y comparada. Hace tiempo que los países dejaron de tener fronteras para el conocimiento y las influencias, sobre todo para el derecho, se hacen cada vez más visibles, incluso como fuentes citadas en las propias sentencias del poder judicial, especialmente en la Corte Suprema de la República, de la cual el autor es uno de sus miembros más ilustres. Mas elocuentes son los capítulos

referidos a la "prisión preventiva", sus mecanismos procesales de cesación, en tiempos actuales de pandemia por el C19 o el de "colaboración eficaz", como instrumento procesal de lucha contra la criminalidad más dañina –corrupción y organizaciones criminales– que existe en todos los países que la acogen.

En suma, un texto de 1324 páginas, de la doctrina procesalista penal más avanzada y que estamos seguros de que, al igual que la primera edición de 2015, marcará un hito más que importante y transcendental en el quehacer jurídico penal y procesal penal nacional, sirviendo como texto de consulta y cita obligatoria en todo el trabajo que se deriva del ejercicio profesional de la defensa, del trabajo fiscal y desde luego de la judicatura.

Como director del centro y de su fondo editorial, no queda más que agradecer la deferencia que ha tenido el autor para elegirnos como casa editorial, en esta segunda edición de la obra la cual, en los tiempos que nos ha tocado vivir, de crisis mundial, por la amenaza del C19, incrementará, estamos seguros, los niveles de garantía procesal en la aplicación del derecho penal material. La administración de justicia, los operadores de justicia tienen en esta obra, la del Profesor César San Marín Castro, una guía imperdible que nos honra, por segunda vez, presentar a la comunidad jurídica, nacional e internacional.

En Lima, San Isidro, septiembre de 2020

PROF. DR. MIGUEL R. PÉREZ ARROYO
Director General – INPECCP / CENALES

LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL
ADICIONES

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Luego de cinco largos años sale a la luz la segunda edición de mis *Lecciones de Derecho Procesal Penal.* Muchos cambios ha sufrido el Código Procesal Penal de 2004 –y existen proyectos de ley de modificación, incluso muchos de ellos muy regresivos y de claro cariz autoritario, como por ejemplo el n.° 5026/2020-CR, de 16 de abril de 2020, que vuelve a insistir a dotar de autonomía a las diligencias preliminares, reducirlas a la intervención policial y limitar la función del Ministerio Público en relación con la Policía Nacional– y, hasta la fecha, falta que culmine el proceso de implementación con su puesta en vigencia, especialmente, al Distrito Judicial de Lima, el más importante del país y que, sin duda, tiene la carga procesal más fuerte –no hay razones presupuestales valederas, atento a lo ya avanzado, que impidan la puesta en vigencia de sus disposiciones–. No obstante que el legislador originario asumió el principio de progresividad territorial para la implementación del Código Procesal Penal, éste –con el correr del tiempo– ya se extendió nacionalmente a determinados procesos especiales (terminación anticipada, inmediato, con inclusión de todos los recursos, y por colaboración eficaz) y a específicas instituciones procesales, como **(i)** el principio de oportunidad, **(ii)** el Libro Séptimo "La Cooperación Judicial Internacional", **(iii)** la confesión, **(iv)** las medidas coercitivas personales más características (arresto ciudadano, detención preliminar judicial, detención judicial ampliatoria en flagrancia, prisión preventiva, comparecencia restrictiva, detención domiciliaria y suspensión preventiva de derechos), **(v)** las medidas de coerción reales: desalojo preventivo, secuestro conservativo, medidas preventivas contra las personas jurídicas y en casos de responsabilidad administrativa autónoma de personas jurídicas, **(vi)** la constitución como parte procesal de las personas jurídicas sujetas a responsabilidad administrativa, **(vii)** las medidas limitativas de derechos: registro de personas y control de alcoholemia, **(viii)** la conformidad procesal, **(ix)** la acción de revisión, y **(x)** los procesos por delitos cometidos por integrantes de organizaciones criminales.

Sin duda, estos cinco años han determinado una jurisprudencia, suprema y constitucional, muy variada que ha incidido en el conjunto institucional del ordenamiento procesal penal, muy en especial en relación a la prisión preventiva y a los procesos por colaboración eficaz y por delitos de corrupción de funcionarios. La casación, que ahora tiene un campo de aplicación más vasto, ha experimentado una gran expansión, así como los acuerdos y sentencias plenarias, que de uno u otro modo ha traído consigo líneas hermenéuticas más precisas y sólidas, sin que ello disminuya la necesidad de seguir profundizando en los principios y garantías que informan al proceso penal nacional, así como en la interpretación y aplicación de sus instituciones más relevantes. Falta mucho por hacer, más aun en estos tiempos de pandemias y de cambios sociales vertiginosos, en los que la justicia ocupa un lugar preferente, a propósito de los acontecimientos relativos a las investigaciones por corrupción judicial, que incluso determinaron cambios constitucionales en la justicia y la necesidad de una nueva relación con su impartición y con la política y el sistema electoral, que ojalá se concrete en términos de profundización de la democracia.

En lo que va de este tiempo he cumplido con ampliar las Lecciones en lo referente a los principios y garantías del proceso penal, a las medidas instrumentales restrictivas de derechos (allanamiento y registro, e intervención de comunicaciones, pese a que faltan muchas de ellas), al proceso contra personas jurídicas (responsabilidad administrativa), y a la nueva perspectiva jurisprudencial del recurso de apelación penal contra sentencias. De igual manera, se ha cambiado el enfoque dogmático en materia de prueba ilícita (ya no la denomino prueba prohibida, y asumo con más fuerza la fuente italiana, de la que procede el vocablo: inutilización, que se configura como una nueva sanción procesal en relación a la eficacia probatoria de las pruebas que vulneran la legalidad), e incido con más energía en los rasgos más comprometidos, y favorables, al deber de esclarecimiento del juez en materia de derecho probatorio. La experiencia diaria en el quehacer judicial explica este acento más oficial en el proceso penal que, como dice Volk, tiene como objetivo llegar a una sentencia fundada en la verdad, justa y que cree paz jurídica.

Desde luego, esta es una obra inacabada. Faltan instituciones que deben incorporarse –es una deuda pendiente, en especial el estudio del proceso penal de ejecución y del proceso penal contra adolescentes, así como del proceso de extinción de dominio, muy vinculado al penal aunque distinto y autónomo–. Y, sobre todo, faltó dedicarle más tiempo a la reflexión y al análisis comparado. Sigo insatisfecho con lo que hasta ahora se ha logrado en estas Lecciones, pero

estimo que lo avanzado es una clara muestra de una vocación permanente por el derecho procesal penal.

Por último, como señalé enfáticamente en la introducción a la primera edición del libro, no solo expreso mi profundo reconocimiento y amor a mi esposa, María del Rosario Villaverde, y a mis hijos César y Diego, presentes en ese momento, en 2015, sino también a mi nieta Valeria y a mi nuera María Zobeida, que para mi alegría se han incorporado a nuestra familia. Todos ellos son pieza clave en mi disposición a la actividad académica, pues sin su presencia no podría escribir y sufrir la agonía del Derecho. Mi personal agradecimiento se extiende al doctorando Alexander Germán Sánchez Torres, asistente académico, cuya dedicación y esfuerzo ha permitido actualizar y mejorar estas Lecciones.

Lima, septiembre de 2020

PROF. DR. D. CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Juez Supremo Titular en lo Penal de la República del Perú

PARTE PRIMERA

DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN

LECCIÓN PRIMERA

DERECHO PROCESAL PENAL

I. DERECHO PROCESAL

1. Conceptos fundamentales

El estudio del derecho procesal presupone considerar tres conceptos fundamentales dados por la legislación positiva: jurisdicción, acción y proceso.

A. La jurisdicción está expresamente contemplada en el artículo 138 de la Constitución, incardinada dentro del capítulo VIII, denominado "Poder Judicial", y se resume en la noción de "potestad de administrar justicia", según las palabras utilizadas por la Ley Fundamental. La Constitución concibe esta potestad, o función jurisdiccional, como poder público, residenciada en el Poder Judicial, y con ello la diferencia plenamente de la legislación y de la administración. Por tanto, la jurisdicción puede definirse como aquella actividad o función, constitucionalmente estructurada, que consiste en la tutela del derecho objetivo en el caso concreto –sea que la norma actuada o aplicada proteja un derecho subjetivo u otros intereses individuales, colectivos, generales o públicos– con valor de cosa juzgada [ORTELLS]. Como potestad que es, la jurisdicción comprende un haz de facultades que se proyectan desde el juez hacia las partes e incluso a los terceros; estas facultades son ordenatorias, de instrumentación o documentación, decisorias y de ejecución [GIMENO].

B. La acción está incardinada, fundamentalmente, en el artículo 139.3 de la Constitución, en cuya virtud se reconoce a todos los sujetos jurídicos el derecho fundamental de dirigirse al órgano jurisdiccional solicitando de él tutela para sus derechos e intereses legítimos. Atiende tanto al actor en el proceso civil, y al querellante y fiscal en el proceso penal, como a quien tenga que comparecer en el proceso como parte demandada o acusada.

En el proceso penal, materia de nuestro trabajo, la acción penal, primero, solo tiene relevancia en sentido abstracto –no se ejercita ningún derecho subjetivo de un ciudadano a que se sancione penalmente a otro–; segundo, es un poder que se otorga para la satisfacción de un definido interés público –el *ius puniendi*–; tercero, está residenciada no como derecho sino como 'obligación' o deber en el Ministerio Público (artículo 159.5 de la Constitución), salvo el caso de los denominados 'delitos privados' (artículo 1.1 CPP), muy minoritarios por cierto, pero con las limitaciones inicialmente precisadas. Por lo demás, no depende de los particulares, incondicionalmente, el inicio y desarrollo de la actividad procesal, no solo porque el proceso penal únicamente se inicia a instancia del fiscal, como promotor del interés público plasmado en la legalidad –en la inmensa mayoría de los casos: delitos públicos–, y aunque se ejercite la acción según las reglas legalmente previstas (artículos 336 y 459-460 CPP), el desarrollo del proceso penal está subordinado a la apreciación, que solo a los tribunales compete, de existir apariencia delictiva [DE LA OLIVA].

C. El proceso es el instrumento exclusivo y excluyente a través del cual se ejercita la potestad jurisdiccional. No hay actividad jurisdiccional sin proceso; todo acto de ejercicio de aquella potestad se traduce siempre en actividad procesal [ORMAZABAL]. Se entiende el proceso jurisdiccional como la serie o sucesión jurídicamente regulada de actos que se desarrollan en el tiempo tendentes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto. Es de destacar no solo el carácter instrumental del proceso: el Estado se sujeta a él a fin de emitir sus pronunciamientos con capacidad para obligar a los ciudadanos y, además, solucionar sus controversias; sino también su función o finalidad, que no es otra que la resolución de las controversias mediante resolución, con eficacia de cosa juzgada, lo que siempre se realiza mediante la aplicación del derecho objetivo [ASENCIO].

2. Definición de derecho procesal

El derecho procesal puede ser abordado desde una doble consideración: como una disciplina jurídica y como una rama del ordenamiento. Desde la primera, el derecho procesal es un campo determinado del cultivo de la ciencia jurídica y, a la vez, un conjunto de los resultados de tal cultivo, de los esfuerzos intelectuales sobre él (tratados, manuales, monografías, ensayos, comentarios, etc., relativos *grosso modo*, a la justicia) [DE LA OLIVA]. Desde la perspectiva normativa, el derecho procesal puede definirse como aquella rama del ordenamiento jurídico

integrada propiamente por normas del derecho público, que regula globalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional –presupuestos, requisitos y efectos del proceso [Gimeno]–, a fin de obtener la satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias de las partes; en otras palabras, estudia todas las manifestaciones del fenómeno jurisdiccional [Nieva].

Esta última definición permite identificar las siguientes características esenciales del derecho procesal como ordenamiento:

A. Es parte del derecho público, que se define por la concurrencia de dos notas esenciales: la nota del interés público o social y la nota de la manifestación de imperio [Pérez Serrano]. El juez interviene en el proceso como autoridad, como un órgano público del Estado, actuando una potestad de imperio [Gimeno]. Las relaciones jurídicas que ligan a las partes y a los participantes procesales en general con el órgano jurisdiccional son relaciones de derecho público: el juez ocupa una posición superior, con independencia de que el interés deducido en el proceso sea público o privado.

B. Es un derecho autónomo, distinto del derecho constitucional y del derecho administrativo. Constituye una realidad propia y distinta del derecho sustantivo a cuyo servicio se establece. Su objeto son las normas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, a los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional y a la forma y contenido de la actividad tendente a dispensar dicha tutela [De La Oliva]. Persigue la satisfacción de pretensiones en un caso concreto [Viada/Aragoneses]; de los derechos e intereses legítimos de las personas.

C. El derecho procesal es instrumental. El proceso es un medio para conseguir un fin específico, la protección jurisdiccional de los derechos a través de la actuación o aplicación de la ley en el caso concreto [Cordón]. En el derecho procesal, entonces, atendiendo al fin que sirven, por regla general, sus normas son de carácter instrumental porque componen mediatamente un conflicto atribuyendo un poder o imponiendo una sujeción [Carnelutti]; sirve al derecho material, de suerte que este informa el modo de abordar su contenido y varios –no todos, desde luego– de sus principios. El derecho procesal se constituye, pues, en un instrumento que permite al Estado la resolución de controversias, y cuya finalidad, como resulta de lo expuesto, es hacer eficaz el derecho material [Asencio].

II. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Definición

Una vez fijados los conceptos básicos del derecho procesal, corresponde concretar el concepto de derecho procesal penal, así como afirmar su autonomía y su extensión.

El derecho procesal penal puede ser definido como aquel sector del derecho procesal que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal: elementos subjetivos, objeto y actos procesales penales [VIADA/ARAGONESES]. Las normas que lo comprenden inciden en la estructura y funciones del orden jurisdiccional penal, en los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional concerniente al derecho penal, y en la forma y actividad tendente a dispensar dicha tutela [DE LA OLIVA].

Lo marcadamente propio del derecho procesal penal es su estrecha vinculación con el derecho penal, de suerte que, por su objeto, que no por su naturaleza, está integrado, siempre en línea de autonomía, con el conjunto de ciencias penales [ALCALÁ ZAMORA]. El derecho penal solo puede ser aplicado a través del proceso penal y del derecho que lo regula. Así, los términos: delito, pena y proceso, como apuntaba Carnelutti, son rigurosamente complementarios; excluido uno, no pueden subsistir los otros dos [GÓMEZ ORBANEJA].

Debe quedar claro, sin embargo y como quedó puntualizado en el apartado anterior, que el derecho procesal, como sistema de normas jurídicas, es instrumento y garantía de otros derechos regulando su aplicación constitucional y, como ciencia, es el conjunto de conocimientos sobre las normas jurídicas procesales. Ambas perspectivas, por cierto, son interdependientes [VALENCIA MIRÓN].

2. Autonomía del derecho procesal penal

El derecho procesal penal, como se advierte de lo anteriormente expuesto, aun perteneciendo al derecho procesal como disciplina científica y ordenamiento jurídico, tiene su propia singularidad, que a su vez permite diferenciarlo tanto del derecho procesal civil cuanto del derecho penal material.

La autonomía del derecho procesal penal se expresa en tres ámbitos: legislativo, científico y académico [MAIER].

A. **Autonomía legislativa.** En el derecho eurocontinental se separaron en diversos cuerpos de leyes al derecho material y al derecho procesal, y

dentro de este último al derecho procesal civil del derecho procesal penal. En el Perú, desde los albores republicanos se configuraron distintos Códigos. Así: 1. El Código Penal de 1862 y el Código de Enjuiciamiento en materia penal de 1891; el Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852. 2. El Código Penal de 1924 y los Códigos de Procedimientos en materia criminal de 1920 y de Procedimientos Penales de 1940; el Código de Procedimientos Civiles de 1912. 3. El Código Penal de 1991 y los Códigos Procesal Penal de 1991 y 2004 (D. Leg. n.º 957, de 29-07-04); el Código Procesal Civil de 1992 (D. Leg. n.º 768, de 04-03-92).

B. Autonomía científica. Frente al derecho procesal civil, el penal reconoció la presencia de estructuras internas distintas, que nacen del derecho material que aplica y de la idea de necesidad del proceso penal. Su objeto tiene connotaciones propias y las funciones que cumple frente a la ley material –idea de indisponibilidad del proceso penal, por ejemplo–, reflejado también en el tipo de normas jurídicas que aplica, continuó con el reconocimiento de principios propios y la modulación de principios comunes y conceptos generales. Tal autonomía, sin embargo, no es óbice para reconocer el tronco común y la comunidad genérica de principios, garantías y formas, que son propias del derecho procesal en su conjunto [Moras].

C. Autonomía académica. Como consecuencia de la autonomía científica está la creación de cátedras o cursos propios que, a su vez, potenciaron el desarrollo del derecho procesal penal en su interrelación con el derecho material y el derecho procesal civil.

La autonomía del derecho procesal penal, sin embargo, no puede llevarse al límite de prescindir de la idea de que el proceso es un instrumento de los jueces para la aplicación del derecho material. Existe una clara e indisoluble relación entre derecho procesal, de un lado, y la legislación material, a la que sirve, de otro. Desde esta perspectiva es evidente que, afirmada esa unidad, el carácter necesario del derecho penal ocasiona que el proceso penal y la disciplina que lo envuelve, se informe de determinados principios específicos, como los de oficialidad y obligatoriedad, así como el acusatorio; las disposiciones del derecho procesal penal regulan el único modo de actuar ante la justicia que puede conducir a una sentencia penal y garantizar su obtención en forma judicial [Schmidt]. A su vez, sin el estudio del derecho material, no se puede alcanzar un nivel aceptable de conocimientos en el derecho procesal.

3. Extensión del derecho procesal penal

El derecho procesal penal no solo abarca la decisión de los conflictos sociales que pretenden la aplicación de la ley penal (proceso penal declarativo de condena). También comprende las actividades que cumple el Estado cuando decide aplicar y ejecutar una pena o medida de seguridad (proceso penal de ejecución); la jurisdicción penal no solamente consiste en pronunciar el derecho, sino también en ejecutarlo [PRIETO CASTRO]. El derecho penal ejecutivo, si bien no pertenece al derecho procesal, en tanto la ley penal requiere de decisiones jurisdiccionales para fijar, suspender, transformar o hacer cesar la ejecución penal, el derecho procesal penal debe prever el órgano jurisdiccional competente, el procedimiento, la clase y forma de la decisión, y la posibilidad de su impugnación.

El artículo VI del Título Preliminar del Código Penal dispone: "En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente". Esta regla consolida la idea central que se destaca: la regulación jurídica del proceso penal comienza con la primera sospecha concreta de un hecho punible y llega hasta la ejecución de la pena o medida de seguridad [TIEDEMANN].

Desde la citada disposición legal debe diferenciarse, como postulan Viada/ Aragoneses, entre cumplimiento de la pena, que es una actividad material que corresponde a la Administración, y ejecución de la sentencia, que lleva consigo un control jurisdiccional del inicio del cumplimiento de la pena y del término de la misma, de la forma de cumplimiento de la condena y de las diferentes incidencias, legalmente previstas, que regulan el régimen penitenciario y posibilitan de este modo beneficios y excarcelaciones anticipadas, así como las diversas alternativas de conversión y revocación de las penas.

4. Función del derecho procesal penal

La determinación de la función del derecho procesal penal parte del análisis de dos instituciones básicas: las relaciones entre derecho penal y derecho procesal penal y la concreción del ámbito funcional del derecho procesal penal. El primero dice cómo se expresa o sitúa el derecho procesal penal en el ámbito de la justicia penal y política criminal del Estado, el rol que cumple. El segundo, que incide en su ámbito más bien interno, especifica el alcance o la extensión del derecho procesal penal.

4.1. Derecho penal y derecho procesal penal

El derecho penal y el derecho procesal penal son corresponsables de la política criminal y ejes estructuradores del sistema penal, entendiendo este último como el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal [Binder]. Desde esta perspectiva es de destacar que el derecho penal abarca las normas que se ocupan del nacimiento de la pretensión penal estatal, mientras que el derecho procesal penal contiene las normas que regulan la determinación y realización de esta pretensión penal estatal [Baumann]. En oposición al derecho penal material o de fondo, más bien estático –que comprende sobre todo las reglas relativas a las infracciones (tipos legales y condiciones substanciales de la represión) y las sanciones–, el derecho procesal penal se caracteriza por su aspecto dinámico –que constituye la puesta en ejecución del derecho penal material– [Hurtado Pozo].

Lo expuesto revela que las relaciones entre ambas disciplinas son muy estrechas. Sus regulaciones están en una relación necesariamente complementaria [Roxin]. Conceptualmente se refieren a realidades autónomas, pero funcionalmente son inseparables: el derecho procesal penal existe para servir de cauce a la aplicación del derecho penal, y este último necesita del primero para su realización, *nullum crimen, nulla poena sine legale iuditio* [García-Pablos].

Como ha quedado expuesto en otros acápites, entre el derecho penal y el derecho procesal media una independencia académica y expositiva, pero presenta una nítida dependencia político-criminal: los objetos son dispares, pero los principios de ambos son –o debieran ser– estrictamente paralelos. Ambas disciplinas tienen como normas primarias la Constitución y el derecho internacional porque les incumbe la preservación del Estado de derecho, y cada principio limitador tiene su correspondiente versión penal y procesal penal [Zaffaroni]. Por este motivo resulta comprensible que se plantee lo que se denomina sistema integral del derecho penal, que entiende no solo el derecho penal sustantivo y el derecho de la determinación de la pena, sino también el derecho procesal penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores [Freund].

En esta misma perspectiva se hace mención a la "ciencia global del derecho penal", que incluye no solo el derecho penal material –ciencia base de todo este campo jurídico– sino también el derecho procesal penal, el derecho de ejecución penal –cuya parte más relevante, aunque distinta, es el derecho penitenciario [Jescheck]– y el derecho penal juvenil, como ciencias normativas –que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación–, así como la criminología, como ciencia de la

realidad –sector científico interdisciplinario [JESCHECK]–, que representa el lado empírico de todas las disciplinas jurídicas antes citadas [ROXIN].

De acuerdo con las relaciones especialmente intensas entre el derecho penal y derecho procesal penal –al punto de afirmar que el proceso posee una carga ideológica y política en igual o superior grado que la norma material que define el delito y la pena aplicable [QUINTERO]–, existen instituciones funcionalmente equivalentes entre sí en los que está en discusión la delimitación de la punibilidad, perseguibilidad y sancionabilidad [WOLTER], tales como **(i)** las condiciones objetivas de punibilidad del derecho penal, y los presupuestos procesales y requisitos de perseguibilidad del derecho procesal penal, cuyo punto de delimitación sería la pertenencia al complejo del hecho de una concreta circunstancia, y **(ii)** la exención de la pena por aplicación del artículo 68 del Código Penal o a través del sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad del artículo 2 del CPP [ROXIN]. Así como también **(iii)** existen instituciones cuya adscripción a una u otra disciplina jurídica es polémica (prescripción, por ejemplo), y otras **(iv)** que aun cuando son de naturaleza procesal están tan vinculadas al injusto penal y su represión que necesariamente han de compartir las garantías del derecho penal.

Finalmente, en este recuento de relaciones entre derecho penal y derecho procesal penal es preciso resaltar tres especialmente significativas que muestran que ambas disciplinas son inescindibles: **1.** Las normas del derecho procesal penal impiden la aplicación de la ley penal material sin proceso y garantiza el ejercicio de los derechos. **2.** El proceso penal es canal y cauce del derecho penal: canal, porque marca y exige los pasos que deben ser seguidos en toda investigación y en todo juicio y cauce, por cuanto impide los desbordamientos y obstaculiza la realización inmediata y sin más del derecho penal. **3.** El proceso penal es uno de los mecanismos de defensa con el que cuentan el individuo y la sociedad para que el derecho penal se aplique solo cuando se dan los presupuestos legales [PÉREZ PINZÓN].

4.2. Ámbito funcional del derecho procesal penal

Son cuatro los ámbitos en los que incide o se ocupa el derecho procesal penal. Genéricamente, el derecho procesal penal se ocupa de la actuación del derecho de penar del Estado, que, sin embargo, no puede ser focalizado en la sola pretensión penal estatal. A esta función, sin duda legítima y fundamental, se agregan otras tres: la protección de los derechos a la libertad del imputado, la tutela de la víctima y la reinserción del imputado [GIMENO].

El proceso penal –y con él la totalidad de la justicia penal– busca el control de la criminalidad. El proceso penal, en esta perspectiva, es visto como el instrumento último de la política pública de seguridad. Sirve como respuesta a la delincuencia, sancionando con una pena las conductas calificadas de delictivas por el legislador y lo hace en una doble dimensión: al conflicto que se plantea entre el delincuente y la sociedad, y al que surge entre el agresor y el agredido [Moreno Catena]. La pretensión de castigar y la imposición de sanciones penales, que conforman un monopolio estatal, debe realizarse en el seno del proceso penal, en el que la idea de eficacia es central.

El proceso penal también se ocupa de declarar y restablecer el derecho a la libertad del inocente, derecho que tiene u ostenta una posición preferente a la potestad sancionadora. Los principios de respeto a los derechos básicos de la persona en el tratamiento que los órganos públicos que intervienen en la represión de los delitos han de dispensar al imputado –cuyo norte es el principio de la libertad individual– constituyen un sello distintivo del moderno procesal, que además reconoce algunos derechos fundamentales de contenido procesal, como las garantías de presunción de inocencia y de defensa procesal –que opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal–, todos los cuales configuran un estatus procesal propio de un Estado constitucional.

Más allá del rol de las normas penales y de la finalidad de la pena, el derecho procesal y el proceso penal asumen como ámbito de su preocupación y regulación la tutela de la víctima –consideración específica de la garantía de tutela jurisdiccional que también ha de dispensársele como consecuencia de resultar afectada en sus derechos e intereses legítimos por el delito–. La respuesta represiva al delincuente no es suficiente, se requiere la efectiva reparación de la víctima, que incluso supera lo meramente económico o material. Esta tiene derecho no solo a la verdad –a saber, lo que verdaderamente sucedió (artículo 95.1 CPP) y que el Estado investigue eficazmente los hechos en su perjuicio–, sino que, para garantizar esa reparación tiene derecho a intervenir en el proceso penal (artículos 98 y 194 CPP). En nuestro proceso penal se acumula obligatoriamente la acción civil resarcitoria a la acción penal, salvo que la propia víctima decida acudir a la vía civil (artículo 12.1 CPP).

La última función del derecho procesal penal es la de contribuir o, en todo caso, no entorpecer la reinserción del imputado. Es cierto que esta función es propia de las penas (artículo 139.22 de la Constitución y del artículo IX del TP del CP), pero sobre la base de evitar las penas cortas privativas de libertad y expandir, en lo proporcionalmente imprescindible, las alternativas a las mismas, corresponde

al derecho procesal hacer viable esas perspectivas, arbitrar un conjunto de medidas alternativas a la prisión preventiva, centrar esta última a los casos graves y siempre que estén en riesgo los fines del proceso, y consolidar el principio de oportunidad, de manera que pueda contribuir también a la efectiva reinserción del imputado [GIMENO].

5. Esencia del derecho procesal penal

Como el derecho procesal penal, integrante del derecho público, es un derecho de realización del derecho penal –dado que sus normas deben ser compatibles entre sí y deben exhibir la misma actitud fundamental–, resulta imprescindible que para lograr su efectividad se imponga al ciudadano, aun cuando oponga resistencia y trate de impedir que la pretensión penal se lleve a cabo [BAUMANN]. Con tal finalidad, justificada a partir de esa conocida relación de sujeción del individuo frente al Estado, característica del derecho público, se arbitran las medidas de coerción procesales (Sección III del Libro II del CPP) y, de modo más amplio, las medidas limitativas de derechos –que incluyen las medidas instrumentales restrictivas de derecho, que el Código denomina "búsqueda de prueba y restricción de derechos" (Título III de la Sección II del Libro II del CPP)–. Los elementos comunes a ellas son, de un lado, la necesaria jurisdiccionalidad para su imposición –que, como es obvio, ratifica la supremacía del juez, que como regla tiene la primera palabra, salvo en los casos de urgencia en que tiene la última palabra– y, de otro, tanto los principios de legalidad y motivación de la restricción, en cuanto a los de intervención indiciaria y proporcionalidad –base fundamental para la legitimidad de toda limitación de derechos fundamentales– (artículo VI del TP del CPP).

También se reconoce, desde la perspectiva de los principios oficial y acusatorio, al Ministerio Público como órgano encargado de la persecución del delito, y de descubrir y sostener la verdad real o material (artículos 159.4-5 de la Constitución, y IV.2, 61.1 y 65.1 del CPP). El Ministerio Público es concebido como un órgano independiente del Poder Judicial –encargado de la función decisoria–, aunque para evitar su dominio incontrolado en perjuicio del imputado y las demás partes procesales, se le somete al control del juez. Ello no obsta, desde su relación con las demás partes procesales y la exigencia de un proceso justo y equitativo, a que, principalmente en el juicio oral, se consolide la necesaria igualdad de armas con la parte acusada, y a que, en sede de investigación preparatoria, cuyo señorío no puede desconocérsele, se reconozcan un conjunto de derechos

instrumentales a las demás partes, y a que, a su vez, se afirme que las actuaciones del fiscal no tienen carácter de definitivas (artículo 325 CPP).

Por último, es de la esencia del derecho procesal penal su carácter de derecho referido al procedimiento. La solución de la controversia, que regula el proceso penal, se lleva a cabo por grados [Baumann]. Si bien el fin del proceso es la decisión sobre el objeto procesal –el hecho punible atribuido al imputado–, existen en los distintos grados fines intermedios y, por consiguiente, una regulación disímil de los derechos y deberes de los sujetos que participan en el proceso en los diferentes grados.

A. En la etapa de procedimiento de investigación preparatoria se reúnen los elementos de convicción, de cargo y descargo, para que el fiscal funde su acusación y la parte investigada prepare su defensa (artículo 321 CPP), en la que existe una clara predominancia del fiscal, sin desconocer el principio de contradicción y el derecho de defensa de las demás partes procesales, en especial del imputado (artículo 337.4-5 CPP).

B. En la etapa de procedimiento intermedio se examina, desde las actuaciones de la investigación preparatoria, si existe base suficiente para acusar y pasar a la siguiente etapa (artículo 344.1 CPP), cuyo principio dominante, a la par de reconocer el señorío del Tribunal y la plena igualdad procesal con una amplia posibilidad de intervención de las partes frente al requerimiento fiscal (artículos 345.2 y 350.1 CPP), es el de seriedad de la pretensión punitiva, en cuya virtud no basta con que esté configurado por el fiscal, o el querellante particular en su caso, la pretensión punitiva, es necesario, además, como presupuesto de la admisibilidad del juicio, que se valore la seriedad de la pretensión por el órgano jurisdiccional, en sentido favorable, a la continuidad del proceso –que es lo se denomina "juicio de acusación"– a fin de evitar los juicios carentes de fundamentos y ya lastrados por la inconsistencia jurídica relativa a los hechos delictivos [Almagro Nosete].

C. En la etapa de enjuiciamiento o procedimiento principal se decide sobre el objeto del proceso, en función de la acusación. El rol principal corresponde al juez y se reconoce una amplia y pareja actividad de las partes, bajo la vigencia del conjunto de principios que dominan la escena procesal: contradicción, igualdad de armas, publicidad, oralidad, inmediación y concentración (artículo 356.1 CPP). El rol activo corresponde a las partes en lo que respecta al aporte probatorio, y el juez se limita a controlar la corrección del trámite y a que el esclarecimiento,

como meta fundamental del proceso, se cumpla en todo lo que fuera materialmente posible, exigencia que en última instancia modula la intervención del juez en su cumplimiento (artículos 363.1 y 375.4 CPP).

6. Metas y medios del derecho procesal penal

La meta del proceso penal en un Estado constitucional no puede ser otra que la búsqueda de la verdad material –o, mejor dicho, de la verdad judicial–: acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, en su caso, castigar al autor o partícipe de su comisión; por consiguiente, el fin del proceso es solucionar un conflicto, pero con una aplicación correcta de la regla de juicio y, luego de una regla de derecho cuya estructura es condicional –una reconstrucción posiblemente verdadera de hechos es una premisa necesaria para demostrar que la decisión es correcta, pero no es suficiente [TARUFFO]–. De ahí que el juez, en la sentencia que pone fin al proceso penal declarativo de condena, deberá incluir, desde su libre convicción (artículo 158.1 CPP), "cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probadas o improbadas [...]" (artículo 395.3 CPP). Por lo demás, en la investigación del delito, el fiscal "deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión" (artículo 65.1 CPP). En esta perspectiva, la Policía, como ayudante principal del fiscal, en el ejercicio de su función de investigación, debe "reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley penal" (artículo 67.1 CPP).

Si el Estado de derecho obliga a orientar toda su acción social de conformidad con el principio de justicia material (artículo 44 de la Constitución), este rige incluso si se reconoce –como así es– que el fin del proceso penal es el restablecimiento de la paz jurídica [GÖSSEL]. Lo fundamental es admitir, de un lado, que el proceso penal busca esclarecer una sospecha, es decir, los cargos de criminalidad que pesan contra una persona; y, de otro, que la justicia material es compatible con esta línea tendencial de todo proceso penal democrático: en este ha de averiguarse lícitamente la verdad, desde las premisas constitucionales, ya que de lo contrario es inconcebible una sentencia justa: *veritas delicti*. En esta perspectiva, como regla, se tiene que la condena a una pena contra una persona está unida necesariamente a la comprobación de su culpabilidad –el derecho material se realiza comprobando la verdad material–, resultando insuficiente al respecto la mera justicia de procedimiento, esto es, considerar al proceso penal como una lucha, cuyas sanciones serían legítimamente sufridas por el perdedor, por ser justas las condiciones de combate [SCHÜNEMANN]. No solo se requiere un

procedimiento ordenado, el poder del Estado necesita subordinarse a su propio fin que es la justicia. Desde el principio de instrucción, plenamente constitucional, le corresponde al juez, de conformidad con el derecho, respetando el principio de contradicción y las demás garantías procesales, elaborar una imagen acerca de los hechos que sea tan fiel a la realidad como sea posible –no que se imponga el punto de vista postulado por alguna de las partes o de un testigo o perito acerca de la verdad– [Gössel].

La verdad judicial de los hechos es, a final de cuentas, una condición necesaria de toda decisión apropiada, legítima y justa –sin ella esta no es posible–. La verdad, a su vez, se obtiene a partir de las fuentes y medios de prueba –información a partir de la cual se puede derivar la verdad de los hechos en litigio–, y su selección se hace desde dos criterios básicos: relevancia de los medios de prueba y admisibilidad (jurídica) de los medios de prueba. El primero es un estándar lógico de acuerdo con el cual solo se admiten y se tienen en cuenta aquellos medios de prueba que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos –pertinencia y utilidad–. El segundo dice de las normas sobre admisibilidad de los medios de prueba. Las reglas de exclusión se estructuran en función de diversos factores muy diversos, unas veces referidos con la posición particular de las personas involucradas y otras con la materia específica que tiene que ser probada. En ocasiones su propósito es evitar posibles errores y malentendidos en la valoración de los medios de prueba específicos y en otras su objetivo es evitar procesales inútiles [Taruffo].

El descubrimiento de la verdad material obliga a considerar permanentemente la posibilidad de que el imputado sea realmente inocente. Todas las regulaciones del derecho procesal penal, del proceso en concreto, deben atender a esa posibilidad [Tiedemann] y, por ende, arbitrar mecanismos jurídicos que impidan el sometimiento ilegal de un imputado a un procedimiento penal o la imposición o subsistencia de medidas limitativas de derechos sin base fáctica o legal.

Unida a la posibilidad de una decisión correcta, que sea compatible con la verdad material, la meta del procedimiento requiere, además, que la decisión sobre la punibilidad del imputado sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal y que restablezca la paz jurídica [Roxin]. En este ámbito los medios que se vale el Estado para alcanzar la verdad, informados por el principio de formalidad –vinculación formal de la prueba de la verdad–, deben ser respetuosos del ordenamiento jurídico y del contenido esencial de los derechos

constitucionales del imputado, pues de otro modo las evidencias obtenidas de esa forma son inutilizables, son de valoración prohibida (artículos VIII.1-2 del TP y 159 CPP). Por consiguiente, la meta del proceso penal no consiste en alcanzar la verdad material a cualquier precio (criterio, ya expuesto, de la admisibilidad jurídica de los medios de prueba).

En conclusión, corresponde al derecho procesal penal regular la clase y extensión, en conformidad con el derecho, de las restricciones de los derechos fundamentales de cara a la afirmación de la seguridad ciudadana. Tres limitaciones deben reconocerse: **1.** Vinculación formal de la prueba de la verdad, cuyo norte y límite es el respeto de los derechos fundamentales y de las reglas jurídicas preestablecidas. **2.** Dependencia del derecho procesal penal al derecho constitucional, en el entendido que el límite externo de las reglas del derecho procesal es la Constitución y los derechos fundamentales que reconoce. **3.** Formalismo del derecho procesal penal, en el sentido de que, para enervar la presunción de inocencia la obtención de las evidencias de cargo, han de haber respetado los límites que la ley reconoce a los órganos públicos y el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

El derecho procesal penal, a través del proceso penal, tiene, por una parte, la tarea de ejercer el derecho de castigar o, dicho de otra forma, la pretensión punitiva del Estado en un proceso jurisdiccional, conforme a las normas jurídicas, por motivo de la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la comunidad. Por otro lado, han de garantizarse en forma efectiva los derechos fundamentales de una persona que se encuentra ante la posibilidad de una condena [HASS].

7. Fuentes del derecho procesal penal

7.1. Concepto. Legalidad procesal penal

La noción fuente de derecho puede definirse como el procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rango de obligatoriedad propio del derecho [RUBIO CORREA]. En esta perspectiva, la teoría del derecho asume como tales: la legislación, la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia.

Si se toma en cuenta la forma en que las normas jurídicas se manifiestan, su régimen jurídico, se tiene que en el derecho procesal la legislación es la fuente formal más importante: principio de supremacía de la ley –principio de reserva

material de ley–, en cuya virtud los procesos se han de desarrollar con arreglo a ella [Montero]. La Ley, por tanto, es la fuente básica, fundamental y preferente del derecho procesal penal, de suerte que las demás fuentes del derecho se aplicarán si se acomodan a los principios fundamentales de la ley, es decir, tienen un carácter de segundo grado o indirecto [Fenech].

En muy contados casos, de mero carácter ordenatorio –siempre que la ley haya asumido la regulación esencial de la materia en cuestión [Ortells]–, algunas instituciones procesales se desarrollan, sobre la base de una norma con rango de ley, a través de disposiciones reglamentarias dictadas tanto por el Poder Ejecutivo cuanto por los órganos de Gobierno del Poder Judicial y del Ministerio Público (por ejemplo: artículos 120.3, 127.6, 223.2 y 252), siempre en la esfera de sus atribuciones y cuando les corresponda actuar a los órganos que la integran, cuya aplicación está condicionada a la conformidad con la Constitución y la Ley. Está prohibida, sin embargo, la deslegalización, el mero descenso de rango que exponga incondicionalmente la materia a regulación por reglamento; pero, supuesto lo anterior, las decisiones de los órganos de gobierno del Poder Judicial pueden no solo resolver cuestiones de superintendencia, sino –implicando el ejercicio de una potestad legislativa– pueden integrar o interpretar la ley procesal para garantizar la ordenada tramitación de los procesos [Levene].

Como rige el principio de legalidad procesal (artículo I.2 TP CPP), sin duda, la ley es la fuente más importante del derecho procesal penal, así establecido por el artículo 138, § 1, de la Constitución. Obviamente, dentro de ella, la supremacía corresponde a la Constitución y, en segundo lugar, a los tratados. La Constitución es la primera ley que ha de aplicarse y esta contiene numerosas normas procesales. El artículo 51 le otorga rango supremo y, como tal, contiene disposiciones que regulan, de uno u otro modo, los aspectos orgánicos de la jurisdicción, las garantías procesales y diversas instituciones procesales (véanse, por ejemplo, los artículos 139, 2, 159 y 173, entre muchos otros); es decir, en ella se encuentran formulados, explícita o implícitamente, principios básicos encaminados al perfeccionamiento del proceso jurisdiccional [Cordón].

Los tratados celebrados por el Estado en vigor forman parte del derecho nacional. Muchos de ellos contienen normas procesales, tanto básicas cuanto específicas, que desarrollan alguna institución propia de la cooperación judicial. En el caso de las primeras, cuando se trata de tratados sobre derechos humanos, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tienen rango supremo, ellas y la jurisprudencia que emana de los tribunales respectivos

–derecho originario y derecho derivado– (SSTC n.º 1268-2001/ HC, de 15-04-02, y n.º 4587-2004/AA, de 29-11-05).

Dentro de las normas con rango de ley –que tienen un valor normativo superior siempre que emanen del órgano constitucionalmente investido para dictarlas y se mantengan dentro de los límites constitucionales [GARCÍA DE ENTERRÍA]–, se tienen como leyes procesales comunes la LOPJ y el Código Procesal Civil y como leyes procesales específicas, para nuestra disciplina, el Código Procesal Penal.

La primera ley procesal común es el Código Procesal Civil. El legislador apunta a su carácter común porque desarrolla el conjunto de la actividad procesal. El Código Procesal Civil regula no pocos presupuestos y requisitos procesales del órgano jurisdiccional y de las partes, de suerte que cuando la ley procesal penal no los regula, es de rigor aplicar esas normas. El citado Código intenta que las demás leyes procesales desenvuelvan sus principios, reglas o criterios cuando desarrollen sus procesos respectivos y, de otro lado, procura contener las instituciones procesales comunes a todas las leyes procesales. Además, reconoce su carácter supletorio frente a las otras leyes procesales –es lo que se denomina, dentro de la interpretación analógica, "suplemento analógico" [MANZINI]–. La I Disposición Final reza: "Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza". Es importante, sin embargo, tener presente la última prevención, de suerte que la remisión de una ley a otra no puede ser automática cuando existen diferencias estructurales y funcionales, porque existe el peligro de que la ley procesal civil actúe más como una ley suplantadora que como una ley supletoria [VALENCIA MIRÓN].

La segunda ley procesal común es la LOPJ. Esta regula, más allá de los aspectos vinculados a la estructura y atribuciones del órgano jurisdiccional, tanto los principios generales del ordenamiento jurisdiccional, la jurisdicción y competencia nacional –que son, propiamente, normas orgánicas procesales– y el desarrollo de la actividad jurisdiccional –tales como los términos y plazos procesales, el despacho judicial, los exhortos, la formación del expediente judicial–, cuanto el régimen de los jueces. Dichas normas procesales, a tenor de la XXIII Disposición Final, son de aplicación supletoria a las normas procesales específicas. En otras palabras, para las normas funcionales procesales, tiene una función de supletoriedad de segundo orden: primero rige el Código Procesal Civil y, en su defecto, la LOPJ.

7. 2. Las otras fuentes del derecho procesal

Nuestra Constitución establece otras dos fuentes formales directas en defecto de la legislación, por ende, de carácter secundario: los principios generales y el derecho consuetudinario (artículo 139.8). Los principios generales del derecho, en concreto, aquellos propios del proceso penal, que analizaremos en la Lección siguiente, tienen un indudable carácter de fuente jurídica, con la prevención de que estén concretados, emanen o se desprendan de la propia Constitución y de la ley –que debe desarrollarlos–, de donde necesariamente han de partir –su reconocimiento legal expreso refuerza su eficacia [Prieto Castro]–, por imperio mandato del artículo 138, § 1, de la Constitución. Cabe advertir que los principios generales de contenido procesal –concebidos como instrumentos válidos para la aplicación de la justicia, en tanto valor superior del ordenamiento– no suelen ser plasmados de modo absoluto o puro, por lo que al momento de su aplicación debe, primero, establecerse su existencia, después ha de determinarse su exacto contenido y si ha sido constitucionalizado, segundo, ha de interpretarse en el conjunto del sistema procesal y, finalmente, ha de aplicarse como cualquier otra norma [Montero Aroca].

La norma consuetudinaria en sede procesal –más allá de la diferenciación entre costumbre fuente y costumbre norma [Rubio Correa]–, desde luego, no puede tener lugar en el ámbito del proceso jurisdiccional, pues este no puede ser regulado por la autonomía de sus protagonistas [De La Oliva]. El proceso no puede ser desarrollado por las normas consuetudinarias, en la medida en que este es una creación plenamente prevista y tipificada con anterioridad a su propia vivencia [Ibáñez y García Velásquez]; además, como las costumbres son generalmente locales, no nacionales o generales, resultaría inconstitucional la existencia de varios derechos procesales consuetudinarios según el territorio en el que se desarrollase el proceso, lo que repugna a la propia idea de generalidad de la ley [Cortés Domínguez]. Algunos juristas [Guasp], sin embargo, califican los usos y las reglas forenses como de posible aplicación, al comprenderlas como costumbre *extra legem*, siempre que no afecten el orden público y, como tales, su existencia resulte probada y sea expresión de una convicción jurídica general, uniforme y constante.

Pese a lo expuesto, respecto del derecho consuetudinario, se debe tener presente –por el carácter pluricultural del Estado peruano– el artículo 149 de la Constitución que reconoce la aplicación específica, no del derecho legislado, sino de las normas tradicionales de las comunidades campesinas y nativas y su propio sistema de administración de justicia en su ámbito territorial, siempre que

no violen los derechos fundamentales de la persona. Según el artículo 18 CPP, la jurisdicción indígena es considerada un límite de la jurisdicción penal ordinaria.

Un problema específico presenta la jurisprudencia –en sentido estricto, es decir, la emanada de los más altos tribunales de justicia– como fuente del derecho. En el sistema jurídico continental se la tiene como una fuente derivada, sujeta a la ley y expresión de esta –es, pues, un problema jurídico constitucional que cada ordenamiento resuelve de una u otra forma [DÍEZ PICAZO]–. No obstante tal concepción, el valor jurídico de la jurisprudencia –como algo más que ser conformadora y complementadora de la ley preexistente– se ha venido acentuando en nuestro ordenamiento, primero, con lo dispuesto por los artículos 22 LOJP y 433.3-4 CPP, que autoriza a la Corte Suprema de Justicia a dictar fallos vinculantes o de efectos generales, y, segundo, con el artículo 429.5 CPP que configura un motivo específico de casación: el apartamiento injustificado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional –que solo puede entenderse así cuando ambos altos tribunales la declaren expresamente como precedente vinculante–. Si bien no se advierte de la infracción de sus decisiones –concebidas, en todo caso, como directrices y auxiliares de interpretación de la Constitución y de la Ley, que consagran la vigencia efectiva del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley y del valor seguridad jurídica, así como la coherencia del derecho– una concreta sanción procesal –la nulidad en su caso–, es evidente que si el órgano jurisdiccional no sigue la doctrina jurisprudencial en caso de recurso impugnatorio, la resolución que no la acate será irremediablemente revocada por el órgano superior que conozca del respectivo recurso devolutivo.

La función de la Corte Suprema, superando el formalismo interpretativo, es atribuir sentido y unidad al derecho y cuidar su desarrollo. Al hacerlo así, a partir de valoraciones asumidas debidamente racionalizadas, revela una "creación" no solo por hacer surgir algo que no preexiste a la interpretación o que deriva lógicamente de la ley –agrega algo nuevo al orden jurídico legislativo, sin invalidarlo o integrarlo– sino también por ser expresión de la voluntad del Poder Judicial, indispensable para que el derecho pueda desarrollarse en la sociedad. Ello quiere decir que las decisiones de la Corte Suprema no se limitan a las partes del caso, sino que se extienden a toda la sociedad con el carácter de derecho, por lo que la decisión que emita, sin que tenga la misma estatura que la ley, define el sentido del derecho con una eficacia general delante de la sociedad y es obligatoria ante los tribunales inferiores. Solo así habrá previsibilidad jurídica [MARINONI].

III. FINALIDAD DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Como ya se dejó expuesto, para que las normas del derecho penal material puedan cumplir con su función, de asegurar las condiciones elementales de convivencia humana pacífica, se requiere de un proceso reglamentado jurídicamente con ayuda del cual es posible investigar la existencia de un hecho punible y, dado el caso, fijar e imponer la sanción predeterminada en la ley [Roxin – Schünemann]. Así lo expresa el principio de legalidad penal, conforme a los artículos II y V del Título Preliminar del Código Penal, en concordancia con el artículo I, apartados 1 y 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal; de suerte que, entre ambos derechos, existe una relación de complementación e, incluso, llegan a compartir instituciones, todo lo que exige su unidad político criminal.

Tres son los fines del proceso. Volk los resume en verdad, justicia y paz jurídica, que expresan, a su vez, tres valores materiales, los cuales han de balancearse en un debido proceso. Entonces: **1.** En el proceso debe descubrirse la verdad –todas las circunstancias relevantes para el derecho penal material deben acreditarse–; desde luego, es un ideal asumible por los órganos de la justicia penal y que guía sus acciones, de modo que, como diría Beccaria, los jueces son indiferentes investigadores de la verdad, aunque en términos modernos, de cara al proceso acusatorio asumido por el Código Procesal Penal nacional, es el fiscal un indiferente investigador de la verdad, mientras el juez es quien garantiza los derechos y verifica independiente o imparcialmente la veracidad de las hipótesis acusatorias. **2.** La decisión deber ser justa, en la perspectiva de un proceso leal, conforme a la ley, que es lo que se denomina justicia procesal –la verdad no se averigua a cualquier precio y otros intereses relevantes, más allá de los epistémicos, deben ser reconocidos (dignidad de la persona e inviolabilidad de sus derechos fundamentales)–, de modo que siempre son de reconocer, dice Ferrajoli, las llamadas "garantías" al consideradas como las técnicas con las que se tutelan y se satisfacen los derechos. 3. Por último, el proceso penal se encarga de superar una perturbación social, asegura la vigencia de las normas penales y alcanza de esta forma la paz jurídica –la sentencia debe resolver el asunto en un tiempo razonable, pero debe ser posible que se revise, aunque no es aceptable un procesamiento interminable– [Volk].

Estos tres fines deben ir juntos –de ahí su naturaleza compleja– pero en situaciones de emergencia, o por razones de política criminal, pueden desnivelarse, aunque, por lo menos, para su aceptación, dos de ellos siempre deben concurrir. La verdad, si están presentes los otros dos fines, puede verse disminuida –nunca eliminada–, por ejemplo, con la aplicación del principio del consenso: terminación

anticipada, conformidad procesal, colaboración eficaz –su excepcionalidad obliga a una interpretación restrictiva de sus disposiciones–. De igual manera, la justicia puede ser deficitaria en los casos en que la obtención y actuación de una prueba, por lo menos resulta, irregular, aunque no da lugar a una inutilización probatoria fulminante –las graves violaciones de la legalidad probatoria son motivo de exclusión probatoria o, en su caso, de nulidad de actuaciones, así como de la propia legalidad sustancial del proceso penal, lo que impide que no sean consideradas para las respectivas sanciones procesales y decisiones correspondientes–. Asimismo, la paz jurídica podría alterarse como consecuencia de una acción de revisión, siempre por motivos tasados (*propter falsa* y *propter nova*), que cambie la declaración de hechos probados por una sentencia condenatoria firme.

Queda claro, por lo demás, que corresponde al juez, siempre, ser prudente en sus conclusiones y tener la disposición de escuchar todas las diferentes y aun opuestas razones. Asimismo, debe tener conciencia del carácter siempre relativo e incierto de la verdad procesal –probabilista de hecho y opinable en derecho– y, por eso, de la permanente posibilidad de errar. Igualmente debe reconocer que las garantías procesales pueden reducir esa posibilidad de error, pero nunca suprimirla por completo [FERRAJOLI].

LECCIÓN SEGUNDA

NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

I. NORMAS PROCESALES. ASPECTOS GENERALES

1. Contenido

La ley no prevé reglas específicas para diferenciar una norma material de una norma procesal –se entiende que el ordenamiento jurídico se encuentra conformado por un sistema complejo de normas materiales y de otras llamadas a desenvolver el contenido de estas, a actuarlas, aplicándolas [QUINTERO/PRIETO]–. Esa tarea ha sido dejada a la doctrina y la jurisprudencia. La trascendencia de esta diferenciación radica en que la determinación de la norma que ha de interpretarse o aplicarse trae consigo una serie de consecuencias, especialmente, **(i)** en su eficacia espacial –se pueden aplicar normas materiales extranjeras, pero nunca procesales– y temporal –existencia y razón de ser de la 'favorabilidad' y definición de sus alcances en orden a la sucesión normativa–, **(ii)** en el régimen de impugnación de las resoluciones –conformar los motivos de casación, por ejemplo– y, entre otras posibles, **(iii)** en la posibilidad de utilización de la analogía –excluida en el derecho penal pero aceptada en el derecho procesal penal–, o **(iv)** en el alcance de la infracción de las normas –la infracción de una norma procesal no excluye absolutamente la estimación de la pretensión, mientras que el éxito de esta última sí que depende inmutablemente de la situación existente según las normas materiales [ORTELLS]–.

Sin duda no puede aceptarse como criterio de determinación la sede legislativa de la norma. Hoy en día es doctrina pacífica el criterio de determinación que parte del objeto o materia normado, y que toma en consideración la relación existente entre la norma jurídica que se trata de calificar y la materia a la que esa norma se refiere. A estos efectos, se parte no tanto del supuesto de hecho de la norma sino de la consecuencia jurídica que estipula, del tipo de respuesta que establece [ORTELLS].

Así, desde el punto de vista de su contenido, son normas procesales las que regulan materias procesales y tienen por objeto el proceso; afectan a los órganos jurisdiccionales, sujetos procesales, situaciones y actos procesales, y a la regulación del proceso. Desde su finalidad, son normas procesales las que disciplinan la actividad procesal del juez y de las partes, entre sí o con relación al objeto del proceso; en esta perspectiva, las normas procesales determinan el sí y el cómo de la sentencia y los actos que la preceden y que son necesarios para llegar a ella; mientras que las normas materiales determinan el qué del fallo [DE LA OLIVA]. Desde el ámbito en que la norma despliega sus efectos, será procesal la norma que atiende a la conducta de las personas en cuanto sujetos del proceso y se refiere a los actos procesales, tanto a la forma, como a sus presupuestos, requisitos y efectos [MONTERO].

2. Clasificación

Si las normas procesales, en general, regulan los requisitos y los efectos del proceso, entonces en ellas tienen cabida tanto las normas que tienen por objeto la organización jurisdiccional, que se denominan normas orgánico-procesales, cuanto las que regulan la actividad jurisdiccional, que se denominan normas funcional-procesales [VALENCIA MIRÓN].

Las normas orgánico-procesales, con exclusión de las normas que pertenecen al derecho constitucional, y que versan sobre la estructuración de los poderes del Estado y la posición que en el mismo ocupa el Poder Judicial, son aquellas que regulan la organización judicial (Ley Orgánica del Poder Judicial), el estatuto jurídico de los jueces (Ley de la Carrera Judicial) y las relativas a los presupuestos de jurisdicción y competencia –actividad y coordenadas dentro de las cuales actúan los órganos jurisdiccionales (indistinta o complementariamente entre sí, el CPP y la LOPJ)–.

Las normas funcional-procesales son aquellas vinculadas con la acción y el objeto procesal y con el proceso –normas estrictamente reguladoras del proceso–. Están comprendidas en este ámbito, las normas que regulan los presupuestos que afectan a las partes, así como la actividad procesal desde su iniciación y hasta su conclusión; también tienen naturaleza procesal aquellos actos que, si bien se realizan fuera del proceso, están llamados a operar y generar consecuencias en su seno, como la conciliación [ASENCIO].

En este último ámbito, de las normas funcional-procesales, es posible reconocer una subclasificación: normas procesales materiales y normas procesales

formales. Las primeras son aquellas que describen la conducta de las personas que intervienen en el proceso, imponiéndole deberes, cargas-sanción, cargas-facultad. Las segundas no describen una conducta sino el contenido de los actos procesales y sus condiciones de tiempo, lugar y modo, y sus respectivas sanciones en caso de incumplimiento o infracción [Díaz].

3. Naturaleza

Las normas procesales, como ha quedado expuesto, son de derecho público, aunque con ciertas características especiales. Son dos las notas esenciales o propias destacables y que se derivan del principio de legalidad:

A. Irrenunciabilidad de las normas procesales. No pueden ser sustituidas por actos jurídicos voluntarios que están regidos por el principio de autonomía de la voluntad. Son vinculantes. No puede haber un proceso convencional, debido a que rige el principio de legalidad procesal, que no se puede alterar por "pactos procesales". El proceso es una creación legal *ex novo*, lo cual explica la supremacía de la ley entre las fuentes del derecho procesal [Cordón].

B. Carácter de *Ius Cogens* de las normas procesales. Estas tienen una naturaleza imperativa, de necesaria aplicación en sus propios términos en cuanto se dé el supuesto de hecho que prevén. No se aceptan, por lo general, las normas dispositivas, esto es, aquellas que permiten que el supuesto de hecho previsto sea sustituido, para la producción de la consecuencia jurídica establecida por la norma, por otro supuesto que se ha fijado por la voluntad de las partes. Las normas de derecho dispositivo son escasas en el derecho procesal y, en todo caso, debe tenerse presente que es la ley la que determina la aplicación o no de una determinada norma procesal, a partir de que se aprecie existente el supuesto de hecho que prevé. Así, existen normas en el proceso civil que pueden calificarse de dispositivas, tales como las que regulan la competencia territorial, que permiten a las partes fijar la sede jurisdiccional de resolución del conflicto. No es norma dispositiva, sin embargo, aquella que concede facultades o derechos procesales cuyo titular puede ejercitar o no, porque en estos casos las partes no pueden sustituir el supuesto al que la consecuencia se vincula, y se limitan a optar por una de las varias posibilidades que la propia norma procesal expresamente establece.

Por otro lado, es de tener en cuenta que toda norma procesal implica garantía; el derecho procesal tiene por objeto la tutela de los derechos individuales

y, en su caso, de los derechos colectivos o sociales. La finalidad de la norma procesal penal es la tutela de la jurisdicción penal [ESCUSOL].

4. Preceptos procesales del Código Penal

Los enunciados normativos procesales del Código Penal son diecinueve. En la Parte General, son seis; y, en la Parte Especial, son trece. Así tenemos, de un lado, los artículos V y VI del TP del CP, y los artículos 75, 78, 92 y 99 del CP; y, de otro lado, los artículos 124, 134, 135, 138, 158, 213, 212, 221, 224, 241-B, 314-C, 314-D y 401-B del CP.

Reconocer la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal no hace sino admitir lo complicado de su diferenciación con las normas sustantivas o materiales y lo entrelazado de ambos Derechos (sustantivo y procesal), sino que obliga a reconocer, acota GARCÍA-PABLOS, que la naturaleza de un determinado precepto no depende exclusivamente del carácter sustantivo o procesal de la ley o cuerpo legal en la que se emplaza aquél, sino de su contenido y función.

Los citados preceptos procesales, desde el Libro I o Parte General del CP, están enlazados **(i)** al principio del debido proceso; **(ii)** a la norma-principio que guía el proceso penal de ejecución; **(iii)** a la pericia médica para determinar la extensión de medida de seguridad de internación; **(iv)** a los presupuestos procesales (extinción de la acción penal); y, **(iv)** a la reparación civil (ejercicio de la acción civil y anulación de actos jurídicos). Desde el Libro II o Parte Especial del CP, están vinculados **(i)** a la determinación de delitos "privados", es decir, sujetos a ejercicio privado de la acción penal: delitos de lesiones culposas leves, contra el honor y contra la intimidad (artículos 124, 138 y 158) y de delitos semipúblicos: delitos contra el sistema crediticio (artículo 213); **(ii)** a los limites probatorios a la exceptio veritatis en los delitos contra el honor (artículos 134 y 135); **(iii)** a la imposición de la medida de coerción de incautación cautelar: delitos contra los derechos de autor, contra la propiedad industrial, ambientales y de corrupción de funcionarios (artículos 221, 224, 314-C y 401-B); y, **(iv)** a los mecanismos gremiales por colaboración eficaz: delitos contra el sistema crediticio y ambientales (artículos 212 y 314-D).

Esta enumeración de preceptos procesales no finaliza en el Código Penal. Debe reconocerse el expansivo **derecho penal complementario**, integrado por un conjunto disperso de dispositivos legales penales independientes, al margen del Código Penal, y que –en su mayoría– tienen un carácter estatutario (reúnen normas penales materiales, procesales e, incluso, de ejecución). También existen,

claro está, preceptos referidos a diversas materias, que incluyen normas penales y normas procesales penales.

En nuestra legislación, es de identificar, como integrantes del derecho penal complementario, las siguientes disposiciones con rango de ley: 1. Delitos aduaneros: (contrabando y defraudación de rentas de aduana), Ley 28008, de 19-6-2003, y Decreto Legislativo 1111, de 29-6-2012. 2. Delitos tributarios (Decretos Legislativos 813, de 20-4-1996, 1114, de 5-7-2012. 3. Delitos de terrorismo: Decreto Ley 25475, de 6-5-1992, y Decretos Legislativos 921, de 18-1-2003, 985, de 22-7-2007, 1233, de 26-9-2015, y 1249, de 26-11-2016. 4. Delitos informáticos, Leyes 30096, de 22-10-2013, y 30171, de 10-3-2014. 5. Organización criminal: Ley contra el crimen organizado 30077, de 20-8-2013. 6. Delito de lavado de activos: Decretos Legislativos 1106, de 19-42012, 1249, de 26-11-2016, 1249, de 26-11-2016, y 1352, de 7-1-20178.

II. EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES

1. Aspectos generales

Las normas procesales no tienen una eficacia ilimitada. Rigen en un momento dado y en un ámbito territorial que se determina por los diversos fueros existentes al respecto. Existen, en esta materia, dos grandes principios generales que es del caso afirmar: **(i)** en el ámbito territorial o espacial, las normas rigen dentro del territorio del Estado; y, **(ii)** en el ámbito temporal, las normas rigen a partir de su entrada en vigencia, aunque eventualmente puede admitirse que rijan retroactivamente, siempre que ello no vaya contra normas legislativas que estatuyan lo contrario mandatoriamente [Rubio Correa].

2. Eficacia espacial de las normas procesales

El principio general, como se ha expuesto, es que las normas de un Estado son aplicables en todo el ámbito de su territorio nacional –definido por el artículo 54 de la Constitución–. Las normas procesales penales son normas territoriales. Rige el brocardo *lex fori*, de manera tal que todo acto procesal llevado a efecto en el Perú por nuestros jueces se tramitará conforme a nuestras normas, incluso las actuaciones procesales realizadas por jueces nacionales en funciones de auxilio judicial internacional y, por tanto, en el marco de un proceso extranjero regido por los preceptos imperantes en ese país. En el derecho procesal penal internacional rige un principio básico: todos se atienen al derecho interno, la cooperación

judicial internacional se realiza conforme a la ley interna, salvo –claro está– que se haya establecido convencionalmente un régimen distinto. En conclusión, no se puede aplicar el derecho procesal extranjero.

Es de distinguir, por lo demás, la competencia internacional de los tribunales penales peruanos. Aquí rige lo dispuesto en los artículos 1, último parágrafo, y del 2 al 4 del Código Penal, que asumen, de uno u otro modo, los principios **(i)** de la competencia real, **(ii)** de la personalidad activa, **(iii)** de la personalidad pasiva, **(iv)** de la competencia universal, de la competencia de reemplazo o de sustitución justicia universal, y **(v)** de la administración de justicia por representación [HURTADO POZO]. En todos estos supuestos en los que el Código Penal dispone que es aplicable la ley penal (material) peruana, pese a la presencia de un elemento extranjero o internacional –de ahí su denominación de derecho penal internacional–, lo será igualmente la ley procesal penal nacional –no cabe duda, por tanto, que ese ámbito pertenece al derecho penal material, en tanto fijan el dominio de aplicación del poder punitivo del Estado [HURTADO POZO]–. Reconocer lo anterior, sin embargo, no afecta a la territorialidad de la ley procesal penal que los jueces peruanos conozcan de esos delitos –que lo harán, siempre, con arreglo a las normas procesales nacionales–, pues en estos casos se ha producido una ampliación del principio de territorialidad de la ley penal sustantiva en atención a los principios antes citados, "que para constituir supuestos de extraterritorialidad de la ley procesal requerirían que el proceso, no solo el delito, se desarrollase fuera del territorio de la nación" [IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO].

Es de tener presente, empero, que lo anterior no significa que, en algunas ocasiones, determinados y concretos actos procesales que integran un proceso peruano no deban regirse por normas procesales extranjeras. En muchas ocasiones será necesario realizar actuaciones procesales en el extranjero, en las que el juez del país requerido procederá conforme a su legislación –no a la legislación peruana–. De ahí que dichos actos, que conforman el proceso nacional, y que van a tener eficacia en este proceso, se desarrollen bajo la aplicación de la norma procesal extranjera [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

3. Eficacia temporal de las normas procesales

3.1. Bases constitucionales y legales

El artículo 103 de la Constitución afirma el principio fundamental en materia de aplicación de normas en el tiempo. Esta norma suprema prescribe que

las leyes no tienen fuerza ni efecto retroactivo, rigen por ende a partir de su plena entrada en vigencia. El artículo 51 de la Constitución estipula que la publicidad es esencial para la vigencia de las leyes, y el artículo 109 sanciona que esta es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo que la propia ley contenga disposición contraria que postergue su vigencia en todo o en parte. La irretroactividad de la ley, en consecuencia, es esencial y consolida el valor de seguridad jurídica, que en sede procesal significa que las partes tienen derecho a saber de antemano que su pretensión y defensa se ejercitarán en un procedimiento en el que el programa de posibilidades, cargas y obligaciones procesales ha de encontrarse legalmente preestablecido [Gimeno].

Sin embargo, el propio artículo 103 de la Ley Fundamental reconoce una excepción e impone la ultraactividad de la ley en materia penal –que ocurre cuando una norma derogada continúa, sin embargo, surtiendo efectos jurídicos de manera excepcional más allá del momento en que tal derogación ocurre–, cuando favorece al reo (STC n.º 5786-2007-PHC/TC, FJ 2); norma que a su vez se refuerza con lo dispuesto en el artículo 139.11) de la propia Constitución, que considera como principio y derecho de la función jurisdiccional la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales [Rubio Correa].

El criterio general común de la eficacia temporal de las normas jurídicas es que estas se aplican a los hechos ocurridos durante su vigencia. No pueden modificar hechos ya ocurridos con anterioridad a la vigencia de la nueva norma, de suerte que rige el apotegma *tempus regis actum*. El factor de aplicación de la norma procesal penal, a diferencia de la norma penal material, está referido a los hechos o actos procesales, no al hecho punible: no existe un derecho adquirido para ser juzgado por el procedimiento vigente en el momento de concretarse el hecho punible (STC n.º 2496-2005-PHC/TC, FJ 12). Es indiferente al derecho procesal penal el momento de la comisión del hecho punible, que solo determina el objeto procesal, y no regula los actos procesales ni las potestades y situaciones jurídicas procesales; por tanto, la irretroactividad material y la procesal operan utilizando como referencia elementos o datos no coincidentes. El artículo VII.1 del Título Preliminar del CPP, compatible con lo expuesto, establece un criterio normativo expreso: el tiempo de la actuación procesal. Por tanto, para que una ley procesal fuera retroactiva tendría que ordenar la modificación de los efectos de los actos procesales realizados antes de su entrada en vigor [Montero]. Los actos procesales ya cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la norma anterior no pueden modificarse, pues se vulneraría el principio de preclusión.

El problema de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo se refiere a los procesos en curso cuando entra en vigor una ley nueva –situación que se presenta porque el proceso se desarrolla a lo largo del tiempo, no es *datable* [DE LA OLIVA]–. El criterio rector que asume el citado artículo VII.1 TP del CPP, en materia de derecho transitorio, es la aplicación inmediata de la nueva ley al proceso en trámite –lo que se modifica no son los efectos del hecho enjuiciado, sino el modo de juzgarle, y lo que cambia es el procedimiento [IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO]–. En consecuencia, las actuaciones procesales sucesivas o futuras, luego de entrar en vigor la nueva ley procesal, se rigen por esta última.

En esta misma perspectiva, a fin de evitar la indefensión que generaría cambios sorpresivos en la legislación procesal a partir de la cual se estructuró la correspondiente estrategia procesal y la eficacia de los actos procesales, el artículo VII.1 TP del CPP prescribe que seguirán rigiéndose por la ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado –referido a los medios de impugnación y a todo tipo de actuaciones procesales, incluyendo por cierto las medidas limitativas restrictivas de derechos–. Esta norma no hace sino atemperar la aplicación natural del principio de derogación mediante la incorporación positiva de los principios de conservación y de coherencia lógica de las normas en cada caso particular.

Se discute si el criterio general del factor de referencia centrado en las actuaciones procesales puede ser objeto de excepciones o de una aplicación discriminada según los casos. No son aceptables, sin duda, las excepciones referidas a las normas que regulan el proceso mismo como forma instrumental usada por el juez para el cumplimiento del objeto de la administración de justicia, esto es, la actuación del derecho penal material en el caso concreto [MORAS] –las denominadas normas simplemente instrumentales–. Empero, es plenamente aceptable el criterio referido al *tempus delicti comissi*, a las normas que, de uno u otro modo, regulan la garantía procesal específica del juez legal predeterminado por la ley –llamada también 'juez natural'–, uno de cuyos elementos es precisamente la predeterminación del juez en relación a la fecha de comisión del delito, tal como lo ha reconocido el artículo 8.1 de la CADH [HURTADO POZO] –con las matizaciones que en su momento se expondrán–. Asimismo, es de seguir este último criterio cuando se trata de normas referidas a las condiciones o presupuestos de procedibilidad o de impedimentos de procedibilidad –por ejemplo, requisito de querella y régimen de la prescripción–, pues se sitúan en la frontera con el derecho penal material, y en no pocos de ellos su ubicación es dudosa, que sería el caso de la prescripción en que un sector de la doctrina la considera una institución mixta, por lo que sería aplicable el

fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, en tanto estén vinculadas al castigo estatal –a la configuración del injusto y su sanción– y a su medida [Roxin]; es decir, aquellas normas procesales que por sus efectos inciden específicamente en el castigo estatal y su medida –son las denominadas "normas procesales con efectos sustanciales" [Borrero Restrepo]–. La jurisprudencia colombiana, por ejemplo, ha calificado de normas sustantivas a las que afecten las esferas de libertad del imputado o condenado, esto es, las que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas (Corte Suprema de Colombia, Sentencia n.º 23910 de 2005). El criterio que se ha de seguir, por tanto, será el afianzamiento de la garantía de objetividad que sustenta el principio de legalidad.

El artículo VII.2 TP del CPP establece, expresamente, una tercera excepción: cuando la nueva ley procesal se refiera a derechos individuales y sean más favorables al imputado. En este caso se altera el principio de preclusión y se dispone su aplicación retroactiva, incluso para los actos ya concluidos si fuera posible. Es la aplicación del principio *pro reo* en el ámbito jurisdiccional penal, pero circunscripta a las normas que se refieran a los derechos fundamentales de la persona, materiales y procesales, tales como la libertad personal –por ejemplo, normas sobre detención y prisión preventiva–, libertad domiciliaria, garantía de defensa procesal, etcétera, en la medida en que las nuevas disposiciones amplíen esos derechos o estipulen consecuencias jurídicas menos gravosas. En estos casos se asume un criterio básico: la legalidad ordinaria ha de ser interpretada y aplicada de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (así, por ejemplo, para el caso de la prisión preventiva: STCE n.º 32/1987, de 10-03-87).

3.2. Progresividad y favorabilidad

La I Disposición Final del CPP establece el criterio general de aplicación del nuevo Estatuto Procesal Penal. Prescribe que el CPP entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según un calendario oficial, aprobado por decreto supremo. De este modo se presenta la singularidad de que en un mismo país y momento coexisten dos normas vigentes, pero implementadas de modo distinto según ámbitos geográficos o distritos judiciales determinados; es decir, un solo país o territorio, pero con dos estatutos procesales vigentes implementados diferencialmente.

El problema que se plantea es que tanto la Constitución –artículo 103: "Ninguna ley tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo"– como el nuevo Código Procesal Penal –artículo VII.2: "La ley procesal

referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente [...]"– afirman la posibilidad de que la ley procesal penal –que, sin duda, es una ley en materia penal o que integra el ámbito de la legislación penal– se aplique retroactivamente siempre que favorezca al reo o imputado. La favorabilidad en materia procesal penal está legislativamente admitida –en consecuencia, no está en discusión–. Además, como ha quedado explicado en el apartado anterior, si la ley penal es material y procesal con efectos sustanciales, entonces el criterio de aplicación es el de *tempus delicti comissi* –tiempo de comisión del delito–: ambas afectan, restringen o limitan derechos fundamentales o las esferas de libertad del imputado (SCSJC n.º 23910 de 2005), esto es, inciden específicamente en el castigo estatal o su medida; mientras que, si es procesal instrumental, cuyo carácter es neutral o técnico al hacer más expedito el trámite de la actuación procesal y permitir que se pueda ir agotando sucesiva y preclusivamente cada uno de los pasos que integran el esquema procesal (SCSJC n.º 23006 de 2005), el criterio de aplicación es el de *tempus regis actum* –tiempo de realización del hecho o acto procesal–.

Cuando se trata de instituciones pertenecientes a dos sistemas procesales penales que, en esencia, son diferentes –es el caso de los Estatutos Procesales de 1940 y 2004– es posible que el CPP se aplique en aquellos distritos judiciales en los que aún no se implementa el nuevo sistema procesal penal en atención al principio constitucional de la favorabilidad de la ley penal –material, procesal y de ejecución– [BORRERO RESTREPO]. Si de una u otra forma el CPP tiene preceptos, en línea de comparación con el ACPP, más favorables, es decir, mejore las expectativas procesales del imputado desde la perspectiva de sus derechos individuales o de su ámbito de libertad o entorno jurídico, no cabe duda de la posibilidad de la aplicación del Estatuto Procesal Penal de 2004.

Ahora bien, los requisitos para la aplicación del CPP a los distritos judiciales en los que aún no está implementada –recuérdese que el CPP es una ley existente, válida y vigente, pero no implementada en los distritos judiciales en los que el respectivo decreto supremo no lo ha dispuesto– desde luego exigen determinados niveles de concreción en función de una línea de coherencia y no ruptura de la unidad del ordenamiento procesal. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en una posición que es de compartir, fija como criterios los siguientes:

A. Que se trate de institutos procesales análogos, similares o equivalentes.

B. Que las normas procesales sean de carácter sustancial; esto es, que los referentes de hecho sean idénticos.

C. Que las normas en comparación no se refieran a instituciones propias o exclusivas del nuevo modelo procesal, correspondientes por tanto a su especial naturaleza (SCSJC n.º 23880 de 2005).

4. Eficacia personal de las normas procesales

El principio general en la materia es que la norma procesal penal, por imperio de la idea rectora de igualdad ante la ley (artículo 2.2 de la Constitución), se aplica a todas las personas, sin distinción o exclusión alguna, que cometen un delito dentro del ámbito territorial del Estado, con las extensiones que impone el derecho penal internacional (artículos de 1, párrafo final, al 4 del Código Penal).

No es el caso de la inviolabilidad, institución de relevancia constitucional referida a los delitos de expresión –por tanto, de carácter limitada, parcial o relativa: solo incluye determinados actos–, que se reconoce a congresistas, defensor del pueblo y magistrados del Tribunal Constitucional (artículos 93, § 2; 161, § 3; 201, § 2, de la Constitución), pues es propiamente una inmunidad de jurisdicción material que no se traduce en una inaplicabilidad de la ley procesal penal por un obstáculo temporario para la persecución penal [Maier]. En estos casos lo que no se aplica es la ley penal material y con un carácter permanente, por tanto, es un instituto de derecho penal material-constitucional. Se considera una garantía funcional indispensable para proteger a dichos altos funcionarios de persecuciones de los otros poderes del Estado o de los particulares afectados por sus intervenciones como tales [Alcalá Zamora].

Las excepciones –inmunidad de jurisdicción procesal–, siempre temporales, de derecho procesal penal están sujetas a situaciones que contempla, de un lado, el derecho internacional público y, de otro, el derecho constitucional. En los agentes concurre meramente un óbice de procedibilidad, que tiene efecto, por regla general, en una determinada situación o tiempo [Gómez Orbaneja]. Estas excepciones de determinadas personas de la aplicación del ordenamiento procesal penal solo se explican en atención al cargo u oficio público que ostentan [Tomé].

En el caso del derecho internacional se tienen a los agentes diplomáticos, a los jefes de Estado o representantes del mismo enviados a otro Estado a una misión especial, y a los funcionarios y empleados consulares. Universalmente estas reglas han sido consolidadas en diversos convenios: Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, Convenio de Viena sobre relaciones consulares y Convenio de Viena sobre misiones especiales. Su fundamento radica en la protección de las buenas relaciones con países extranjeros, al objeto de que las mismas no se empañen por la

posible responsabilidad penal de alguno de sus representantes en Perú, confiándose en que, de haber responsabilidad, su país le perseguirá adecuadamente [CUELLO CONTRERAS].

Estas inmunidades solo serán superadas en tanto sean objeto de renuncia por el Estado acreditante, que ha de ser siempre expresa y ha de comunicarse por escrito al Estado receptor [JESCHECK]. Sin embargo, en el espacio americano, según el artículo 297 del Código Bustamante, están sujetos a inviolabilidad –inmunidad de jurisdicción material– los jefes de Estado que se encuentren en territorio de otros Estados. La renuncia, que será del caso recibir cumplidamente, solo está contemplada para los funcionarios diplomáticos, a tenor de la Convención de la Habana. Otras posibilidades para habilitar la persecución del Estado receptor se presentan cuando el agente cesa en su cargo o representación o si desaparece la personería internacional del Estado extranjero como tal.

Las excepciones de derecho constitucional son tres: acusación constitucional, inmunidad y aforamiento (artículos 99, 100, 161 § 3 y 201 § 2 de la Constitución). De uno u otro modo, las tres son garantías –no privilegios o beneficios– para poder ejercer las labores o funciones constitucionalmente asignadas, en especial, de fiscalización o control político, buscan impedir que prosperen eventuales denuncias que impidan o bloqueen la labor o misión constitucional asignada al cargo, en especial de fiscalización [HAKANSSON]. Legalmente han sido desarrolladas en la Sección II del Libro Quinto del nuevo Código Procesal Penal.

A. La acusación constitucional está prevista en los artículos 99 y 100 de la Ley Fundamental. Consiste en que toda imputación por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones de los altos funcionarios públicos y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas, requiere la previa autorización del Congreso. Ante esto el Reglamento del Congreso regula el procedimiento pertinente. Corresponde a la Comisión Permanente del Congreso, previa investigación parlamentaria, acusar ante el Pleno del Congreso, y a este aprobarla y emitir la resolución acusatoria de contenido penal. El artículo 99 de la Constitución fija dos clases de acusación constitucional: la acusación constitucional en vía de juicio político –dedicada a las infracciones constitucionales al margen de su posible contenido penal, destinada a valorar políticamente la conducta funcional–, y la acusación constitucional en vía de antejuicio político –circunscripta a la comisión de delitos cometidos en el ejercicio del cargo– [GARCÍA TOMA]. Esta última es la que le interesa al derecho procesal penal.

Se trata, propiamente, de una prerrogativa procesal o un especial reforzamiento de las garantías procesales en los procesos penales que se pudieran seguir contra determinados altos funcionarios públicos (el artículo 99 de la Constitución realiza una enumeración taxativa de ellos). La incoación de un proceso penal está condicionada a una valoración político-jurisdiccional del Congreso, a que este encuentre fundamentos razonables para el procesamiento penal –propiamente, indicios de criminalidad–, y procede a instancias de una "denuncia constitucional". Aunque esta institución, más allá de sus inconvenientes político-institucionales, tiene un carácter temporal: si bien el delito, siempre vinculado al ejercicio del cargo, ha de ser cometido cuando el alto funcionario ejerce el cargo, la prerrogativa solo dura cinco años, de suerte que a su vencimiento esta cesa y la persecución procesal tiene lugar sin obstáculo alguno, esto es, sin autorización previa del Congreso –se trata de un plazo de caducidad–.

B. La inmunidad –que solo rige para el derecho penal– está prevista en los artículos 93 § 3, 161 § 3 y 201 § 2 de la Constitución. Es concebida como límite al principio de igualdad y a la garantía de tutela jurisdiccional, y busca que el órgano constitucional concernido no sufra la privación injustificada de uno de sus miembros. A diferencia de la acusación constitucional se circunscribe a los delitos comunes, con exclusión de los cometidos en el ejercicio de las funciones. Puede definirse como **(i)** una prerrogativa institucional, un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción, del Congreso como institución y de sus miembros de manera individual –esto último en tanto derechos reflejos de los que goza el alto funcionario en su condición de miembro del órgano constitucional correspondiente: Congreso, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo; no es un derecho subjetivo ni privilegio personal del congresista: STC n.º 0026-2006-PI/TC, de 0803-07–; y, como tal, **(ii)** destinada a proteger la posición institucional del órgano constitucional concernido, en cuya virtud los congresistas –también se extiende a los magistrados del Tribunal Constitucional y al Defensor del Pueblo– no pueden ser privados de su libertad, con la única excepción del delito flagrante, y/o procesados (inmunidades de arresto y de procesamiento) sin previa autorización del Congreso –o del Pleno del Tribunal Constitucional en el caso de sus magistrados–. Este evalúa, no la existencia de indicios de criminalidad como es el caso de la acusación constitucional, sino en aras de la defensa de la institución parlamentaria examina si la vía penal puede ser utilizada con la intención de perturbar

el funcionamiento del órgano constitucional o de alterar su composición. Apunta a evitar una intencional política hostil a los parlamentarios, magistrados constitucionales y defensor del pueblo. En la medida en que es una prerrogativa institucional, que funciona como un auténtico presupuesto procesal –mejor dicho: obstáculo procesal–, deja intacto el posible injusto y la culpabilidad de aquel cuya responsabilidad se hace depender de algún requisito [CUELLO CONTRERAS]. Cinco son sus características más saltantes [LATORRE]:

i. Es de aplicación excepcional, en cuya virtud solo corresponde al Congreso comprobar exclusivamente si tras la imputación penal se esconde algún motivo político o partidista contra el congresista.

ii. Tiene un carácter corporativo, pues protege al órgano constitucional como tal –su capacidad funcional [TIEDEMANN]– y no de sus miembros en particular, a estos se les protege en la medida que representan al órgano al que pertenecen y su calidad de tales, no como un derecho subjetivo.

iii. Es de carácter irrenunciable por el alto funcionario, dado que es una garantía de la función, de procedimiento y de carácter corporativo –rasgo institucional supraindividual–.

iv. Es temporal, solo difiere por un tiempo la persecución procesal de una persona, no lo libera de responsabilidad.

v. Posee revisabilidad restringida, una vez denegada la petición judicial de levantamiento de fuero, desde la necesaria protección de la garantía de tutela jurisdiccional, puede revisarse a partir de la exigencia de motivación de la decisión en los estrictos límites del control de politicidad del pedido judicial: si con la detención o procesamiento del alto funcionario se instrumentaliza al Poder Judicial para fines políticos [GÓMEZ BENÍTEZ] –si el denegatorio ha cumplido con valorar ese extremo, único posible, del petitorio judicial, que tiene un carácter ampliamente discrecional–.

Dos son los ámbitos de esta institución. Desde la perspectiva temporal, se limita al tiempo en que dure el mandato del alto funcionario; el artículo 93, § 3, extiende la garantía desde la elección del congresista hasta un mes después de haber cesado en sus funciones; pero superado ese plazo, resurge la posibilidad de persecución penal [JESCHECK]. Desde la perspectiva

espacial solo alcanza a las imputaciones por delitos cometidos dentro del ámbito territorial del Estado, con las excepciones legalmente previstas contempladas en el Código Penal.

Contribuye al ejercicio de esta garantía, como presupuesto procesal penal, la petición de levantamiento de fuero, prevista en el artículo 16, § 3, del Reglamento del Congreso (párrafo modificado por la Resolución Legislativa n.° 015-2005-CR, de 03-05-06). Una Comisión de jueces supremos, designada por la Sala Plena de la Corte Suprema, a instancia de los órganos jurisdiccionales que conocen del caso, es la que se pronuncia, motivadamente, instando al Congreso o, en su caso, a la Comisión Permanente, la autorización o no de la privación de la libertad y el enjuiciamiento. La decisión corresponde al Congreso y, a partir de ella, recién podrá incoarse en forma el correspondiente proceso penal.

C. El aforamiento está impuesto por el artículo 100 de la Constitución y se circunscribe a los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones los altos funcionarios públicos a que se refiere el artículo 99 de la Ley Fundamental. Es, propiamente, una prerrogativa competencial o especialidad funcional en virtud de la cual el conocimiento de esos delitos no se atribuye a los órganos jurisdiccionales ordinarios sino a otros de categoría superior [Tome Paule]. Es una excepción al régimen general de distribución de la competencia objetiva de los órganos judiciales [Gimeno], y como los altos funcionarios concernidos están sometidos a un fuero distinto del común se les denomina "aforados" [Calderón/Choclán]. En el caso de los delitos antes indicados, el conocimiento de los mismos corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

Su fundamento radica en la necesidad de asegurar la independencia y la libertad de un determinado órgano constitucional o autoridad en el ejercicio de poderes y funciones de relevancia constitucional [Gimeno]. Su suerte está atada a la acusación constitucional, por consiguiente, no rige para los supuestos de inmunidad, de modo que, vencido el plazo de cinco años, cesa esta prerrogativa.

III. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES

1. Aspectos generales de la interpretación de las normas procesales

Desde luego, la interpretación de la norma –o, mejor dicho, de un texto o formulación normativa– procesal es un ámbito de la teoría del derecho, en el que poco puede aportar el derecho procesal, pues sigue los puntos de vista generales en la materia [FLORIÁN]. Toda interpretación del derecho objetivo es una operación lógica, intelectual y valorativa –aquí juega mucho la realidad social del tiempo de aplicación de la ley [RUBIO CORREA]– dirigida a descubrir el significado o sentido de la norma a través de los datos o signos mediante los que esta se exterioriza [FALCÓN Y TELLA]; la interpretación no tiene un carácter rígido ni es una actividad puramente cognoscitiva; interpretar es valorar y optar. No obstante ello, cabe precisar que, técnicamente, es de distinguir cuatro momentos en el proceso de concreción del mandato normativo abstracto al caso, a la realidad social; y, ante todo, entre interpretación y aplicación de la ley [GARCÍA-PABLOS]: **1.** Decisión de validez: constatar si la norma, en su caso aplicable al supuesto de hecho examinado, es válida. **2.** Decisión de interpretación: averiguar su significado. **3.** Decisión de evidencia: determinar desde la actividad probatoria los hechos o datos relevantes al caso. 4. Decisión de subsunción: comprobar si tales hechos o datos encajan o no en el supuesto fáctico de la norma [WROBLEWSKI].

Todo texto o formulación normativa necesita ser interpretada; esto es, atribuirle un significado. Se descarta, de plano, el brocardo: *in claris non fit interpretatio*, pues incluso decir que la ley es clara conlleva una operación interpretativa previa [FALCÓN Y TELLA]; no puede confundirse entre ausencia de dificultades interpretativas y la ausencia misma de interpretación [COBO/VIVES]. Por lo demás, no hay texto normativo absolutamente claro, lo cual es así tanto por la propia característica del lenguaje –la denominada imprecisión o vaguedad o textura abierta del lenguaje y de su manipulabilidad jurídica [ROXIN]– cuanto por el propio carácter abstracto y general que la ley entraña.

La rigurosidad que implica el proceso de interpretación de la ley deriva sin embargo de la necesidad de que las decisiones judiciales permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestada a través del órgano que representa al pueblo –al sistema de fuentes definido por la Constitución–. En el proceso de interpretación se ha de plasmar tanto la seguridad jurídica como la igualdad de todos ante la ley [JESCHECK]. Ello no significa, desde luego, desconocer la existencia, como diría Hart, de una 'textura abierta' de las normas, de suerte que en numerosas

oportunidades –en los llamados 'casos difíciles'– ha de conferirse a la interpretación un margen de discrecionalidad jurídica, pero que en todo caso ha de respetar el principio de seguridad jurídica y tener en cuenta, desde su finalidad aplicativa, el principio de igualdad jurídica [Quintero].

Es evidente, según creemos, más allá de la indeterminación de los enunciados legales –con mayor o menor extensión, claro está– y del reconocimiento de la función político-criminal de los jueces en sus relaciones con el ordenamiento jurídico, que no es posible, sin renunciar al principio de legalidad, que se prescinda de la ley, lo que desde ya no puede significar que la interpretación ha de circunscribirse al 'uso social de sus términos'. Se ha de tener en cuenta el texto de la norma y su contexto –al que pertenece de modo muy significativo el sistema dogmático, que da pie al sentido propiamente jurídico de los enunciados legales–, a fin de que la resolución judicial aparezca como una consecuencia, empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable del enunciado emitido por el legislador [Silva Sánchez]. No hay un orden de prelación en el conjunto de criterios interpretativos comúnmente aceptados: semántico, sistemático, histórico y teleológico, ni entre ellos se excluyen mutuamente y, por lo general, se aplican simultáneamente, cuyo eje central es el respeto a los principios, valores y directivas constitucionales, que informan las leyes y fundamentan la interpretación de las mismas –es lo que se denomina interpretación conforme a la Constitución–.

Lo que no puede hacer el intérprete es traspasar los límites del sentido legal –en el que rige con toda fuerza el principio de interpretación sistemática– y ha de intentar compaginar ese marco con las normas de la Constitución [Jescheck]. Empero, cabe acotar que la decisión no está determinada por la fórmula legislativa, sino por un grupo de valoraciones y de la voluntad del intérprete [Marinoni].

2. Aspectos específicos de la interpretación de las normas procesales

El CPP, en el artículo VII.3 del Título Preliminar, regula una clase de interpretación: la interpretación por el resultado –interpretación por su eficiencia exegética, como diría Manzini–, en cuya virtud opta por la interpretación restrictiva cuando la ley coacta la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, o limita un poder conferido a las partes o establece sanciones procesales. Se denomina interpretación restrictiva aquella que limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación, a aquel que comprende las situaciones típicas, no a su zona marginal –que es lo propio de la interpretación extensiva– sino a su zona central [Hurtado Pozo].

Esta precisión acerca de la interpretación por el resultado: restrictiva y extensiva, tiene su razón de ser porque las normas del procedimiento penal reconocen derechos y conceden facultades a las diferentes personas que intervienen en el proceso; pero, al mismo tiempo, establecen prohibiciones, nulidades y caducidades –también inadmisibilidades y reglas de exclusión por inutilizabilidad de pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales–; por lo que, teniendo a la vista los fines del proceso, es comprensible que la interpretación extensiva sea aplicable cuando se trata de derechos y facultades procesales, y la restrictiva cuando se trata de prohibición probatoria, nulidad, inadmisibilidad, caducidad e inutilizabilidad [FLORIÁN].

En tal virtud, la interpretación restrictiva, por imperio de la ley, se impone a las normas procesales que: **(i)** restringen la libertad de las personas –verbigracia: imposición de reglas de conducta, normas sobre medidas coercitivas personales y reales, sin perjuicio de destacar, por su intensidad, las referidas a la detención y prisión preventiva, y normas instrumentales restrictivas de derechos–; **(ii)** limitan el ejercicio de un poder reconocido a las partes, esto es, reducen en sus contenidos y alcances la facultad reconocida a la persona de hacer o de abstenerse de hacer algo –los poderes de acción, jurisdicción y defensa tienen raigambre constitucional, cuyo ejercicio es reglamentado por la ley, que a su vez puede traducirse en una limitación, la cual solo admite una regulación expresa y concretamente definida, de suerte que fuera de los casos taxativamente previstos no cabe una extensión de sus disposiciones [CAFFERATA]–; e **(iii)** imponen sanciones procesales, es decir, las que de uno u otro modo, por imperio del principio de moralidad, de un lado, asocian la invalidez del acto procesal al incumplimiento de determinados presupuestos o requisitos establecidos por la ley (nulidad: artículos 149 y 154 CPP; inadmisibilidad: artículo 405 CPP; caducidad: artículos 13.1, 151.3 CPP; inutilizabilidad –solo para el caso de la denominada 'prueba prohibida' –artículo 159 CPP–), y, de otro lado, imponen castigos a las partes y sus letrados que infrinjan determinadas directivas o reglas del proceso (sanciones disciplinarias: artículos 338.2 y 364 CPP; artículos 52, 53 y ss. CPC; y artículos 185.3-4, 292 LOPJ).

Es claro, por lo demás, que la analogía en el derecho procesal penal –cuando el caso no está previsto de manera alguna en la ley, aun cuando se extendiese su interpretación hasta el límite máximo de su amplitud posible [QUINTERO/PRIETO], cuya finalidad es la creación de nuevo derecho [BACIGALUPO]– no está prohibida, en tanto no importen restricciones de derechos –cuando está en juego la libertad de las personas o una garantía individual: artículo 139.9 de la

Constitución– y sanciones de índole procesal y disciplinaria; o, más ampliamente, cuando en el caso no legislado exista un *quid* que las rechace, porque sea él mismo materia restrictiva, taxativa o excepcional [Quintero/Prieto]. Ante los casos de las llamadas lagunas legislativas procesales y frente al conjunto de normas vigentes que sistematizan un ordenamiento procesal penal, estas lagunas pueden ser cubiertas (i) por otras previsiones del mismo ordenamiento procesal penal –es lo que se denomina, siguiendo a Carnelutti, autointegración–, (ii) por prescripciones de otras ramas jurídicas o aún (iii) por los principios generales del derecho, entendido esto como el orden jurídico integral del Estado en su manifestación positiva –heterointegración– [Clariá Olmedo].

La justificación de la aplicación de la analogía debe controlarse desde su razonabilidad, esto es, cada caso de aplicación tiene que explicarse: **1.** Por sus consecuencias prácticas (pragmatismo jurídico). **2.** Por su íntima coherencia con el sistema (racionalidad intrínseca). **3.** Por su adecuación a los fines sociales generales (racionalidad funcional) [Quintero/Prieto].

El artículo VII.4 del TP del CPP establece una segunda regla hermenéutica: En caso de duda sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. Esta regla jurídica puede utilizarse, conforme a la previsión constitucional estipulada en el artículo 139.11, en dos supuestos: (i) la determinación de la ley aplicable en los supuestos de sucesión normativa –teoría de las fuentes del derecho–, y (ii) la determinación del alcance de una norma ya identificada –teoría de la interpretación–. Es evidente que el CPP ha extendido el sintagma leyes penales a las leyes procesales penales.

Se trata, obviamente, de supuestos realmente excepcionales, en tanto el juez siempre debe elegir la norma vigente que resulte aplicable al caso y optar por la interpretación correcta al amparo de las reglas de interpretación reconocidas por la dogmática jurídica [Jescheck]. Sin embargo, frente a la duda, debe estarse a lo más favorable al reo: *in dubio mitius*, que concreta el principio del *favor rei*, esto es, aquella ley procesal –cada una de las instrucciones o reglas que se dan o establecen: cada parte, cada artículo, cada inciso o apartado, cada conjunto de palabras con sentido que aparezcan [Pérez Pinzón]– que suaviza o mejora la situación del imputado, realizada siempre en concreto, con base en la situación específica y por el juez de la causa.

IV. EL PROCESO PENAL

Como ya se ha dejado establecido, el proceso es un concepto funcional en relación tanto al de jurisdicción como al de acción [CORTÉS]. Puede definirse como el instrumento –de carácter esencial– que ostenta la jurisdicción –el Poder Judicial a través de sus órganos: juzgados y salas–para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales –entendiendo por conflicto, según Guasp, toda suerte de situación que fundamente la deducción de una pretensión o petición de naturaleza jurídica–. Dos datos esenciales es de tener presente para concretar esta definición: **(i)** la supremacía del juez, en tanto titular de la potestad jurisdiccional –quien juzga y hace ejecutar lo juzgado–, respecto de las partes –la que pide el juicio o la ejecución y frente a quien se pide ese juicio o esa ejecución–; y **(ii)** la situación de contradicción en la que se encuentran las partes, a las que se reconoce el poder jurídico de acción –las partes, por imperativo constitucional, necesitan del proceso [ORTELLS], y este solo puede iniciarse a instancia de ellas– y un conjunto de derechos –o garantías– constitucionales de incidencia procesal, así como también obligaciones procesales, a la vez que posibilidades y cargas procesales [GIMENO]. El proceso presenta una estructura básica: existen actos de alegación y actos probatorios a cargo de las partes, necesarios para que el juez puede juzgar.

Como a través del proceso el juez aplica el derecho objetivo a los casos concretos, esto es, preserva el ordenamiento jurídico, tutelando efectivamente los derechos e intereses de todos –lo que revela su pleno carácter instrumental–, se distinguen tantos procesos, como disciplinas sustantivas o materiales existen. El proceso, como apunta Cappelletti, ha de adaptarse a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza propia del derecho material y a la finalidad de tutelar las instituciones del mismo.

La relevante singularidad del proceso penal es que constituye un elemento imprescindible para la efectiva realización del derecho penal: es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal (artículos 2.24d y 139.10 de la Constitución, y artículos V del Título Preliminar del Código Penal y V.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal). Rige plenamente la garantía jurisdiccional, en cuanto elemento que integra el contenido esencial del principio de legalidad penal: *nulla poena, sine praevio processo* [ARMENTA]. El proceso penal apunta a dilucidar el conflicto que surge entre el autor o partícipe de la comisión de un hecho punible y la necesidad de la imposición de una sanción penal al culpable. El carácter público del derecho penal, como luego se profundizará, excluye la vigencia del principio dispositivo –no hay derechos subjetivos disponibles en lisa– y

condiciona en cierto modo la incoación del proceso y la configuración de su objeto –el derecho subjetivo de penar no es de titularidad de cualquier sujeto jurídico, sino del Estado a través del Poder Judicial, y tiene una naturaleza pública–.

El CPP optó, en primer lugar, y en resguardo de la garantía de imparcialidad judicial, y en lo que respecta a la incoación del proceso, por el acusatorio formal, que importó entregar al Ministerio Público –órgano estatal y autónomo de derecho constitucional– la persecución del delito con arreglo al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, relativizado con la inclusión limitada del principio de oportunidad reglada. En segundo lugar, por reconocer al titular de la potestad jurisdiccional, a tono con el principio de legalidad y el intenso interés público en la dilucidación del conflicto penal –aunque dentro de una perspectiva más mediatizada–, no solo poderes de dirección del proceso e impulso procesal, sino determinadas facultades, siempre de carácter excepcional, para impedir que la actividad alegatoria y probatoria de las partes limiten la posibilidad de conocer del modo más perfecto la realidad que reclama al aplicación del Derecho penal –en todo caso, para evitar que los poderes de aportación de las partes se conviertan en un medio indirecto para realizar la disposición prohibida–.

Admitido lo anterior, y una vez superado el reconocimiento de la influencia del derecho material, las exigencias de la técnica procesal, aun cuando la ideología y la cultura intervienen en la adopción de las grandes decisiones y en la proposición de los más importantes objetivos –como, por ejemplo, la actuación del derecho penal de una forma procesal contradictoria y bajo un rol acusatorio de los sujetos procesales –juez y partes–, la opción por el sistema de valoración de la prueba a partir de la sana crítica racional, y la predominancia de la forma oral del proceso–, se expresa ampliamente para la definición de los objetivos y el desarrollo completo de la regulación procesal [Ortells].

Si bien la noción de proceso se refiere, en concreto, a un aspecto sustancial de la actividad del órgano jurisdiccional y de las partes bien mutuamente, o bien con relación al objeto procesal –es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional–, que engloba las diferentes situaciones en que se encuentran estas últimas y que generan derechos, obligaciones, posibilidades y cargas procesales, así como define los poderes del juez, determina el objeto procesal y precisa los presupuestos procesales; el vocablo "procedimiento" –que no es exclusivo del ámbito judicial y, por ello, tiene un significado más amplio– se circunscribe a la sucesión de actos que, en sede judicial, desarrollan el juez y las partes para el fin de la aplicación del derecho, esto es, se refiere –como señala Prieto Castro– al aspecto puramente externo de la actividad procesal, a su desenvolvimiento formal –designa

la actuación de proceder–, al fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo –todo proceso, necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional, concluye Montero, se desarrolla formalmente a través de un procedimiento–. El procedimiento, la regulación que lo concreta, está informado por el principio de legalidad procesal, expresa la necesaria seguridad jurídica que deben tener las partes en su actividad para obtener la sentencia o resolución buscada, y limita la actuación del poder del Estado a sus propias disposiciones [ASENCIO].

V. EL SISTEMA PROCESAL PENAL

Un aspecto de particular interés en el derecho procesal penal es definir, a partir del conjunto de características de un concreto proceso penal –de las garantías que reconoce, de los principios que lo informan y de las reglas que lo desarrollan–, esto es, del modo de impartir justicia, si este, utilizando las tipologías muy recurrentes en el derecho comparado –siempre de carácter típico-ideal [LANGER]–, es o no acusatorio, y dentro de él, en función a la natural evolución de los modelos en boga, qué tipo de proceso acusatorio reconoce la ley. Aquí es donde juegan con especial identidad las nociones de "adversarial", "inquisitorial", "garantismo o equidad", y "contradicción".

Cabe precisar que el vocablo "acusatorio" no ha sido utilizado en la Constitución nacional, y la expresión "principio acusatorio" no la utilizan la legislación, jurisprudencia y doctrina estadounidense, que por lo demás destaca como definición de su proceso penal tres nociones claves: adversarialidad, debido proceso y equidad [GÓMEZ COLOMER]. El CPP subraya cinco notas esenciales del juicio: ha de ser previo, oral, público, contradictorio y desarrollado legalmente (artículo I.2 del Título Preliminar del CPP) –más allá de que incorpora múltiples posibilidades para evitar el juicio ligadas a los denominados principios de oportunidad y de consenso (proceso especial de terminación anticipada, proceso especial por colaboración eficaz, conformidad procesal)–, a la vez que recalca el carácter principal del juicio dentro del proceso penal, al prescribir que este se realiza sobre la base de la acusación, luego, sin acusación –controlada judicialmente: artículo 352.2 y 4 CPP– no hay juicio (artículo 356.1 CPP). El Código peruano, entonces, destaca dos ideas claves que permiten la denominación de acusatorio o adscrito al sistema acusatorio: la situación de igualdad y plenas posibilidades de contradicción ofrecidas a las partes, y el rol primordial del fiscal tanto en la incoación del proceso y del juicio, cuanto en la definición del objeto del proceso, de suerte que asume la

prohibición de acumulación de las funciones de investigar, acusar y juzgar en un mismo órgano, base del denominado principio acusatorio.

La noción adversarialidad concebida como eje fundamental del sistema procesal penal –preferible en el *common law* al término "acusatorio"– destaca, desde la perspectiva institucional, cuatro elementos clave: **a)** la institución del jurado, cuyas decisiones, salvo raras excepciones, no son motivadas; **b)** el juez no interviene en la búsqueda de evidencias y se limita a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes ante el jurado; **c)** el fiscal, como representante del Gobierno, goza del monopolio de la acción penal, dirige formalmente la investigación, y la víctima no puede ser parte procesal; y **d)** el abogado defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible. Desde la perspectiva procesal, el sistema adversarial asegura la vigencia de los principios y garantías propios de todo Estado de derecho, destacando como garantía base o total el 'debido proceso' –que da cuenta de la idea general de limitación del poder público en el ejercicio de su potestad punitiva, ordenada a la tutela del imputado y al reconocimiento del conjunto de sus derechos y garantías–, la equidad –que incorpora dos aspectos: el juicio justo a partir de la igualdad de armas de las partes, y la necesidad de un tribunal imparcial–, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la prohibición de la doble incriminación [Gómez Colomer].

En esta perspectiva, el núcleo central del modelo en cuestión es el juicio oral, público y abierto, y para lograr su predominio se articulan tres conjuntos de reglas básicas. La primera, el derecho a la asistencia letrada y el derecho al silencio o cláusula de no incriminación. La segunda, las reglas sobre la carga de la prueba y la presunción de inocencia, que exigen el control de la defensa en todo el desarrollo del proceso: obtención, actuación y alegación. La tercera, la consideración del imputado como sujeto procesal, no como objeto del proceso y de la prueba [Vogler].

La evolución del sistema jurídico eurocontinental, de derecho romano canónico, desde luego, tiene sus propios puntos de partida y, además, sus líneas de confluencia con el *common law*, que en el proceso penal hoy en día marca un hito evidente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional –Bohlander lo califica de *proceso mixto adversarial-inquisitivo*–. Las lógicas del denominado "modelo inquisitivo", que surgió en el año 1215 y en el concilio Lateranense IV –en el procedimiento instituido por el Papa Inocencio III–, presentaron tres características centrales: a) el mismo órgano que instruye decide sobre la causa (el inquisidor); b) el fin del proceso es la búsqueda de la verdad material (*veritas delicti*): c) en la investigación rige el principio de oficialidad (*indagatio*) [Ambos].

Las exigencias de la Ilustración y la evolución de los sistemas políticos a tono con la afirmación de la democracia política, articularon varios cambios trascendentes, con el propósito de cambiar del sistema inquisitivo, la confusión de las figuras del juez y del acusador [NIEVA], que empezaron con la instauración del Ministerio Público, la implantación del sistema de libre valoración de la prueba, la afirmación del juicio público –con los principios que lo expresan: inmediación, oralidad y concentración– y el derecho de asistencia letrada del acusado, que da pie a la efectividad de la contradicción procesal como principio estructural del proceso penal. Pero, a su vez, ratificaron la existencia del principio de averiguación, aunque sobre nuevas bases estructurales e institucionales: **(i)** el proceso solo podía ser incoado a instancia de un sujeto diverso del juez, a la vez que se reconoció la existencia, con plenitud de derechos, del acusado y del fiscal como acusador público; y **(ii)** se mantuvo, sin embargo, la persecución de oficio de los delitos por un órgano público y su investigación, siempre a cargo de un órgano estatal –oficial–, tenía como objetivo la verdad material [AMBOS].

Los cambios operados en el sistema procesal penal eurocontinental a partir del último tercio del siglo pasado, desde sus propias particularidades y condiciones políticas, acentuaron los rasgos acusatorios o, en todo caso –si se quiere utilizar ese vocablo–, 'adversariales' del proceso penal, en relación con, aunque desarrollando, las ideas surgidas en la época de la Ilustración, sin admitir una asimilación absoluta del modelo anglosajón, por lo demás ajena a sus tradiciones culturales e institucionales, que tiene luces y sombras, y por tanto no merecen ser idealizados [BACHMAIER].

Así las cosas, cabe puntualizar algunas líneas maestras del CPP, que permiten calificarlo de acusatorio.

A. Reconoce el señorío de la Fiscalía –órgano autónomo de derecho constitucional– en la persecución del delito y la conducción de la investigación penal, con el pleno concurso de la policía; incluso, el ejercicio de la acción penal no está judicialmente tutelado, de modo que el órgano jurisdiccional no tiene atribuida la función de examinar si existe fundamentos suficientes para investigar. La investigación ha de ser objetiva y apunta a la búsqueda de la verdad –sistema del que carece el proceso del *common law* [LANGBEIN]–. Ello implica la vigencia de los principios de oficialidad y de averiguación (*untersuchungsprinzip*) –claramente conectada con la búsqueda de la verdad material como característica tradicional del *civil law*–, no homologables en el proceso anglosajón [ARMENTA]. Para garantizar esa objetividad y evitar el dominio incontrolado del investigador –policía y fiscal– se instituye el juez

de la investigación preparatoria. Una institución central del control del poder acusatorio del fiscal es el incidente de tutela (artículo 71, apdo. 4, del CPP), destinado a garantizar los derechos del imputado y la legalidad de la actuación del fiscal. Obviamente, está reservada al juez la limitación de derechos para garantizar el éxito de la investigación (artículo VI del Título Preliminar del CPP) –que es consustancial a la potestad jurisdiccional y al principio de proporcionalidad–, y se reconoce a la Policía un ámbito de acción específico para garantizar la máxima eficacia de la investigación (artículo 68 CPP) [Bachmaier].

B. El imputado y su defensa, al igual que la víctima –esto último impensable en el sistema adversarial o, por algunos, acusatorio puro–, tienen plenas facultades para conocer de las actuaciones de la investigación, proponer solicitudes de investigación y participar en su ejecución –aunque también se reconoce, por razones de urgencia, la posibilidad de disponer el secreto sumarial–. El imputado tiene garantizado el derecho al silencio y a la no autoincriminación, así como el derecho de asistencia letrada desde el inicio de las actuaciones de investigación.

C. Las actuaciones de la investigación preparatoria tienen mero carácter preparatorio del juicio; no tienen carácter jurisdiccional, esto es, de actos de prueba. La regla en materia probatoria es la vigencia del principio de contradicción en su base estructural y de inmediación y oralidad en su modo de actuación, lo que trasunta el carácter principal de la fase procesal del juicio. Ello significa, en buena cuenta, la separación entre la investigación y el juicio, cuya expresión visible es la separación de los expedientes (artículos 134 y 136 CPP), aunque su rigidez se matiza con la aceptación de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida, cuya viabilidad está sujeta a los presupuestos de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia [Illuminati].

D. La existencia de una etapa intermedia está destinada al control de la investigación y, en especial, del requerimiento fiscal. La plenitud del contradictorio y la oralidad en sus actuaciones se plasma en esta etapa. El requerimiento fiscal no vincula al órgano jurisdiccional. El juicio de acusación está sometido a un examen contradictorio desde las exigencias de la legalidad y de la suficiencia de elementos de convicción. Esta fase procesal, no solo evita juicios inútiles y sin fundamento, sino garantiza la concentración del juicio oral, al definir las pruebas que se actuarán y, en su caso, excluir las impertinentes e inútiles y las ilegales o prohibidas.

E. Una vez admitida la influencia de investigación preparatoria, en el juicio oral se reconoce la iniciativa probatoria de las partes, con lo que se afirma la imparcialidad judicial. El juez no asume en primera persona la responsabilidad de identificar y aportar los elementos de prueba necesarios para dictar la sentencia –tendencialmente se reconoce una cierta disponibilidad de la prueba a cargo de las partes [BITONTO]–. Ello no significa que el objeto del proceso sea disponible, por lo que no cabe abandonar a la autonomía de la voluntad de las partes los intereses públicos en juego, consecuentemente, se reconoce al juez formular preguntas a los órganos de prueba, dentro del objeto del debate, claro está, y acordar de oficio la admisión de nuevas pruebas, la cual debe ser utilizada con moderación y solo con la finalidad de integrar la iniciativa probatoria de las partes, y en ningún caso para suplirla [ILLUMINATI]. El argumento, enfatizado por Liebman, de que el ejercicio de estos poderes hace perder al juez la propia imparcialidad y la independencia en el juicio, aparte de la ingenua noción psicológica en que se funda –supone un juez incapaz y psíquicamente débil–, no toma en cuenta que el juez en todo momento decide y toma posición –al aceptar una prueba, al rechazarla por impertinente o inútil, al desestimar una pregunta o una línea de interrogatorio, etcétera–; asimismo, un juez "normal" está en grado de esclarecer si un testigo, por él llamado a declarar es creíble o no, de la misma manera cómo valora la credibilidad de un testigo solicitado por una parte. Por lo demás, los remedios contra el pre-juicio judicial, que se pueda dar en jueces "activos" y "pasivos" desde la perspectiva de la actuación de las pruebas, no pueden estar en la exclusión del poder de instrucción, sino en la plena actuación del contradictorio de las partes, también por obra del mismo juez, y en la necesidad de que él redacte una motivación analítica y completa sobre los hechos, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables [TARUFFO].

F. La posición del juez marca un claro distanciamiento con el *adversary system*. Resulta evidente que las partes determinan el objeto del debate –el fiscal fija el objeto procesal y. con el concurso de la defensa, que puede fijar hechos negativos, impeditivos, extintivos o excluyentes, define el objeto del debate–, pero como el proceso eurocontinental insiste en el principio de averiguación y en la *veritas delicti*, y atribuye al juez la función de cumplir con las opciones de política criminal del Estado [DAMASKA], se presentan tres diferencias sustanciales [ILLUMINATI]:

(i) Desde la estructura de la organización judicial, el juicio está a cargo de jueces profesionales, lo que permite tanto la admisión de la prueba anticipada y preconstituida en los supuestos de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia, como la exigencia de motivación de las decisiones y el acento en las prohibiciones probatorias –antes que en las reglas de exclusión–.

(ii) Desde el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, el fiscal está obligado a perseguir el delito: investigar y, en su caso, acusar, siempre que se presenten unos determinados hechos constitutivos de infracción penal, y en la medida en que exista sospecha –inicial simple, en un primer momento, y suficiente o vehemente, al momento de su requerimiento acusatorio–. Como el principio de legalidad determina la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, está sujeto al control judicial; incluso el retiro de la acusación solo es viable si el juez lo considera legalmente procedente. iii. Desde los procesos basados en el principio del consenso, destinados a concluir anticipadamente y evitar el juicio oral, el juez debe controlar el contenido del acuerdo de las partes, de conformidad con el principio de legalidad. Se exceptúa la intensidad del control en la conformidad procesal, en que se reduce al control de la libre voluntad y conocimiento informado del acusado, aunque se reconoce al juez, dados los hechos conformados, una posición autónoma en cumplimiento del principio de legalidad penal: carácter de injusto penal del hecho conformado, y razonabilidad y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas correspondientes. Desde luego, este tipo de procedimientos merecerán una valoración positiva siempre y cuando contribuyan a reducir los costes en términos económicos y de tiempo del proceso, y no entren en conflicto con las nociones fundamentales de justicia –no excluyan en la práctica el derecho de defensa y que un inocente, si se le declara culpable, sea condenado– [Bachmaier].

G. La presencia de un juez profesional –que interviene tanto en la *questio facti* como en la *questio iuris*– y la necesidad de motivar los fallos en ambos puntos, a la vez que la incorporación de los principios y garantías procesales internacionalmente reconocidas, determinó dos perspectivas singulares:

i. La inexistencia de un jurado de conciencia, que en mucho sustenta la pasividad del juez en el *adversary system*, conduce a que el juez no queda limitado a la *ratio decidendi* que le han formulado las partes

en sus alegaciones –en este caso, el fiscal que es quien determina el objeto procesal–, pues su capacidad de elección normativa –propia del *civil law*– le permite determinar él mismo la *ratio decidendi* jurídica y, por ello, rige en todo caso el principio *iura novit curia*, aunque con limitaciones puntuales residenciadas en el respeto de los principios acusatorio y de contradicción [RAMÍREZ CARVAJAL]. ii. En clave de igualdad procesal, la incorporación generalizada del recurso de apelación contra las decisiones definitivas: sentencias y resoluciones equivalentes. La Constitución considera que el derecho a la pluralidad de la instancia es fundamental y forma parte del debido proceso. Corresponde al Tribunal de Apelación conocer del hecho y del derecho del fallo o resolución de primera instancia, aunque limitando su potestad de cognición al respeto del principio de inmediación, a la intangibilidad de la apreciación y valoración jurídica de las pruebas personales realizadas por el juez de primera instancia. A su vez reconoce el recurso de casación para conocer de las infracciones jurídicas de los fallos judiciales con el declarado propósito de afirmar el principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho penal y de garantizar el valor de seguridad jurídica.

H. La correlación entre acusación y fallo. La vigencia del sistema acusatorio exige una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia, cuya finalidad esencial consiste en la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. Hay dos perspectivas para analizar:

i. Subjetiva. El proceso penal acusatorio es un proceso de partes en el que el acusado, a diferencia del inquisitivo, no puede ser considerado como un objeto sino como un sujeto, por lo que le asiste el derecho de defensa. Para el logro de tal objetivo será necesario que exista una previa acusación formal y escrita, y que se le otorgue un tiempo necesario para informarle de dicha acusación para que pueda preparar su defensa.

ii. Objetiva. El derecho del acusado a conocer la acusación formulada contra él reclama, no solo su determinación, sino también la información respecto al hecho delictivo, cuya comisión se le imputa, ello a fin de que pueda exculparse de él. Por tal razón, se puede burlar la referida norma cuando el Tribunal extienda su actividad de conocimiento y decisoria a otros hechos distintos a los narrados en la acusación. Distinto sería el caso cuando un mismo suceso histórico,

> que fuera descrito en la acusación, tuviese una denominación distinta en la sentencia, en cuyo caso no es posible afirmar una vulneración del acusatorio cuando se trata de delitos que sean homogéneos y dichos cambios de calificación no vulneren el derecho de defensa [Gimeno].

Estas son, con mayor o menor extensión, las razones que permiten calificar, desde las lógicas eurocontinentales, como acusatorio, sin otros adjetivos, el proceso penal nacional. Las características estructurales de la configuración orgánica y funcional del juez y del fiscal, bajo la idea fuerza de un juez objetivo, independiente e imparcial, y de un fiscal que integra un órgano autónomo de derecho constitucional, informado por los principios de objetividad y de obligatoriedad o legalidad, constituyen la base de un modelo acusatorio razonable, que garantice la lucha contra el delito con pleno respeto de los derechos individuales –expresión de la alta profesionalización de las labores jurídicas que entraña el proceso penal moderno, que lo ha convertido en una tarea sofisticadamente técnica [Bernal/ Montealegre]–.

El reconocimiento de las garantías y principios procesales propios de un Estado de derecho, cuya ejes son, de un lado, el debido proceso, la tutela jurisdiccional, la defensa procesal y la presunción de inocencia; y, de otro, la contradicción, la igualdad de armas, el acusatorio, la legalidad procesal, la interdicción de la persecución penal múltiple, la publicidad, oralidad, inmediación y concentración del juicio, impuestas constitucionalmente, no hace sino ratificar lo que es propio de un modelo procesal acusatorio de todo Estado constitucional.

Reconocidas estas perspectivas metodológicas de organización del proceso penal moderno, cada país –y lo hace el CPP nacional– afirma y desarrolla una serie de instituciones procesales. En nuestro caso, lo específico del Código es que tiene como pauta estructural, conjuntamente con la formación del proceso penal en nuestro ámbito de cultura, los principios de averiguación y de verdad procesal, que son los puntos diferenciales más nítidos de nuestra tradición jurídica y que, según se ha expuesto, de ninguna manera puede calificarse de inquisitiva.

De otro lado, y desde una óptica utilitaria es conveniente recordar que el modelo legal de un buen régimen procesal estriba en que la justicia debe ser rápida económica y segura. La celeridad –o rapidez, supone simplicidad en los trámites, concentración de los actos procesales, limitación –razonable– de los recursos-. La economía exige que ciertos actos produzcan el máximo de resultado con el mínimo de esfuerzo. La seguridad requiere fórmulas que garanticen la igualdad de las partes, la imparcialidad del juez y la rectitud del fallo [Alsina].

LECCIÓN TERCERA

CONSTITUCIÓN, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

I. PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN

1. Aspectos generales

1.1. Planteamiento básico

En el proceso penal acusatorio moderno, la Constitución adquiere una relevancia de primer orden por dos motivos centrales: formales y materiales. Primero, porque ocupa una posición de supremacía en el ordenamiento jurídico, tal como lo estipula el artículo 138, § 2, de la Ley Fundamental –criterio formal: la Constitución es norma de normas–. Segundo, porque en él los derechos en conflicto son de relevancia constitucional, pues, de un lado, reconoce el derecho de persecución del delito, a cargo del Ministerio Público, conforme al artículo 158 de la *Lex Superior*, y el derecho de penar, residenciado en el Poder Judicial, acorde a los artículos 138, § 1, y 139.10 de la Constitución; y de otro, afirma el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa, atento a lo dispuesto por el artículo 139.14 de la norma suprema –criterio material– [GIMENO].

El proceso penal está definido, en sus lineamientos esenciales o fundacionales, por la Constitución: el derecho procesal penal comienza en la Constitución –aunque es de recordar que el proceso es, básicamente, una institución de configuración legal–, que siguiendo los sistemas fijados luego de la segunda mitad del siglo pasado estableció un Estado constitucional, con un fuerte componente social, que a su vez dio lugar a un intenso activismo judicial, que en cierta medida posibilitó una judicialización del derecho, con una evidente influencia del sistema anglosajón. Así, de un lado, ha correspondido a los jueces ir construyendo, con todo dinamismo, los valores –que pertenecen al mundo axiológico– y principios del ordenamiento jurídico –que se ubican en el

ámbito de lo deóntico–; y, de otro, se ha estructurado un conjunto de garantías o derechos constitucionales –propiamente jurisdiccionales, entendidas como mandatos, con un mayor grado de precisión que los valores y los principios, que se proyectan sobre la actuación estatal y particular [BERNAL/MONTEALEGRE]– sin perjuicio de las garantías de la Constitución, que determinan, en sus lineamientos nucleares, qué, cómo y quién ha de ejercer la potestad jurisdiccional [DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ].

El ordenamiento político jurídico nacional adoptó una Constitución rígida y normativa. Esta tiene como principio cardinal en materia de protección de los derechos, a propósito de la aplicación del derecho penal, la necesidad del proceso; el monopolio es, pues, estatal, judicial y procesal [MONTERO]. La constitucionalización de la garantía jurisdiccional penal –que integra el principio o garantía de legalidad penal: artículo 139.8 de la Constitución–, a su vez, genera, como lo reconoce la propia Ley Fundamental, un conjunto de normas de ese nivel que definen los aspectos nucleares del ejercicio de la potestad jurisdiccional: **(a)** decir y hacer el derecho en casos concretos, y **(b)** tutela y realización del Derecho objetivo (artículos 2 y 139 de la Constitución).

Por tanto, la Constitución se ocupa –entre otros asuntos– de la conformación del proceso; regula en términos generales el método de actuación de la jurisdicción, del Estado-juez.

Todo lo expuesto, no hace sino reconocer el cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del "Estado legislativo" al "Estado constitucional". Por Estado constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución (que no puede serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene: **(i)** un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; **(ii)** ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho; y **(iii)** mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes [ATIENZA].

1.2. Conflictos constitucionales en el proceso penal

Cuatro son las perspectivas que es del caso tener presente en estos casos:

A. Las especiales características del *derecho a la libertad* –artículo 2.24 de la Constitución–. Este derecho, en caso de conflicto, ocupa un rango superior

al derecho de penar del Estado –y a su presupuesto, que es el derecho de persecución penal–: artículos 44, 139.10 y 159.5 de la Constitución. El derecho a la libertad puede ser calificado de un valor superior del ordenamiento jurídico, que después del derecho a la vida e integridad corporal, es el más preciado.

Su núcleo esencial está constituido, por una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios; y de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente (SCCC n.° C-301, de 1993).

Su eficacia se garantiza a través de los derechos procesales de incidencia o naturaleza procesal, contenidos mayoritariamente en los artículos 2 y 139 de la Constitución, nivel en el que destaca, por su carácter protector de máxima jerarquía, el derecho de defensa procesal (artículo 139.14 de la Constitución), destinado a poner límite a la actividad inquisitiva o investigativa de la autoridad pública.

B. La plena vigencia y aplicación del *principio de proporcionalidad*, que opera tanto para el legislador como para el juez al momento de enjuiciar la aplicación de una medida restrictiva que afecte un derecho fundamental –cualquier actuación que suprima o elimine una posición jurídica adscrita al ámbito normativo del derecho o que impida o dificulte el ejercicio de las acciones relativas a las posiciones pertenecientes al mismo [Bernal/Montealegre]–. El principio de proporcionalidad es considerado como un principio de carácter transversal que define, desde sus propios términos, los límites –forma y condiciones– a las restricciones de los derechos fundamentales materiales (artículo VI del TP del CPP), y que se deriva la cláusula constitucional del Estado de derecho prevista en el artículo 200 de la Ley Fundamental (STC n.° 10-2002-AI/TC, FJ 195) –es, siguiendo a Alexy, una meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico–. Así las cosas, la encrucijada que presenta se expresa en el conflicto entre dos valores de gran importancia en una sociedad democrática y en un Estado de derecho: por un lado, la necesidad de proteger la seguridad ciudadana y el orden social, asegurando la eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del

proceso penal; y por otro, la imprescindible protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente frente a los posibles abusos del poder gubernativo [BANACLOCHE].

El juicio de proporcionalidad, es obvio decirlo, está sujeto a diversas intensidades: intenso, cuando mayor sea la afectación del derecho constitucional fundamental o se afecte su núcleo esencial; y débil cuando se trate de la zona de penumbra, aquella no cobijada por el núcleo esencial o cuando se trate de asuntos en los cuales la libertad de configuración legislativa se reputa mayor [BERNAL/MONTEALEGRE] –y, por ende, la decisión judicial tiene una discrecionalidad más amplia–.

Para la concreción de este principio se parte de una premisa básica: todos los derechos fundamentales, salvo la vida misma –con la excepción, condicionada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la pena de muerte: artículo 140 de la Constitución–, son susceptibles de limitación en el curso de un proceso penal, siempre que lo disponga la ley, con arreglo a la Constitución, y que se lleve a cabo con respeto de las condiciones previamente estipuladas y de los fines que ella reconoce –noción de razonabilidad o del fin constitucionalmente legítimo (STC n.° 2235-2004-AA/TC, FJ 6)–. En materia de medidas limitativas de derechos: medios de búsqueda de prueba y de medidas de coerción procesal (artículos VI del TP, 203.1 y 253.2 del CPP), se requiere que estas persigan un fin legítimo y emanen de la autoridad legalmente habilitada para efectuarlas. La ley debe definir con exactitud, y con las garantías necesarias, el acto limitativo de un derecho fundamental; el cual, además, ha de estar objetivamente justificado y la decisión que lo imponga debe plasmar el juicio de necesidad correspondiente.

En general, la ley debe respetar el núcleo esencial de un derecho fundamental, cuya violación se concretará cuando lo somete a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultan irrazonablemente su ejercicio o lo privan de protección (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, SCCC, C-489, de 1995). Asimismo, está proscrita la restricción de los derechos fundamentales que no guarden estrecha relación con la necesidad de asegurar las fuentes de prueba –fines de esclarecimiento del proceso– o prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (artículos 202 y 253.3 CPP). Tampoco resultan posibles medidas que impliquen el

desconocimiento de prohibiciones expresas en la Constitución ni las reglas esenciales del debido proceso [Bernal/Montealegre].

Los presupuestos generales del principio de proporcionalidad son dos: **(i)** el acto limitativo ha de fundarse y estar previsto en la ley: reserva legal o tipicidad procesal; y **(ii)** la decisión que la autorice, además de emanada por la autoridad legítimamente autorizada (jurisdiccionalidad) –por lo general, la autoridad judicial, con excepciones puntualmente admitidas a la Fiscalía o la Policía– ha de estar especialmente motivada, es decir, referida a los requisitos que justifican la limitación del derecho fundamental (justificación teleológica).

Los requisitos generales que debe cumplir la medida que limita un derecho fundamental se concretan en el cumplimiento de tres subprincipios: **(i)** Ha de ser necesaria para conseguir el fin perseguido, al punto que debe examinarse que este no puede alcanzarse por otra medida menos gravosa que suponga un coste menor –relación medio-medio– (subprincipio de necesidad o indispensabilidad); **(ii)** El objetivo que pretende alcanzar ha de guardar relación con el fin real, constitucionalmente legítimo y socialmente relevante, que persigue su imposición –relación medio-fin– (subprincipio de idoneidad); **(iii)** La intensidad de la intervención de un derecho fundamental en un caso concreto, que puede ser intensa, mediana o leve, ha de tener en cuenta el fin constitucional perseguido, de suerte que será del caso comparar la gravedad del delito o, en todo caso, su trascendencia social, y la entidad de la afectación del derecho fundamental coimplicado, a fin de que el sacrificio impuesto al derecho fundamental que se restringe no resulte desmedido (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación) [Grández Castro]. Es determinante que el último paso considere el grado de afectación del derecho fundamental en relación con el beneficio obtenido y, en particular, asegurar la protección del núcleo esencial del derecho afectado [Bernal/Montealegre].

C. Otro principio transversal, a menudo confundido con el principio de proporcionalidad –que opera frente a las decisiones que afectan derechos fundamentales–, es el de *intervención indiciaria*, cuyo auténtico significado se centra en los actos de investigación de los delitos que tienen lugar en un Estado de derecho, y busca proteger al ciudadano frente a intervenciones restrictivas aleatorias o indiscriminadas de los poderes públicos so pretexto de la averiguación de los delitos [Martín Morales]. Es una reacción a distintas formas de exceso, que opera de modo previo

a las decisiones restrictivas y se concreta en las circunstancias fácticas que soporten la posibilidad de la existencia de un delito, en el contenido de información que la autoridad penal cuente para imponerla [BERNAL/MONTEALEGRE]. El CPP, en los artículos VI del Título Preliminar, 203.1 y 253.2, claramente lo diferencia del de proporcionalidad. Este principio hace referencia a la necesidad de contar con una imputación concreta, con indicios de criminalidad suficientes o, textualmente, "suficientes elementos de convicción", para dictar una medida limitativa de un derecho fundamental: medidas coercitivas y medidas instrumentales restrictivas de derechos.

Lo crucial de este principio es que su aplicación, estrechamente vinculada al caso concreto, exige una estricta relación entre la naturaleza e intensidad de la medida limitativa, el delito objeto del proceso penal –su gravedad o trascendencia social– y el momento procesal en que se dicta (no es lo mismo imponer tal restricción en los inicios de la averiguación penal, que avanzado el proceso). Por consiguiente, las exigencias de probabilidad delictiva –causa probable– serán mayores conforme avanza el proceso. Caso especial son los delitos de peligro abstracto, pues en estos, por su especial naturaleza, la restricción no puede supeditarse a la concurrencia de una sospecha concreta, siendo el caso más típico el control de alcoholemia [ASENCIO].

D. Por lo demás, y conjuntamente con las nociones de legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad e intervención indiciaria, hace falta que la restricción se ejecute con respeto de unas mínimas garantías. Las *garantías en la ejecución de la restricción* tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado, como la salud e integridad personal de la persona investigada. Estas no constituyen una lista cerrada y han de ser aplicadas en atención a la naturaleza del método limitativo y a sus circunstancias [ASENCIO].

II. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

1. Concepto

La doctrina es en extremo equívoca al momento de determinar el contenido, equivalencia y diferencias entre los conceptos o categorías de "principios, derechos fundamentales y garantías". La Constitución nacional no atiende a la diferencia

conceptual entre derechos fundamentales, de un lado, y principios procesales y derechos o garantías procesales, de otro, como se advierte en el artículo 2, que se limita a proclamar un listado, abierto –por imperio del artículo 3–, de derechos fundamentales, bajo la frase: "toda persona tiene derecho [...]", y de la primera frase del artículo 139 de la Constitución, que consagra la equívoca frase: "Son principios y garantías de la función jurisdiccional [...]"). Tampoco es cuidadosa en reconocer la diferencia entre garantías constitucionales o derechos fundamentales procesales y garantías de la Constitución, en la medida en que se entiende por 'garantías' el medio para asegurar, para lograr con seguridad o certidumbre, determinado fin [Gelsi Bidart].

La Constitución, como se sabe, es fuente de toda juridicidad, grandes compendios de instituciones del Estado, de metas, principios, programas y valores; sus disposiciones son una fuente inspiradora de principios. Esta tiene –si se asume el riesgo de identificarlos– dieciocho principios, cuya elaboración es labor de los jueces y de la doctrina, agrupados en cuatro rubros: **1.** Principios fundamentales del Estado. **2.** Principios técnico-jurídicos del ordenamiento. **3.** Principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos –aquí se encuentran los principios procesales–. **4.** Principios informadores del derecho, de sus diversas ramas [Hakansson Nieto].

Así las cosas, puede decirse que los principios constitucionales son importantes auxiliares para el conocimiento y comprensión global del sistema jurídico en su conjunto. Son la base del ordenamiento jurídico; las ideas fundamentales e informadoras de cualquier organización jurídica. Asimismo, son los elementos que dan racionalidad y lógica, un sentido de cohesión y unidad al ordenamiento jurídico. En definitiva, proporcionan coherencia, logicidad y orden interno al sistema jurídico [Scarpinella], y parten de la Constitución.

Por su parte, las garantías derivan del orden constitucional, y corresponde al ámbito de los derechos que la ley reconoce a los ciudadanos fuera o dentro del proceso. Son concretas disposiciones señaladas en la Ley [Alzamora].

Acerca del derecho procesal, los principios que lo informan comprenden cuatro ámbitos: **1.** Los poderes del órgano jurisdiccional y de las partes con relación al objeto procesal. **2.** Los poderes respecto al material de hecho. **3.** Los mismos poderes en cuanto la dirección formal del proceso. **4.** La forma según la cual se realizan y ordenan los actos que integran el proceso. En ese sentido, los principios configuran las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema procesal

[ALVARADO BELLOSO]. Su concepción actual presenta las siguientes notas características:

A. Son ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley, aunque no estén expresamente formuladas. Indican las ideas fundamentales extraidas de la ley procesal, que sintetizan reglas de validez general para los distintos de procesos, y reflejan la ideología que produjo esas normas [VALENCIA]. Son, pues, categorías lógico-jurídicas cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal [ALZAMORA VALDEZ]. Sin ellas no puede hablarse de proceso jurisdiccional.

B. Su valor no es solo teórico, sino que tienen también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados.

C. No tienen, sin embargo, naturaleza normativa, aunque algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos o normativizados en la Constitución.

D. Su estudio tiene importancia como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso, y además su exposición tiene gran valor didáctico. Se les entiende como líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone un concreto sistema procesal [ALVARADO VELLOSO].

Los principios del proceso no se realizan en las leyes ni en sus formulaciones más puras, sin que por ello su estudio pierda utilidad, puesto que en todo caso conviene conocer las soluciones maximalistas que pueden darse a un problema antes de buscar un compromiso entre ellas.

De la crítica de la teoría de los principios del proceso hay que retener, como advertencia fundamental, el riesgo de *hipervaloración* de los conceptos, mediante el cual estos pueden llegar a superponerse y a falsear la propia regulación jurídico-positiva que deberían explicar. Si no se incurre en ese defecto, el método de los principios sirve para una exposición general de la regulación del proceso [ORTELLS].

Otra línea concibe los principios como lineamientos estructurales, características esenciales que tienen sus propias particularidades y funciones, y que informan el procedimiento penal; dan forma al sistema de enjuiciamiento y

determinan su estructura y funcionamiento [Bovino]. Como principios políticos no representan exigencias constitucionales, pero junto con ellas dan forma y estructuran el sistema de enjuiciamiento penal del Estado [Maier].

Siguiendo la distinción propuesta por Dworkin, cabe diferenciar entre las normas jurídico-prescriptivas –que autorizan, prohíben u obligan ciertas acciones humanas, a diferencia de las normas constitutivas, que determinan un movimiento correcto en la actividad jurídica– dos subclases: las reglas y los principios, según la amplitud o concreción de sus condiciones de aplicación. Los principios no son normas detalladas y necesitan, a menudo, ser complementadas por normas de detalle, dada su mayor profundidad y su generalidad. En este sentido, los principios jurídicos son pautas que establecen aquello que debe ser y, por eso, en palabras de Alexy, son mandatos de optimización, pues obligan a hacer aquello que es necesario para que los estados de cosas ideales se realicen en la mayor medida posible, de suerte que para su aceptación y para que se eliminen los conflictos que generen para ser conforme a derecho es necesaria la ponderación [Moreso-Vilajosana].

2. Clasificación

Es de dividir los principios desde tres órdenes o perspectivas. Los principios derivados del derecho penal, al que sirve el proceso penal; y, los principios configurados a partir de la clásica distinción entre proceso y procedimiento [Acuerdo Plenario n.° 6-2011/CJ-116, FJ 8], esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales –requisitos y presupuestos– y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales –aspecto externo de la actividad jurisdiccional– [Cordón].

A. Los principios derivados del derecho penal son tres pares dialécticos dados por: **(i)** necesidad y oficialidad; **(ii)** legalidad u obligatoriedad y oportunidad; y **(iii)** aportación de parte e investigación [Armenta].

B. Los principios del proceso están en función: **(i)** al régimen de entrada de la pretensión y de su oposición o defensa en el procedimiento –principios estructurales de dualidad, contradicción e igualdad, y el principio de eficacia de la serie procedimental–; **(ii)** a los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal –principio acusatorio–; y **(iii)** a los poderes del juez en su enjuiciamiento, referidos a la valoración de la prueba –principio de prueba libre o libre convicción–.

C. Los principios del procedimiento están referidos:

(i) A la forma de los actos procesales: principio de oralidad, cuyo aspecto central, no el único, informa la fase probatoria del procedimiento, en cuya virtud solo el material procesal aportado oralmente al juicio puede ser apreciado en la decisión judicial;

(ii) A la relación entre el tribunal y el material fáctico: principio de inmediación, de suerte que el juicio y la práctica de la prueba han de transcurrir ante la presencia directa del juez competente;

(iii) A los criterios técnico-jurídicos de concentración y preclusión –dice de la idea de aceleramiento procesal–, y jurídico político de publicidad –destaca la noción de contralor popular de la actividad procesal–. El primero busca concentrar las actividades procesales en un espacio corto de tiempo, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso. El segundo es consecuencia necesaria de la idea de justicia republicana y destaca la noción de responsabilidad de los jueces ante la sociedad, a quien representan, y de control por los ciudadanos [BOVINO].

3. Principios de necesidad y oficialidad

El principio de necesidad establece que la realización del derecho penal está sometida a la exigencia de un proceso jurisdiccional, que integra la garantía de legalidad penal –su opuesto es el principio de conveniencia–. El juicio previo, como presupuesto, para la sanción penal (artículos I.2 del TP CPP y V del TP del CP), consagra este principio. No solo está prohibida la autotutela y el *ius puniendi* no es disponible, sino que corresponde al Poder Judicial la aplicación del derecho penal –las partes no tienen derecho subjetivo alguno sobre la relación jurídico-material– y este se aplica por el órgano jurisdiccional necesariamente por medio del proceso –*nemu damnetur nisi per legale iudicium*– [MONTERO]. Por tanto, se impone el proceso para que se tenga oportunidad de demostrar la comisión del hecho, su calificación, sus responsables y con todo ello, arribado a la sentencia, se declare el derecho subjetivo del Estado de aplicar la pena expresamente declarada en aquella [MORAS]. Por lo demás, en esa línea, pero en una perspectiva externa, el referido principio no admite que para la aplicación del derecho penal se acuda a una jurisdicción arbitral, así como también las partes no tienen poder de disposición sobre el objetivo del proceso.

El principio de oficialidad vs. dispositivo, de un lado, exige que en el proceso penal, en tanto protege básicamente un interés público, propio de la

tipificación penal, la persecución penal sea promovida por órganos del Estado [Baumann], en nuestro caso por el fiscal (artículos IV.1 TP y 1.1 CPP), y se realice de oficio –el Estado, además de tener a su cargo la pretensión penal material, tiene el derecho y la obligación de perseguir penalmente [Roxin]–; y, de otro lado, determina que el objeto procesal –los hechos punibles objeto de investigación, acusación, enjuiciamiento y decisión–, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de las partes, sino a lo establecido por la ley –propiamente, se trata del principio de inmutabilidad–. En consecuencia, el proceso penal por delitos públicos no es disponible por las partes, por lo que no puede ser suspendido, interrumpido o modificado por voluntad de las partes; tampoco resulta admisible, salvo en el caso de los delitos privados, el allanamiento, la renuncia o el desistimiento (artículo 78.3 CP) [Rifá/Richard/Riaño]. Este principio, opuesto al dispositivo, exige un mayor peso del órgano jurisdiccional y una menor posibilidad de las partes de disponer del objeto del proceso [Banacloche].

Este principio no rige absolutamente, sin restricciones. Sufre dos limitaciones (artículo 1.3-4 CPP) y una excepción (artículo 1.2 CPP). En el primer caso se tienen **(i)** los delitos semipúblicos, que condicionan la instancia del ofendido para la persecución penal por el Estado, y **(ii)** los delitos sujetos a acusación constitucional, antejuicio o a una autorización especial para la persecución. En el segundo caso se encuentran **(iii)** los denominados delitos privados –el CPP los llama 'delitos de persecución privada'–, en los que el ofendido reemplaza la actividad del Estado en la persecución del delito.

4. Principios de legalidad u obligatoriedad vs. de oportunidad

4.1. Principio de legalidad u obligatoriedad

El principio de legalidad o de obligatoriedad, por mandato legal, impone al Ministerio Público a perseguir los hechos punibles –deber impuesto legalmente– y, en su caso, al órgano jurisdiccional a la imposición de la pena legalmente prevista conforme a la calificación que resulte adecuada (STC n.°1805-2005PHC/TC, FJ 27). Es el necesario complemento del monopolio de la acusación a favor de la Fiscalía y tutela la igualdad en la aplicación del derecho, "puesto que solo la Fiscalía ha de decidir, después de la terminación del procedimiento de averiguación, si se formula acusación contra el presunto autor de un hecho punible, tiene que estar obligada también a la realización de las investigaciones" [Tiedemann]. La exigencia de persecución, como es obvio, se impone no cuando existan suposiciones

vagas, sino cuando resultan indicios racionales de criminalidad o, como dicen los artículos 329.1 y 336.1 CPP, "sospecha de la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito" o "indicios reveladores de la existencia de un delito" –ese es su contenido–. Esta facultad de decidir si se ejerce o no la acción penal, no puede ser realizada de modo arbitrario (STC n.° 6204-2006-HC/TC, FJ 7). Garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos (STC 8957-2006-PA/TC, FJ 15) [ROSAS].

Ahora bien, como la potestad persecutoria es reglada, el propio ordenamiento instituye un control específico, en cuya virtud el órgano jurisdiccional puede tanto desestimar la acusación si no concurren los presupuestos legales para su ejercicio, como instar el control jerárquico cuando no convergen los presupuestos para la falta de ejercicio de la acusación (artículos 346.1 y 352.4 CPP) [ORTELLS/ ARMENGOT]. Es de acotar que el CPP rechazó el proyecto inicial que instituyó otro control a través de la figura del querellante adhesivo, que autorizaba al ofendido por el delito, ante la negativa del fiscal, a instar la acusación y atribuía al juez la potestad jurisdiccional para actuar el derecho penal pese a la omisión del fiscal. Son dos las notas que expresa este principio de obligatoriedad: **1.** Inevitabilidad en la promoción de la acción penal por delitos públicos. **2.** Irretractabilidad de la misma [CHAIA], esto es, una vez promovido el proceso –puesta en conocimiento al juez: artículos 3 y 339.2 CPP–, su suerte no puede depender de la voluntad de las personas públicas o privadas que lo hayan iniciado: fiscal y querellante particular; su curso y culminación está predeterminado legalmente.

4.2. Principio de oportunidad reglada

El CPP acoge, limitadamente, el *principio de oportunidad reglada*. Surge en contraposición al principio de legalidad, y a partir de la facultad del titular de la acción penal para disponer el ejercicio de la acción penal, pero cumpliendo los presupuestos previstos en la norma [PÉREZ-CRUZ/FERREIRO/PIÑOL/SEOANE]. Este principio, por razones de conveniencia –de tipo político o económico–, de utilidad o de un manejo más eficiente en la asignación de los recursos [CAFFERATA], subordina la perseguibilidad de algunos delitos tanto a que se superen las exigencias de necesidad o de merecimiento de pena legalmente previstas (artículo 2.1 CPP), como a que el imputado y la víctima lleguen a un acuerdo reparatorio (artículo 2.6 CPP) –asunción como fundamento de las teorías utilitarias de la pena–. En ambos supuestos, el artículo 2 CPP autoriza al Ministerio Público a abstenerse de formular cargos.

La institución de la suspensión del proceso o de la persecución penal, que también es expresión de este principio, no ha sido acogida en el CPP. Tampoco se han incluido los motivos de economía procesal en los casos de hechos accesorios sin importancia, lo que se da en grandes procesos en los que se consigue un aceleramiento del proceso por medio de una renuncia parcial a la persecución penal (véase, por ejemplo, artículo 154, n.° 1 y 2, Ordenanza Procesal Penal alemán). De igual manera, no se han incorporado legalmente los motivos de oportunidad en casos relacionados con extranjeros o en aquellos supuestos en que intereses estatales propios se oponen al interés de persecución penal (por ejemplo, delitos contra el Estado, con el fin de impedir la correspondiente puesta en peligro de la seguridad estatal por medio de la realización del proceso).

Paralelo al principio de oportunidad se reconoce el p*rincipio del consenso* –que puede ser considerado como una manifestación del principio de oportunidad [Armenta]–. Este principio, sobre la base formal de configuración del proceso en un sentido más contradictorio, reconoce, en algunos supuestos, cierta primacía al rol de las partes y, por ende, subordina el castigo del delito en algún grado, ciertamente relativizado, a la voluntad del acusador público y a determinados acuerdos que formulen las partes. Una expresión de lo expuesto es el caso de la institución de la conformidad procesal (artículo 372 CPP), de los procesos de terminación anticipada (artículo 468 CPP), de colaboración eficaz –concentrado en injustos de organización y en algunos delitos graves– (artículo 472 CPP). Estas instituciones, en general, no han merecido reproches del TEDH. Las SSTEDH Golder, Airey y Deweer, de 21-02-75, 09-10-79 y 27-02-80, son aceptables en cuanto cumplan determinados requisitos, entre los que destaca la ausencia de amenaza –la naturaleza de los cargos y la acusación pendiente, que puede obviamente materializarse en una condena, no puede ser calificada de una amenaza o presión incompatible con los derechos fundamentales–.

5. Principios de aportación de parte y de investigación de los hechos

La aplicación de los principios de aportación de parte y de investigación de los hechos, basados en la eficiencia de la persecución del delito, actúa paralelamente a la vigencia de los principios dispositivo y de oficialidad. La singularidad del proceso penal –en su relación con el proceso civil– estriba que en este el interés público –ínsito en el derecho penal– tiene una particular trascendencia, por lo que es obvio que, predominantemente, ha de inspirarse en el principio de investigación oficial. Tal es su fundamento.

La aportación y comprobación de los hechos es un deber u obligación, constitucionalmente impuesta, que incumbe al Ministerio Público (STC n.° 6167-2005-HC/TC, FJ 25) y a la Policía Nacional –la investigación de oficio es propia de la etapa de investigación preparatoria–, conforme consta en los artículos 61.2 y 67.1 CPP. Ambos órganos del Estado deben investigar las conductas presuntamente delictivas, a través de una multiforme actividad investigativa, regulada legalmente y con una fuerte relevancia del interés público. Una vez incoada la inculpación formal –en la que tiene un rol importantísimo el Informe Policial (artículo 332 CPP)– y, posteriormente, con motivo de la formulación de la acusación –siempre que haya *materia criminis*– (artículo 349.1-2 CPP), corresponde al fiscal introducir no solo los hechos y las circunstancias fácticas con relevancia penal –sin excluir ningún elemento fáctico relevante, y siempre que hayan sido determinados en la investigación preparatoria (artículo 349.2 CPP)– sino también los medios probatorios al proceso, bajo estricto control jurisdiccional, todo lo cual se ha de materializar en la etapa intermedia.

Configurada de este modo la obligación del Ministerio Público, y de su ayudante principal: la Policía Nacional, corresponde a la etapa de enjuiciamiento la práctica de las pruebas pertinentes ofrecidas por todas las partes, acusadoras y acusadas. Bajo estas formales características se afirma, comúnmente, la primacía en el juicio oral del principio de aportación de parte (artículo 353.2c CPP). Empero, como ratificación de la absoluta relevancia del interés público –y no como excepción al principio de investigación de los hechos, como clásicamente se enuncia– se reconoce al órgano jurisdiccional una iniciativa probatoria; iniciativa que responde al principio de oficialidad y legitima el deber que le impone la ley de llevar a cabo la actividad probatoria necesaria para adquirir certeza sobre los hechos alegados por las partes (artículo 385.2 CPP). No es que las partes no tengan derecho de alegar y probar, sino que no solo ellas pueden hacerlo [ORTELLS/ARMENGOT]. La comunidad jurídica, en estos casos, ante una consecuencia jurídica tan trascendente no quiere confiar en la actuación –y en el egoísmo– de quienes participan en el proceso como partes [BAUMANN].

Es evidente que la aportación de los hechos, como regla básica del principio acusatorio, es tarea u obligación de las partes acusadoras y un derecho de las partes acusadas. Cosa distinta, desde luego, es la aportación de la prueba, que constituye uno de los componentes de los poderes materiales de dirección del juicio oral por parte del juez, a quien se le reconocen facultades para contribuir a la comprobación de la verdad basado en el principio de legalidad y la sujeción del juzgador únicamente a la ley, con lo cual se concluye que tal función no afecta su imparcialidad [GUERRERO].

Es de precisar, sin embargo, que el principio de aportación tiene su fundamento en razones de oportunidad y conveniencia, fundadas en la falta de aptitud de las relaciones jurídicas –las privadas, desde luego– para ser vigiladas de oficio por el Estado y en las mayores garantías que ofrece la defensa de los derechos privados encomendada a los particular, por ser ellos quienes mejor conocen sus propios derechos y los más interesados en vigilarlos, de lo que resulta que es un principio directivo del legislador [Cordón]. Este principio consta de dos sub-principios: **(i)** aportación de hechos, ya analizado, y **(ii)** aportación de pruebas. Este último significa, en estricto sentido, que la proposición de las pruebas que las partes pretenden utilizar corresponde exclusivamente a las mismas; no corresponde a los jueces proponer por su cuenta la práctica de otros diferentes medios probatorios, aunque se acepta una línea puntual de excepciones [Garberí]. No es procedente, por ejemplo, cuando se discuten intereses públicos o socialmente trascendentes, como sucede en la etapa de investigación preparatoria del delito, en la que rige, sin duda, con preponderancia, el principio de investigación. En el proceso penal, específicamente en el juicio oral o etapa de enjuiciamiento, este principio, por su diferente contexto, radicado en la tutela de los bienes jurídicos de importancia punitiva –no se ejercitan derechos disponibles, sino un derecho irrenunciable que pertenece al Estado, el *ius puniendi* [Cordón], está muy relativizado, pues se acepta una línea franca de excepciones de pruebas de oficio, las que requieren que: "*[...] en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes*". El norte de la actuación judicial siempre será, como meta del proceso, descubrir cómo fue realmente el hecho [Volk], la *veritas delicti* como lo ha recordado Maier.

El deber de actuación probatoria, por cierto, no solo es del fiscal –órgano público por excelencia–, sino también del Tribunal, aunque en este caso ha de adoptarse un criterio ciertamente limitado, a fin de evitar una actividad inquisitiva encubierta que vulnere el principio acusatorio y las garantías de defensa procesal y de imparcialidad (STC n.° 188-2000, FJ 2). Tal limitación está reconocida por el artículo 385.2 CPP, que impone dos requisitos a su adecuado ejercicio: **(i)** que se trate de medios probatorios indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, y **(ii)** que no se reemplace la actuación propia de las partes –a su vez, los principios de legalidad y acusatorio se imponen al principio de investigación oficial: los hechos son los que identifican el objeto procesal y lo determina el acusador, que es el único que ha de instarlos–. Esta opción legislativa, por lo demás, concuerda con STEDH Barberá, Messegue y Gabardo, de 06-12-88.

Como consecuencia de lo anterior, cabe señalar que, en su esencia, la posibilidad del juez de acordar prueba de oficio está sujeta a tres límites: **(i)** las pruebas deben estar vinculadas al objeto del proceso –respeto del principio acusatorio–; **(ii)** en las actuaciones de la causa han de encontrarse las fuentes y el medio de prueba ordenado actuar de oficio –respeto de la garantía de imparcialidad judicial–; y **(iii)** la práctica de la prueba debe respetar los principios que le son inherentes con la plena intervención de las partes, sin perjuicio de permitirse a las partes que propongan nueva prueba destinada a contradecir la ordenada judicialmente –respeto del principio de contradicción y del derecho de defensa– (STSE, de 26-12-03, FJ 3).

Se ha sostenido que la prueba de oficio convierte al juez en inquisitivo; pero esto no es así, al margen del evidente error que supone confundir todo lo "oficial" con lo "inquisitivo", cuando el juez propone la prueba intenta simplemente esclarecer un hecho sin saber cuál va a ser el resultado de la práctica de esa prueba. Además, debe tenerse en cuenta en atención a los bienes jurídicos en conflicto en el proceso penal, que la actividad probatoria de las partes puede intentar alejarse tácticamente de la auténtica realidad de los hechos más que en ningún otro caso, en defensa de los intereses de cada parte. Esta humana actitud puede ser compensada a través de la actividad oficial del juez, precisamente por los bienes jurídicos que se debaten en sede penal [NIEVA].

Es a partir de esta concepción, que obliga a procurar a los agentes públicos la acreditación de todos los hechos relevantes, que se impone la noción de 'carga material de la prueba' [DE LA OLIVA]. Ello significa, en primer lugar, que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la responsabilidad penal y civil del acusado recae íntegramente en el acusador –que es lo que se denomina "prueba de cargo" (artículo IV.1-2 TP del CPP)–. La falta de prueba le perjudica al acusador, ya sea porque no pudo probar los cargos que afirmó o porque la duda sobre su realidad no fue superada, lo cual por cierto no obsta que las partes acusadas puedan **(i)** introducir afirmaciones sobre hechos impeditivos, extintivos o excluyentes y, a partir de ahí, proponer y practicar prueba sobre ellos, **(ii)** así como, también, negar los hechos constitutivos planteados por la acusación –todo lo cual se denomina "prueba de descargo"–. En ambos casos, empero, no se genera una carga de la prueba para el acusado, aunque si se presenta la alegación y no se prueba, y resultan probados los hechos constitutivos, se dictará una sentencia condenatoria que lo perjudicará [MORENO CATENA].

6. Principios estructurales del proceso

Los principios estructurales son consustanciales a la idea misma de proceso, por tanto, no pueden faltar [Gimeno]. Se trata de los principios de dualidad, contradicción e igualdad de armas. Aquí, también, es oportuno incorporar el principio de eficacia de la serie procedimental, con lo que se corona la perspectiva máxima de todo proceso judicial.

6.1 Principio de dualidad

Las partes, desde una perspectiva relacional, están ubicadas en dos posiciones procesales distintas y enfrentadas, y ante un juzgador que, situado neutralmente por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones [De La Oliva]. Unas partes sostienen los cargos o acusan –las llamadas partes acusadoras–, y otras se resisten, a quienes se les acusa –las denominadas partes acusadas–. Lo esencial, de cara a este principio, es la existencia de dos posiciones procesales opuestas, pues puede haber un número indeterminado de partes procesales (por ejemplo, muchos actores civiles que reclaman una indemnización al imputado o al tercero civil responsable). No puede existir proceso si no existen dos posiciones procesales, total o parcialmente, equidistantes entre sí, y sobre este principio se manifiestan y concretan los principios de contradicción e igualdad –lo expuesto, además, da pie al principio de desconcentración funcional: acusación, defensa y decisión, en cabeza de tres personas distintas [Compaired/Santagati]–. Ello explica, en todo caso, que en la etapa o procedimiento principal del proceso penal: enjuiciamiento, el juicio no podrá tener lugar si el acusado acepta los cargos. Según el artículo 372.2 CPP, en clave de conformidad procesal, si el acusado admite los cargos –ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil–, el juez ha de declarar la conclusión del juicio para dar lugar a una sentencia conformada (RN 2257-2009/Piura, FJ 4).

6.2 Principio de contradicción

Es un principio de carácter absoluto, que atiende a las partes y a su rol en el proceso, y permite que el proceso tenga una estructura dialéctica. Básicamente es un mandato dirigido al legislador, que le dicta un modo de conformar el proceso, y cuya efectiva aplicación no puede ser denegada por el órgano jurisdiccional. En su mérito, las partes han de acceder al proceso, cualquiera que sea su posición, y han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución

que debe dictar el órgano jurisdiccional. De esta manera, el acceso garantizado de las partes al proceso persigue garantizar la plena efectividad del derecho de defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aún en la etapa de investigación preparatoria, situaciones materiales de indefensión (Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17-11-09) [RIEÁ/RICHARD/RIAÑO].

El principio expresa no solo la posibilidad que tiene el acusado de conocer la imputación, sino, más bien se refiere a la prohibición de condenar a una persona sin que previamente haya sido oída y vencida en juicio [ARMENTA].

Su contenido es doble. **1.** De un lado, importa la necesidad de ser oído, que se erige en un derecho no renunciable, que funciona como regla imperativa en la etapa de enjuiciamiento (artículos I.2 TP y 356.1 CPP): no se permite el juicio en ausencia (artículos 139.12 de la Constitución y 79.4-5 CPP), y como regla no imperativa en la etapa de investigación preparatoria; las partes han de haber tenido la posibilidad procesal cierta de alegar, no se requiere de una obligación de hacerlo. **2.** De otro, impone el conocimiento de todos los materiales de hecho y de derecho, aunque en este último ámbito –de los materiales propiamente jurídicos– rige el *iura novit curia*, de suerte que el juez puede tener una tercera opinión, a condición de un previo conocimiento de las partes y la posibilidad de alegar en torno a la misma [MONTERO].

Este principio se plasma en una frase clásica: "Nadie puede ser sancionado sin ser oído y vencido en juicio", que se identifica con los brocardos ya clásicos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari pottest* [ASENCIO].

6.3. Principio de igualdad de armas procesales

Es otro principio autónomo –manifestación procesal del más general de "igualdad de todos los ciudadanos ante la ley"– que, igualmente, tiene un carácter absoluto y la justicia es una exigencia elemental, que es impuesto al legislador y al juez; tiene incidencia en todo el desarrollo legal y fáctico del procedimiento. Se desprende de la relación de dos normas constitucionales, referidas a la igualdad ante la ley y al debido proceso penal (artículos 2.2 y 139.3 de la Constitución). Dice de la relación que debe existir entre los organismos encargados de la persecución penal y las demás partes acusadoras, por un lado, y el imputado y las demás partes acusadas, por el otro. En virtud de este principio se requiere que se establezcan las condiciones objetivas que aseguren la actuación equitativa de las partes y se eviten privilegios irrazonables a alguna de ellas (STC n.° 6135-2006-AA/TC, FJ 5); esto

es, igualdad total de oportunidades procesales para ambas partes. Complementa el principio de contradicción, específicamente su efectividad [Gimeno].

El principio de igualdad de armas exige una conducta correcta de la administración de justicia punitiva en la persecución del delito y que inevitablemente genere desventajas para el imputado, a partir de lo cual el proceso incorpora salvaguardas jurídico-procesales a las partes, en especial al imputado, con la finalidad de tener influencia en el desarrollo y los resultados del proceso [Guerrero]. Por consiguiente, a las partes de un proceso se ha de conceder los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas, de modo tal que no quepan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas [Montero]. Pero no solo se requiere una regulación abstracta que reconozca la igualdad de armas, también se impone al juez el deber de "evitar que la desigualdad entre las personas [por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica] afecte el desarrollo o resultado del proceso" (artículo VI TP del CPC); así, debe "allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia" (artículo I.3 TP del CPP), pues toda desigualdad injustificada –no razonable– produce indefensión [Cordón]. Solo de esta forma el proceso será realmente limpio, equilibrado o *fairness*. En materia procesal penal, la igualdad es un valor superior que irradia las posibilidades y, por tanto, la causa penal no puede albergar situaciones diferenciadas y tratos desigualitarios, pues todos los actores del proceso penal han de recibir idéntico tratamiento por parte de la jurisdicción, incluidos lógicamente a los aspectos de prueba. En sentido general este valor fundamental tiene tres dimensiones: **1.** Como generalidad, que es la consagración de la igualdad ante la ley a efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos. **2.** Como equiparación, que reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, y de todos los cuidados entre sí. **3.** Como diferenciación, que es la diferencia entre distintos [Ramos Bastidas y otra].

La igualdad de armas procesales se expresa en toda su plenitud en la etapa de enjuiciamiento (artículo 356.1 CPP), aunque tampoco puede desconocer sus implicancias en las fases de investigación preparatoria e intermedia. Tal plenitud también tiene lugar en la etapa intermedia, pues importa para el acusado y las demás partes tanto el conocimiento previo y total de las actuaciones investigativas, como un derecho de postulación y alegación sin cortapisas que se plasma en las audiencias de control (artículos 345, 350 y 351 CPP). En la etapa de investigación preparatoria, sin duda, se admite una 'aparente' desigualdad desfavorable al imputado, reconocida como un contrapeso a favor de la sociedad, que sin embargo se salvaguarda –en lo que se denomina procedimiento preliminar participativo

[AMBOS]– porque se permite al imputado –y a las otras partes procesales– no solo conocer desde un inicio los hechos y las evidencias en su contra (artículo 71 CPP), sino también interponer solicitudes de actos o diligencias de investigación e intervenir en la actuación de todas ellas (artículo 337.4 CPP), salvo aquellas que por su propia naturaleza y finalidad no deba conocer, tales como la videovigilancia, el allanamiento y el control de comunicaciones (artículos 207.1, 214.1, 226 y 230 CPP), así como las sometidas al secreto sumarial (artículo 324.2 CPP). En este último caso, se entiende que estas limitaciones son provisionales y no impiden la posterior restauración del equilibrio y la igualdad de armas [BANACLOCHE].

Es claro, por lo demás, que dotar al procedimiento de investigación preparatoria de mayores ámbitos de contradicción no puede obtenerse, político-jurídicamente, sin ningún costo. Desde el punto de vista del fiscal y del juez puede resultar aceptable solo ante posibles efectos de aceleración del proceso –terminación anticipada o acortamiento de los procedimientos intermedio y de enjuiciamiento– [AMBOS]. Su concreción, como ocurre en el CPP, en casos de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia, permite, de un lado, reconocer el valor de prueba a determinados actos de investigación –la denominada: prueba preconstituida y prueba anticipada–; y, de otro, configurar diversos procedimientos especiales o trámites de aceleramiento procesal (por ejemplo: procesos inmediatos y de terminación anticipada, y trámite de conformidad procesal).

El principio de igualdad de armas está incluido en la garantía del debido proceso o juicio equitativo (STEDH Borgers de 30-10-01). Supone que el imputado o acusado no pueda estar en mejor posición desventajosa de ninguna de las otras partes. Afecta aspectos tales como **(i)** la etapa de investigación preparatoria (STEDH Lamy de 30-03-89); **(ii)** la adopción de medidas de coerción que afecten a la libertad (STEDH Dombo Beher de 27-10-93); **(iii)** la presentación de las propias pretensiones; **(iv)** la interposición de recursos (STEDH Niedbala de 04-07-00); **(v)** el acceso a las pruebas.

6.4. Principio de eficacia de la serie procedimental

Para que el proceso pueda funcionar como medio adecuado de solución de un conflicto jurídico es imprescindible que la serie secuencial que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armoniosamente el debate contradictorio buscado por el legislador [ALVARADO VELLOSO]. Varias son las fases que tiene el proceso para que sea eficaz: denuncia o iniciación fiscal de oficio, diligencias policiales, o fiscales preliminares –optativa–, inculpación formal, investigación

preparatoria, acusación, defensa preliminar, procedencia del debate, juicio contradictorio, y decisión. Si faltase una de ellas, la serie procedimental se volvería ineficaz y conspiraría contra el debido proceso.

Este principio, presupone otros especialmente trascedentes: preclusión y eventualidad. El primero (preclusión), persigue que el proceso avance y una de sus formas es la eventualidad [Couture]. La preclusión implica la pérdida o consumación de una facultad procesal y la organización del proceso en etapas o momentos que se van clausurando para dar nacimiento a los que siguen –al terminar cada etapa o período, éste queda firme y da nacimiento a la siguiente–. Es el efecto que tiene un estadio procesal de clausurar el anterior, de suerte que el proceso puede avanzar pero no retroceder–, para lo cual funciona la fijación de un límite de tiempo en la duración de cada estadio [Alsina]. El segundo (principio de eventualidad) exige que las partes deben hacer uso de todas las alegaciones, excepciones y otros medios de defensa, y ofrecer y actuar sus pruebas, de una vez y en el momento oportuno del juicio [Alzamora]. Persigue favorecer la celeridad de los trámites, impidiendo regresiones en el procedimiento y evitando la multiplicidad de juicios [Alsina].

Finalmente, no es posible reconocer la eficacia de la serie procedimental, así como la prelusión y la eventualidad, sin a su vez reconocer otro principio anejo, que es del "impulso procesal de oficio", que expresa el principio de dirección judicial, conforme al artículo II del TP del CP Civil [Monroy]. A quien corresponde impulsar o tomar la iniciativa para que continúe la tramitación del proceso es, sin duda, al juez. Ésta es la norma general, incluso en el proceso civil –el juez debe conducir al proceso hacia su fin– La inactividad de las partes, sin embargo, puede dar lugar a la preclusión, es decir, a la pérdida de oportunidades, pero nunca a la parálisis y muerte por inanición del proceso, sin que ello signifique que determinados actos procesales solo pueden ser realizados por ellas [Hormazabal].

7. Principio relativo a la configuración del objeto procesal: el acusatorio

7.1. Concepto

Este principio y su par dialéctico, el principio inquisitivo, establecen bajo qué determinación de roles y bajo qué condiciones ha de efectuarse el enjuicia miento de la pretensión penal [Gimeno]; configura, pues, el objeto del proceso penal. Es un principio que atiende al juez. Supone un desdoblamiento de funciones entre acusador y juez, una efectiva separación entre el Ministerio Público –perseguir: investigar y acusar– y el Poder Judicial –juzgar– [Bovino],

que a su vez se entronca con el principio de oficialidad y con él da lugar al proceso acusatorio [ROXIN]. Es aplicable a todas las etapas e instancias del proceso penal, y garantiza la existencia de un órgano jurisdiccional independiente que deba fallar con carácter absolutamente imparcial [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO]. Así, juez y fiscal no son la misma persona y tienen tareas o funciones diferentes. Se trata de un principio estructural del proceso penal [STSE n.° 72/2009, de 29-01-09].

El principio acusatorio informa el sistema de enjuiciar, de manera que sin acusación no hay juicio penal. Es de aclarar, sin embargo, que no puede verse en el principio acusatorio una traslación al proceso penal del principio dispositivo que rige el proceso civil, puesto que en realidad presentan un planeamiento diferenciado –aunque pueda verse un origen común ("nemo iudex sine actore")– derivado de las connotaciones de carácter público que se presentan en el proceso penal, que hace que la acción no sea renunciable, y se configure para la acusación pública como una obligación, siempre que resulte procedente su ejercicio con arreglo a lo dispuesto en las leyes, sin que la conformidad del acusado tenga los efectos definitivos que presenta en el proceso civil la del demandado [GÓMEZ DE LIAÑO].

7.2. Notas esenciales

Son tres las exigencias que plantea el principio acusatorio: atribución de la investigación y del juicio a distintos órganos públicos, distribuciones de las funciones de acusación y decisión, y correlación entre la acusación y sentencia [GIMENO]. El Tribunal Constitucional no ha reconocido la congruencia como nota esencial y la remite a la garantía de motivación (STC n.° 2005-2006-PHC/TC, de 13-03-06):

A. **Atribución de la investigación y del juicio a distintos órganos públicos.** En aras de garantizar la imparcialidad judicial –ausencia de prejuicios o predisposición personal, y exclusión de cualquier duda legítima a este respecto– y el correcto ordenamiento del proceso penal, la ley encomienda al fiscal la incoación y la conducción de la investigación del delito –bajo control judicial– (artículos 60.2 y 322.1 CPP) [RN n.° 1764-2009/Cusco, FJ 4], y al juez la determinación de la procedencia del juicio oral y su ulterior realización (artículos IV.1 y V.1 TP, y 346.1 y 5, 351-353 y 356 CPP). Es más, cada etapa del proceso penal debe estar a cargo de un órgano público distinto: la investigación preparatoria al fiscal, la etapa intermedia al juez de la investigación preparatoria, y la etapa de enjuiciamiento al juez penal –unipersonal o colegiado– (artículos 28.3a, 29.4 y 60.2 CPP);

y, desde la perspectiva de la persona que integra esos órganos, quien ha intervenido en la investigación preparatoria y/o en la etapa intermedia no puede hacerlo en el juicio oral.

B. Distribución de funciones de acusación y decisión. Rige el aforismo 'Nemo iudex sine acusatore'. No solo la inculpación formal es de responsabilidad y titularidad exclusiva del Ministerio Público (artículos 60.1, 322.1, 329.1 y 336.1 CPP), sino que fundamentalmente el juicio oral ha de iniciarse con la necesaria formulación y aprobación de la acusación, a través de la cual se introduce la pretensión penal y, cuando corresponde, la civil (artículos 356.1 y 11.1 CPP), que determina el objeto del proceso y la persona del acusado; ambos elementos delimitan el ámbito sobre el que puede proyectarse el poder de resolución del juez [Ortells/Armengot]. El órgano jurisdiccional, además, tiene vedada la posibilidad de sostener la acusación, de suerte que, si el fiscal retira la acusación, solo podrá instar el control jerárquico, decisión que en última instancia lo vincula (artículo 387.4 CPP). Esto último, al igual que el procedimiento para forzar la acusación escrita (artículo 346.1 CPP), constituye una excepción material a este principio, justificado en la protección de los derechos públicos subjetivos del ofendido por el delito –al ser atentatorias del derecho de la víctima, se exige un control judicial (STC n.° 4620-2009-PHC/TC, FJ 11)–, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado [Roxin].

El objeto del proceso es "definido" por el Ministerio Público a través de la acusación y el objeto del debate se delimita, añadiendo al objeto procesal la resistencia de la parte acusada. Situación distinta es la aportación de la prueba, que constituye uno de los componentes materiales de dirección del juicio oral por parte del juez, a quien se le reconoce facultades para contribuir a la comprobación de la verdad basado en el principio de legalidad y la sujeción del juzgador únicamente a la ley, con la cual concluye que tal función no afecta su imparcialidad [Guerrero Peralta].

C. Correlación entre la acusación y la sentencia. Establece una determinada correlación o congruencia (similitud, semejanza o correspondencia) entre la pretensión penal –asumida en la acusación oral, que es la que marca el límite entre lo prohibido y lo permitido– y el fallo. La congruencia o correlación es el deber de dictar sentencia impuesto al juez conforme a las pretensiones deducidas por las partes en el proceso (Casación Penal n.° 09-2010/Tacna). Es la imposibilidad de variar el sustrato fáctico por el

cual el sujeto ha sido sometido a proceso y posteriormente resulta acusado [CHAIA]. Tiene una configuración objetivo-subjetiva: hechos atribuidos al acusado. Los defectos de incongruencia, en cuanto vulneración de este requisito, son incongruencia *supra o ultra petita*, incongruencia *extra petita* e incongruencia *infra petita*, según se conceda en el fallo más de lo que pedía el fiscal, se resuelva sobre un objeto procesal distinto o se conceda menos de aquello legalmente establecido y pedido por el Ministerio Público. Propiamente no existe defecto de incongruencia omisiva –o por omisión de pronunciamiento– ya que entraña la vulneración de otro deber del juez: de exhaustividad o de motivación [LÓPEZ-FRAGOSO].

Son cuatro las expresiones de esta nota esencial:

(i) *Congruencia fáctica.* Es de carácter objetivo. La vinculación entre acusación y sentencia –hecho acusado vs. hecho decidido– es al hecho punible –propiamente a la fundamentación– que se atribuye al imputado. Se circunscribe a **(i)** un acaecimiento real constitutivo de algún tipo de delito atribuido al imputado (elementos objetivo y subjetivo), y, dentro de tal fundamentación, **(ii)** al núcleo esencial del hecho justiciable –su esencialidad histórica es lo importante, por ende, aun cuando no han de ser distintos el hecho acusado y el hecho decidido no se requiere que necesariamente sean idénticos–, inmodificable como tal, no a sus circunstancias accesorias que muy bien pueden alterarse como consecuencia del debate oral (artículo 397.1 CPP). Es claro, entonces, que el juez no puede introducir en su sentencia ningún nuevo hecho que sea perjudicial para el acusado, que no figurara previamente en la acusación –interdicción de mutaciones esenciales–, pero ello no puede implicar, en modo alguno, que el relato de los hechos probados tenga que circunscribirse al mismo descrito por la acusación, ya que el juez puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio, y con la finalidad material y la mejor reproducción de la pasada realidad [SÁNCHEZ MELGAR].

(ii) *Congruencia jurídica.* Exige una relativa concordancia entre el título acusatorio –que puede incluir conclusiones alternativas– y el título condenatorio –la perspectiva jurídica de los hechos imputados también es relevante, pues determina su relevancia y predetermina una específica estrategia defensiva–. El juez no puede castigar por un delito distinto al que ha sido objeto de acusación, ni siquiera apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la acusación. Se exceptúa esa

exigencia, al permitirse la desvinculación del título acusatorio, en tanto las partes conozcan de esa alternativa y se respete la homologación o identidad del bien jurídico entre el tipo legal objeto de acusación y el tipo delictivo materia de condena (artículos 374.1 y 397.2 CPP; Acuerdo Plenario n.° 4-2007/CS-116).

(iii) *Congruencia cuantitativa.* La pena pedida por el Ministerio Público –en tanto elemento nuclear de la pretensión penal– vincula, en cierta medida, al órgano jurisdiccional –no puede introducirse elemento alguno, no propuesto por el fiscal, que condicione la pena concreta–. Así, el juez no puede imponer una pena más grave que la requerida por el fiscal, aunque desde luego puede aplicar una pena menor si legalmente se justifica (artículos V y VIII TP del CP). Esta vinculación no procede, sin embargo, cuando la pena solicitada vulnera el parámetro punitivo legalmente previsto, cuando el fiscal insta una pena ilegal, "por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación" (artículo 397.3 CPP; v. gr.: STCE n.° 186/2009, de 07-0909). En tal virtud, el juez –sin introducir un elemento fáctico nuevo, sorpresivo, que altere la dosificación penal– puede imponer la pena que corresponda (artículo 397.3 CPP), aunque en su extremo mínimo (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala II TSE, de 20-12-06). Tal posibilidad incluye el hecho de que el fiscal, por error, no pida una de las penas conjuntas legalmente previstas, pues el imputado obviamente estaba al tanto de la previsión normativa, de la cual se pudo defender en el juicio oral (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala Segunda, TSE, de 27-1107).

(iv) *Interdicción de la reforma peyorativa.* En las segundas o sucesivas instancias, como consecuencia de la exclusiva pretensión impugnativa del imputado, no se puede gravarlo aún más de lo que ya estaba por la sentencia recurrida. El órgano *ad quem* está vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en la segunda instancia y en casación. Vulnerar esa vinculación importa agravar *ex officio* la pena del recurrente [Gimeno]. Es un vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado. Cabe destacar otros vicios propios de la incongruencia:

- La incongruencia por incoherencia, que se presenta cuando existe contradicción entre la motivación y la decisión.

- En los órganos colegiados se tiene dos supuestos: la incongruencia por falta de mayoría y la incongruencia por falsa mayoría de votos; esto es, cuando no se cuenta con el número de votos necesarios para formar

> resolución o cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una decisión determinada, pero se llega a otra por medio de la suma de votos [ALVARADO VELLOSO].

8. Principio de valoración libre de la prueba

El principio de valoración libre de la prueba dice del método elegido para tomar las decisiones más importantes del proceso, no solo de la sentencia –sin duda, la resolución de más trascendencia en el proceso– [BOVINO]. Está residenciado en el juzgador y le indica cómo ha de valorar o determinar la eficacia de los medios de prueba que han sido practicados para establecer como ciertos los datos (normalmente de hecho) que han sido objeto de la prueba [ORTELLS/ARMENGOT]. No hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba, que impongan al juez en criterio de convencimiento determinado.

El artículo 393.2 CPP fija el principio que determina la apreciación de la prueba penal. Prescribe que "La valoración de la prueba respetará las reglas de la sana crítica [...]". Sobre esa base se entiende –de ahí el concepto de valoración libre de la prueba– que los criterios en virtud a los cuales decidirá el juez –lo que se denomina sana crítica–; esto es, máximas de la experiencia, principios lógicos y conocimientos científicos (artículo 158.1 CPP), incluso reglas teóricas, son fijados y justificados racionalmente, a través de la imprescindible motivación, por el propio juez y no por el legislador –este no le impone ninguna traba, no le prescribe bajo qué condiciones debe llegar a una consecuencia y a una convicción determinadas–. Lo expuesto presupone que los distintos elementos de prueba no tienen un valor probatorio predeterminado legalmente –ha de diferenciarse, como es obvio, entre la regulación legal de los diferentes medios de prueba, tendente a establecer el proceso de obtención y producción de la prueba, y su posterior incorporación al juicio, de la valoración de los mismos que se realiza con posterioridad y en el que no existen normas específicas del convencimiento judicial [BOVINO]–. La credibilidad de un concreto medio de prueba y del conjunto de los aportes que arroja la totalidad de la prueba actuada es decidida por el juez según su propio análisis, pero siempre utilizando como premisa mayor las máximas y reglas de experiencia, lógica, científica y teóricas.

Así, se entiende que la valoración de la prueba –el juicio valorativo judicial– radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: **i)** La premisa menor es una fuente-medio de prueba –resultado probatorio lícito, constitucionalmente aceptable, verificado en el juicio o, por excepción, a través

de prueba preconstituida o anticipada–, **ii)** la premisa mayor es una máxima de la experiencia y **iii)** la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar [Montero]. La necesaria invocación de la máxima de la experiencia –incluyéndose, desde luego, las reglas de la lógica y de la ciencia, en el que juega un papel decisivo la prueba pericial, así como las reglas teóricas pertinentes– no significa arbitrariedad, sino que su objetivo es impedir el libre arbitrio y la posibilidad de entrada en la mente del juez de la "ciencia privada" [Gimeno].

Se asume, pues, a partir de este principio, incorporado legalmente en el CPP, que la valoración de la prueba es una operación lógica, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, "que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso" (STSE de 18-04-88).

La libertad de apreciación de la prueba, sin embargo, no recusa la posibilidad de reglas jurisprudenciales, de carácter admonitivo, cuya finalidad es concretar el criterio jurisdiccional de racionalidad probatoria –a través de requisitos mínimos–, y hacer más claros y seguros los criterios racionales exigidos constitucional y legalmente. La idea que subyace en este ámbito es que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado (BGHSt, 88, 236), por lo que en aras de la seguridad jurídica y a los efectos de su ulterior control por otros jueces, es admisible construir jurisprudencialmente algunas reglas que son expresión de la buscada racionalidad y objetividad de la apreciación judicial. En ese afán de sistematización de las reglas, que están en la base del razonamiento inductivo, propio de la actividad judicial de valoración judicial de la prueba, la jurisprudencia suprema ha fijado lineamientos en materia de prueba indiciaria –plasmadas legalmente en el CPP–, declaraciones de coimputados y víctimas, y declaraciones de testigos de referencia, entre otros (Acuerdo Plenario n.° 2-2005/CJ-116).

La adopción de este principio de libre valoración de la prueba entraña el abandono del procedimiento inquisitivo (escrito y mediato) y, en el plano histórico, se vinculó con el acceso de los legos a la impartición de justicia. De otro lado, con el avance de la cultura jurídica democrática se exigio, desde este principio, que la sentencia contenga un fundamento de los hechos objetiva y comprensible. Asimismo, que el estándar de la prueba está en función al *in dubio pro reo*, en cuya

virtud nadie puede ser condenado sin prueba legal de su culpabilidad, y que la duda debe incidir en culpabilidad y la punibilidad.

9. El principio de oralidad en el proceso penal

9.1. Aspectos generales

A. 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, antes, toda resolución interlocutoria] debe basarse sólo 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 de 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 de trasmitir 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, empero, 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 CPP)–; y, completamente, cuando lo ocurrido en ella es dictada, gravada, filmada o digitalizada automáticamente (así: artículo 361.1, última oración, CPP; sin embargo, por imperio del artículo 120.3

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 características 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 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 éstas y

el órgano jurisdiccional y entre todas éstas y la sociedad, y a la sucesión temporal de los actos procesales [DE LA ROSA]–. En cambio, **(i)** el principio procesal, que no procedimental, de contradicción –los principios procesales, según se admite comúnmente, conforman la estructura del proceso, determinan la configuración del objeto procesal y la 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–.

B. Otros preceptos legales procedimentales. La anterior disposición legal del Título Preliminar del Código Procesal Penal (artículo I.2 TP 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 CPP ("*La audiencia se realiza oralmente*,..."). Empero, 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 CPP– y de las demás pretensiones de las partes procesales. Se trata de los artículos 345.3 y 351.1 del CPP.

Es de 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 admite las acumulaciones eventuales, la segunda solo para el evento de que pretensión inicial no prospera, 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 sólo aquello que es relevante y que fue incorporado oportunamente en la audiencia. Por la cuarta, la solución del asunto se hace en una sola sesión de audiencias 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 acta, sin generar cuadernos incidentales [De la Oliva]–.

C. ¿Principio o regla técnica? La oralidad ha sido calificada legalmente como principio: artículo 356.1 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 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 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]. Empero, 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.

D. 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 es de 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 de formular la pretensión –los escritos debían ser meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se va a hacer en la audiencia y medio básico para poner al demandado o imputado en situación de defenderse–. Empero,

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 a presencia judicial y quien resuelve es el que estuvo en contacto con las fuentes-medios de prueba; y, una cuarta nota característica es las 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 ésta 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 que 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 resolución más trascendentes del procedimiento en su conjunto–; **(iii)** si la existencia de audiencias es clave en el procedimiento recursal; 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 la etapa de investigación preparatoria sea escrita, no desvirtúa tal principio si se advierte que ésta es actuación encaminada a preparar el juicio (artículo 321.1 CPP) y que es en éste, en la prueba practicada en él, donde han de buscarse los elementos necesarios para formar la convicción del órgano judicial (artículo 3934.3 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 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 sólo puede suceder si esos actos son orales [Montero].

En consecuencia, en tanto se asuma el principio de oralidad, debe entenderse que la reconstrucción del hecho se hace en presencia de todos los sujetos procesales y de manera pública, es decir, sobre el reproche de culpabilidad se discute en forma oral, incluso los documentos deben ser leídos pues el

encausado tiene el derecho a ser oído, lo que exige precisamente la lectura de la prueba documental [VOLK].

E. 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 al artículo IV.2 TP 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 CPP).

Cabe aclarar que la aludida expresión "elementos de convicción" es utilizada por el Código Procesal Penal en 30 artículos, todos ellos circunscriptos a las etapas procesales de investigación preparatoria e intermedia (artículos VI.2 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, 344.2.d, 349.1.c, 446.1.c, 468.6 y 481-A.1 y 2, CPP). Bajo igual lógica, en las mismas sedes procesales, constan 4 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 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 6 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 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.°** ¿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.°** ¿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.

F. 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'instrucción 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 **(i)** 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 de 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 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 incorporó 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 TP y 356/361 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 CPP).

9.2. Oralidad y procedimiento probatorio

A. 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 –ésta 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 CPP). Al respecto, debe precisar los puntos sobre los que los testigos y peritos deben declarar o exponer, y hacer una reseña de los demás medios de pruebas que ofrezca (artículo 350.1.f 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 cumplo 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 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 co-partes y las contrapartes para justificarlas, conforme a lo dispuesto por el artículo 352.5 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 353.2.c 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 CPP). Y, cuando tras el debate probatorio en la *audiencia principal* resulta indispensable o manifiestamente para el esclarecimiento de la verdad (artículo 385 CPP: inspección judicial, reconstrucción u otras pruebas). Este derecho, como corresponde, se ejerce oralmente y bajo el principio procesal de contradicción.

B. 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 al 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 CPP).

El período 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 CPP (imputado, testigo y perito, en ese orden: artículos 377 y 378.2 y 5 CPP) y la secuencia de las mismas, previa expresión de las partes, las fija el órgano jurisdiccional (artículos 375.2, 377.1 y 378 CPP). Esta regla se reitera para el caso de los acusados (artículos 375.2 y 377.1 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 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 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 al artículo 378.8 CPP. En la Sala de Audiencias deben ser interrogadas y contra-interrogadas, 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 (artículo 378.8 y 10, CPP). Si algún testigo o perito no pueda concurrir a la Sala de Audiencias "*por un impedimento justificado*" (artículo 381.1 CPP), el Tribunal se traslada al lugar donde se encuentre para hacerlo; la video conferencia solo es factible cuanto 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 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 CPP)– y, si es factible, se reproduce a través de video, filmación o audio (artículo 381.3 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 vídeo 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 pude 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].

C. Declaración plenarial y lectura de interrogatorios previos. Se entiende que los testigos y peritos deben declarar oralmente. El auxilio de notas y de 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 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–:

C1. 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 CPP). Lo anterior se relaciona con el artículo 86.1 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 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 CPP.

C2. 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 CPP). Este derecho solo está reconocido **(i)** en los casos de vínculos de parentesco, conforme al artículo 165.1 CPP –el secreto profesional y el secreto de Estado importa un deber de abstención de declaración (artículo 165.2 CPP)– o **(ii)** cuando de su testimonio sobre los hechos podría surgir su responsabilidad penal (artículo 163.3 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, CPP), aun cuando en oportunidad anterior renunció a ese derecho o no declaró como testigo incluso (coimputado o ex-coimputado). Su lectura, necesariamente, genera la inutilización o exclusión de esa prueba, pero ésta sólo 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.

C3. 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 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.

C4. 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 hubiere realizado en sede de investigación preparatoria–, siempre que no se pueda constatar o superar de otra manera (artículo 378.6 CPP). A esta posibilidad se le denomina "confrontación con documentos" y teóricamente se la entiende como un "auxilio al interrogatorio".

C5. 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 nuestra 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 aun 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 éste 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 investigación preparatoria carece de mérito convicccional alguno a menos que se reproduzca en la audiencia principal; pero, ante la falta de inmediación de aquélla, 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 de 17-1-1999 y 25-9-2000).

D. 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 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, que 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, CPP).

También se consideran prueba documental los informes probatorios en los términos del artículo 188 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 aquélla; los datos son extraídos de la "memoria" de la institución requerida, lo que supone la previa registración 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 éste [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 éstas 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 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 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 CPP).

E. 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 CPP).

Una excepción a la necesidad de la lectura o reproducción íntegra de la prueba documental, la brinda el apartado 2 del artículo 384 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 de 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.

F. 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 ésta, a diferencia de la prueba personal, no trasmite la información por quien por sí mismo percibió o presenció el hecho objeto de información– pero excepciona el principio de inmediación, 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, e, CPP: prueba anticipada previsible (literal 'a'), diligencias objetivas e irreproducibles o prueba preconstituida (literal 'e' y artículo 425.2 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–.

F1. La prueba anticipada está prevista en los artículos 242/246 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 estipuló 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 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 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 irrepetible 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; ésta 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 éste 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 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); empero, 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–.

F2. La prueba sumarial no previsible está prevista en el artículo 383.1.'c' y 'd' segunda oración, 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 ex-coimputado– 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, ésta 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 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 CPP); por ende, para la diligencia correspondiente no solo ha de haberse notificado correctamente a las partes o sujetos procesales, sino que, si éstos lo hubieren 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–.

F3. 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 es lo 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' 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 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 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 CPP); luego, éstas 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 CPP), y de levantamiento de cadáver (artículo 195.1 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 a 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.

F4. 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 CPP (motivos de imposibilidad o irrepetibilidad).

G. 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]. Ésta 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 la 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 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 **a)** la distancia o **b)** 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 inmediación– corresponde utilizar –como *última ratio*– el método de la videoconferencia. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 233-2015-CEPJ, de 15-7-2015, aprobó la Directiva Número 005-2015-CE-PJ, para garantizar su adecuada utilización. A

su vez, se cuenta con las Directivas número 001-2014 y 001-2013-CE-PJ, de 7-1-2014 y 13-3-2013, 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 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 a lo dispuesto en el artículo 247.1 CPP: testigos, peritos, agraviados, 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 CPP). Finalmente, este método puede usarse en las audiencias de extradición pasiva cuando, excepcionalmente, no se posible el traslado del reclamado a la Sala de Audiencias (artículo 521-C CPP).

Como se aprecia de 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 oportunidad, cuando se estime que la declaración de aquéllos se produzca de la forma más libre y espontánea posible, para superar circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona (protección 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 de 5-10-2001) –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 respuesta 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 de 16 de 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, de 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 v. Italia, de 5-10-2006; y, Zagaría v. Italia, de 27-11-2007).

Es obvio, empero, que una videoconferencia, realizada conforme a 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.

9.3. Oralidad y formación de la causa

A. Resoluciones orales. La disposición legal – base del Código Procesal Penal sobre resoluciones judiciales (artículo 123 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 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 hace mención a "*...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 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 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 resolutiva, 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 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 CPP), para expedir por escrito un auto y, luego, leerlo en la misma audiencia. No está reconocida como motivo de suspensión, según artículo 360.2 CPP, la suspensión de la audiencia para deliberar, votar y pronunciar un auto interlocutorio –que decide al interior del proceso: artículo 120 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, 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, 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 CPP) –de dudosa razonabilidad ante un asunto que, muchas veces, es complejo y que resuelve, anticipadamente, la privación de libertad de una persona–; y, **(ii)** cuando se decide el requerimiento de incoación del proceso inmediato (artículo 447.5 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 CPP), reforma del mandato de comparecencia por el de prisión preventiva (artículo 279.2 CPP), e impedimento de salida (artículo 296.6 CPP), aunque por imperio del artículo 8.4 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 conclusa 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 CPP).

Las resoluciones orales deben constar en el acta de la actuación judicial. Así lo dispone el artículo 361.4 CPP. La reproducción audiovisual no elimina la necesidad del acta, conforme al artículo 120.3 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 número 61-2009/La Libertad, de 5-3-2010; y, Reglamento General de Audiencias aprobado por Resolución Administrativa número 096-2006-CE-PJ, de 28-6-2006).

B. 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 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, las exigencias legales, fijadas en los apartados 2 y 4 del citado artículo 120 CPP; desde luego, no persigue eliminarla como una forma de acto procesal, que por lo demás es distinta de la resolución judicial, conforme al artículo 119 CPC.

El contenido del acta, de modo general, está prevista en los citados apartados 2 y 4 del artículo 120 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 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. Ésta –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 CPP). Según el artículo 120.3 CPP la reproducción audiovisual de la actuación procesal –central de cara al principio de inmediación 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.

9.4. Oralidad y realidad procesal

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 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 de 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 prerrequisito 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.

Excepciones al principio de oralidad. Si observamos el conjunto del proceso penal peruano es posible llegar a una conclusión paradojal: 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 CPP) y el proceso especial de colaboración eficaz –de origen colombiano y puertorriqueño– (artículos 478/481 CPP), así como la conformidad procesal (artículo 372 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 los que el Fiscal archiva las actuaciones por falta de mérito (artículo 334 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 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' CPP).

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 *buena* [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 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 –éste puede ser más transparente que aquél: 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, es de 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 el 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 de 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 los elementos recogidos por escrito, mientras que en la de enjuiciamiento la resolución es pronunciada a base de los materiales recogidos oralmente [Florián].

10. Principio de inmediación

El principio de inmediación, en sentido estricto, rige en dos planos: el primero, referido a las relaciones entre los sujetos del proceso: han de estar presentes y obrar juntos; el segundo, enlazado a la recepción de la prueba y en las alegaciones sobre ella: todas las partes y los jueces que la dirigieron han de estar presentes en su ejecución y su ulterior discusión, lo que constituye un presupuesto para pronunciar sentencia [Maier]. Ambas exigencias del mismo principio se combinan entre sí e incluso le incumbe a la inmediación personal la tarea de servir a la obtención de la verdad material [Baumann]. Por lo demás, este principio, corolario del de oralidad, está ligado a otro, la identidad personal del juzgador, en cuya virtud el mismo juez que recibió inmediatamente las pruebas y escuchó las razones de las partes ha de ser quien inmediatamente después dicte personalmente la sentencia. Su par dialéctico es la mediación.

El principio de inmediación, expresamente reconocido como tal en el juicio oral (artículo 356.1 CPP), requiere, pues, un contacto directo, sin elemento interpuesto alguno, del juez con las partes y demás sujetos que intervienen en el proceso –estos, como regla, deben estar presentes y tener capacidad para obrar– [Casación n.° 09-2007/Huaura, FJ 2]. El sistema de audiencias, insustituible como espacio procesal de consolidación del principio de oralidad, desde las audiencias preparatorias, requiere el concurso de las partes que voluntariamente asistan, quienes deberán plasmar sus peticiones y alegaciones (artículo 8.2 CPP); desde el enjuiciamiento, en cuanto etapa principal del proceso común, la audiencia principal exige la presencia y participación obligatoria de ellas para su instalación, desarrollo y culminación, aunque con algunas excepciones menores (artículo 351.1, 3 y 4 CPP); y, desde la impugnación, las audiencias impugnativas imponen la presencia obligatoria de los recurrentes bajo sanción de inadmisibilidad del recurso, siempre que se trate de impugnación de sentencias o de la acción de revisión (artículos 423.3, 431.2 y 443.4 CPP). Es el denominado subprincipio de la asistencia.

La inmediación se expresa tanto desde una perspectiva subjetiva como de una objetiva. **1.** Desde la **perspectiva subjetiva,** importa la utilización inmediata por el juez de los medios de prueba. Los medios de prueban deben actuarse en presencia del juez. **2.** Desde la **perspectiva objetiva,** requiere que deban utilizarse los medios de prueba inmediatos –se ha de dar preferencia entre las pruebas las que se encuentran bajo su acción inmediata [ALSINA]–. Se debe emplear el medio de prueba que se refiera en forma más directa a los hechos (por ejemplo: testigo directo, en vez del testigo de referencia).

La inmediación, en esencia, se satisface con la utilización de procedimientos técnicos, como la videoconferencia, que permiten conectar la sala donde se celebra el juicio con otro lugar diferente donde se encuentra los testigos y peritos, y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo o perito estuviera allí físicamente presente (conforme: STSE de 05-10-01). Sin embargo, cuando se trata del imputado esa opción debe restringirse, en cuanto este no ofrece una posición pasiva como los testigos y peritos, sino que requiere de la asesoría constante de su abogado defensor, lo que debe asegurarse de uno u otro modo, además cuidar de respetar el principio de proporcionalidad, de urgencia y necesidad, de recurrir a ese método de comunicación electrónica (conforme: STSE n.° 678/2005, de 16-05-05).

La videoconferencia contribuye a la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal

entre dos o más personas geográficamente distantes, en tiempo real, otorgando con ello un diálogo personal y directo entre los intervinientes. Estas características permiten a dicho mecanismo tecnológico constituirse en una forma de entrelazar de manera real a los intervinientes en una audiencia judicial, contribuyendo a la celeridad del proceso, en aquellos casos en los que la distancia no solo conspira contra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable sino también con el adecuado ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, la videoconferencia no debe ser la regla general sino excepcional, en los términos que la ley procesal penal le asigna, y siempre que no impida la interacción directa, personal y cercana de un medio probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado. Existirán, por tanto, algunos casos en los que su uso deberá ser excluido por existir la necesidad de la presencia física de las partes, lo cual se deberá evaluar en el caso concreto. Así se ha pronunciado la STC n.° 2738-2014-PHC-TC, de 30-07-15.

De igual manera se debe considerar tres aspectos para la utilización de la videoconferencia: **(i)** la norma procesal penal no hace indispensable la presencia del condenado en la sala de audiencia de apelación cuando su defensa está igualmente garantizada; **(ii)** la norma procesal penal acepta como válida la utilización de la videoconferencia durante el juzgamiento en circunstancias excepcionales en "atención a la distancia", desde la cual deberá trasladarse al privado de libertad hasta la sala de audiencias (artículo 119-A.2 CPP); **(iii)** el uso de la videoconferencia contribuye con la celeridad de la justicia y no transgrede principios constitucionales (STC n.° 2738-2014-PHC-TC, de 30-07-15).

La inmediación es central cuando se trata de la actuación o práctica –recepción– del conjunto de las pruebas. Las razones son obvias: impresión fresca y directa, obtención de la verdad, posibilidad de defensa [Tiedemann]. En este ámbito es de destacar el hecho de que el juez debe presidir su ejecución y a él, por eso mismo, se le atribuyen incluso poderes de dirección (artículo 363 CPP). Le corresponde conducir y garantizar la regularidad del debate, intervenir puntualmente para que se logre el debido esclarecimiento de los hechos e, incluso, interrogar a los órganos de prueba cuando hubiera quedado algún vacío (artículo 375.4 CPP).

Esta exigencia también se proyecta a la expedición de la sentencia. La convicción judicial se ha de formar con lo visto y con lo oído en el juicio, y no con el reflejo documental del acto de prueba [Montero]. El juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con la previa observación directa y el consiguiente examen crítico del aporte probatorio que obtiene del acusado y de los medios de prueba. Es aquí donde radica la idea de eficacia en el nuevo proceso penal: esta será mayor

si el juez está presente ante el mayor conocimiento de la litis (inmediación formal) y, por ello, una más pronta respuesta judicial ante la inmediación practicada [MAGRO], a lo que se agrega que debe extraer los hechos de la fuente de prueba, por sí mismo, sin utilizar equivalente probatorio alguno, con las excepciones de la prueba documental, preconstituida y anticipada (inmediación material). Por lo demás, la inmediación dota de una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia y limita considerablemente su revisión impugnativa, la cual en este caso solo podrá analizar si los razonamientos y conclusiones son ilógicos, arbitrarios o contrarios a derecho –no puede entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o los testimonios prestados ante el juzgador–, o si la prueba invocada es inexistente o no tiene el resultado que se le atribuye, a menos que se trate de medios de prueba no sometidos a la percepción directa judicial, como es la prueba documental –se incluye la prueba documentada, preconstituida y anticipada– y, en algunos casos, prueba pericial (artículo 425.2 CPP).

Por lo demás, es de rigor desplazar definitivamente la viciosa concepción circular de la inmediación en la formación de la convicción judicial. La inmediación es, sin duda, una garantía, pero sólo de carácter instrumental, preordenada a hacer posible del contacto directo, una valoración racional de la prueba que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros [ANDRÉS]. El razonamiento de la prueba personal puede controlarse en casación desde las deducciones e inducciones que el juez de mérito puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral, dado de que no dependen sustencialmente de la inmediación, sino de la conexión del razonamiento que se debe fundar en las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y, en su caso, de los conocimentos científicos (STSE de 15 de Abril de 1989).

Un efecto del principio de inmediación es el principio de identidad personal del juez. Solo el que ha presenciado la actuación de la prueba y las alegaciones de las partes está en condiciones jurídicamente aceptables de deliberar y dictar sentencia. La regla, por tanto, es la imposibilidad de un cambio de juez en el curso de la audiencia. El CPP, sin embargo, acepta una excepción: en órganos jurisdiccionales colegiados solo se permite el reemplazo de un juez (artículo 359.2 CPP), aunque no impone un límite temporal (el artículo 269 del ACPP exigía que el cambio solo podía tener lugar hasta antes de finalizar la actuación probatoria, nunca después o en el curso de los alegatos). Es factible, entonces, el juez sustituto, pero el CPP no impone que este juez deba estar presente desde el inicio del debate oral, lo que de por sí oscurece la vigencia del principio de inmediación. Es imperativo, asimismo, bajo una perspectiva necesariamente restrictiva, reconocer que, por lo menos,

el cambio solo puede aceptarse hasta antes de la culminación de la actuación probatoria; el periodo de alegaciones sobre la prueba requiere ineludiblemente la presencia de todos los jueces para que, en parte, pueda tener lugar una deliberación en algo aceptable.

La utilidad de que el juez tenga delante al declarante es que podrá controlar que el interrogatorio se realice de la debida forma, admitiendo o rechazando las preguntas que se le formulen, o incluso planteando sus propias preguntas, así como también debe garantizar que el declarante sea respetado en su interrogatorio. La inmediación que proporciona la oralidad también es útil en la prueba documental, sobre todo en la fase de alegatos finales los abogados de las partes expondrán razonadamente sus interpretaciones sobre el documento. En esta fase el rol activo del juez es imprescindible, de suerte que las propuestas y valoraciones de las partes se discutan oralmente en el proceso, con iguales oportunidades para todos. Ello permitirá una debida motivación de la sentencia [Nieva]. Abandonar una posición de silente observador no importa en modo alguno incurrir en parcialidad. La imparcialidad se mantiene y se defiende de otras muchas formas entre ellas resolviendo el caso con objetividad y plena información, y no manteniéndose pasivo [Ramos Méndez].

La infracción de este principio, que es un valor en sí mismo y dada su esencialidad, con independencia de si su incumplimiento ha producido una merma en las facultades de alegar, contradecir y probar que están en la base del derecho de defensa, obliga a la nulidad del fallo y de las actuaciones probatorias, con la consiguiente repetición del juicio [Cortés].

11. Principio de concentración

Es consustancial a la oralidad la concentración de las actuaciones procesales, que supone que los actos procesales se celebran en unidad de acto, e importan su celebración en un plazo más breve. La oralidad, como es evidente, no se concilia bien con el orden sucesivo y espaciado de las actuaciones. El procedimiento oral exige la concentración de la actividad procesal entera –o de la mayor parte de ella– en una sola audiencia –que puede constar de varias sesiones–, donde se formulan las alegaciones y se practican las pruebas ante el juez –sin que a ello obste un orden determinado de actuaciones procesales y la efectiva dirección judicial–, a partir de cuya realización debe dictarse sentencia en el breve plazo de tiempo [De La Oliva]. La necesidad de una audiencia o de pocas audiencias próximas temporalmente entre sí es la principal característica exterior del proceso oral, y

propicia que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan finalmente en su memoria al momento de sentenciar [MONTERO].

La unidad del debate, en tanto expresión del principio de concentración, importa que los medios de ataque y de defensa, nuevos medios de prueba y contestaciones son posibles y deben tenerse en cuenta en cada momento del procedimiento. El CPP fija momentos precisos para las solicitudes probatorias tanto en el procedimiento intermedio como en el principal o juicio oral (artículos 350.1f, 373 y 385.1). Muy excepcionalmente podría aceptarse, aunque con serias dudas de su procedencia, una solicitud de prueba pese a su proposición tardía –la regla de caducidad del plazo dimana del artículo 144.1 CPP, estatuto procesal que no recoge la advertencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana, artículo 246.1, en el sentido que un requerimiento de prueba no puede ser rechazado por haber sido propuesto demasiado tarde– si se advierte su absoluta y especial necesidad, y desde luego si no tiene como finalidad demorar el proceso, más aún si se acepta como punto de partida el principio de unidad del debate, y no el de eventualidad, como fundamento del proceso penal.

La unidad de acto, típica del juicio oral, se plasma en los artículos 356.2 y 360.1 CPP: instalada la audiencia se sigue en sesiones continuas hasta su conclusión a través, en su caso, de sesiones sucesivas, las cuales tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del órgano jurisdiccional; solo se permite una suspensión de la continuidad de las sesiones de audiencia por razones legalmente previstas y hasta por un plazo de ocho días hábiles, que de transcurrir determina la interrupción del mismo y la repetición del juicio (artículo 360.2 y 3 CPP). Este modelo se reproduce, parcialmente y en lo pertinente, en las demás audiencias, tanto las preliminares y las de impugnación, como las de los procesos especiales y auxiliares (artículos 8.3 y 4, 345.3, 351.3, 424.1, 431.3, 443.5, 457.1, 462.3, 468.4, 484.5 y 521.4 CPP).

Aparte del procedimiento probatorio y del sistema de audiencias, este principio también propende a los plazos breves de los recursos: hasta diez días en el recurso de casación (artículo 414.1a CPP).

12. Principio de publicidad

El principio de publicidad, como se ha insistido, está íntimamente ligado con los principios de oralidad, inmediación y concentración; los cuatro, aisladamente, no pueden explicarse ni tendrían sentido. En la perspectiva del

código, su análisis integral es inevitable. La publicidad del proceso tiene una definida trascendencia constitucional (artículo 139.4 de la Ley Fundamental), que el CPP residencia en la etapa de enjuiciamiento (artículos I.2 TP, 356.1 y 357.1 CPP), aunque el artículo 10 de la LOPJ la circunscribe a toda actuación judicial, sin perjuicio de reconocer todas "las excepciones que la Constitución y las leyes autorizan". Rige, exclusivamente, para la parte más importante del proceso penal: el debate o enjuiciamiento (artículo 356.1 CPP), en tanto en cuanto lo tratado en él puede fundar la sentencia (artículo 393.1 CPP). Se proyecta al procedimiento, a las actuaciones procesales o debates y a la sentencia y, por todo ello, se constituye uno de los rasgos distintivos de la actuación de una justicia democrática, en el marco de un Estado constitucional [Siles Vallejo] y ayuda a alcanzar el proceso justo (STEDH Sutter, de 22-02-84). La publicidad es un ideal propio de todo régimen republicano de gobierno [Alvarado Vellaso].

Lo opuesto a la publicidad es el secreto. Se articula como una protección ante la arbitrariedad y el secreto, así como frente a influencias extrañas: justicia de gabinete. En tal virtud, cualquier persona, sin tomar en consideración origen, credo o grupo social o cultural, puede participar como oyente en los juicios. Ha de haber una pluralidad de plazas en el local de la audiencia. La intervención de la prensa es una exepción razonable al principio de igualdad, pues siempre se le debe reservar lugar. Para concretar la asistencia del público debe indicarse el lugar de juicio.

Este principio concierne al control de la justicia penal por la colectividad. Tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, mantiene la confianza de la comunidad en los órganos jurisdiccionales [Cordón Moreno]. En una democracia el soberano es el pueblo, en su nombre se imparte justicia y el juez es únicamente representante de la comunidad jurídica [Baumann]. Permite al *quisque de populo* que pueda saber que rige el imperio de la ley y que, bajo él, se aplica en igualdad a todos [Pedraz]. Consolida la confianza pública en la administración de justicia, fomenta la responsabilidad de los jueces y evita que circunstancias ajenas a la causa influyan en el órgano jurisdiccional y, con ello, en la sentencia [Roxin].

La etapa de investigación preparatoria está sujeta a su par dialéctico: la reserva (artículo 324.1 CPP), solo aceptable en clave de proporcionalidad –frente al claro mandato constitucional– en tanto pretende la salvaguardia del fin del proceso y también del derecho al honor, al facilitar las actuaciones de reconstrucción de los hechos, permitir el aseguramiento de los vestigios, de las pruebas materiales y de las pruebas futuras, así como para proteger de una difamación social injusta

a quienes en un momento dado pueden parecer implicados en hechos de apariencia punible sobre la base de indicios procedimentales y sospechas, que tal vez posteriormente se disipen [DE LA OLIVA]. Sin duda la función primordial de la reserva de la investigación preparatoria, razonable desde la perspectiva constitucional, es garantizar el éxito de la misma, evitando comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los participantes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba [GIMENO]. En consecuencia, el principio de publicidad no es aplicable a todas las etapas del proceso penal, sino tan solo al juicio oral y a la sentencia –y a su proyección en sede de impugnación–, pues únicamente referido a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad (STEDH Pretto y Axen, de 08-12-83, y Sutter, de 22-02-84); su falta está sancionada con la nulidad del juicio.

Diferente es el caso del secreto de la investigación preparatoria, permitida por el artículo 324.2 CPP. Esta medida, sin duda excepcional y de aplicación restrictiva, debe **(i)** justificarse razonablemente –por circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia– y, además –una vez cumplida su finalidad y en armonía con el derecho de defensa–, debe concederse a las partes, tanto **(ii)** la oportunidad de conocer el contenido de las actuaciones como **(iii)** la oportunidad posterior para contradecir las actuaciones practicadas durante la vigencia del secreto, y proponer y practicar prueba pertinente; en contrario, defenderse [RIFÁ/ RICHARD/ RIAÑO; SSTCE 13/1985, de 31-01-85, y de 04-10-88]. Empero, ha de tenerse presente que, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada (STEDH Foucher, de 18-03-97 y STC n.° 8696-2005-HC/ TC, FJ 8).

Desde la perspectiva del principio de igualdad, la principal ventaja que proporciona la declaración del secreto de la investigación preparatoria, en tanto produce de hecho un desequilibrio entre la Fiscalía y el imputado, es que restablece la igualdad que originariamente impidió el delincuente, quien, además, recupera todas sus posibilidades defensivas antes de abrirse el juicio –incluso, antes, en la etapa intermedia–, en el que disfrutará de todas las garantías [HORMAZÁBAL].

El principio de publicidad reconoce dos manifestaciones –así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Eisenstecken vs. Austria de 03-10-00, § 72–: **a)** su carácter técnico, al dirigirse a garantizar

un juicio justo o debido; y b) su carácter político, al destinarse a incrementar la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y al ejercicio del control social sobre la misma –de estricta sumisión del juez a la ley– [Escribano]. Ambas manifestaciones están referidas, sin duda, a la publicidad externa o general, pues la denominada publicidad interna, vinculada a las partes procesales, está circunscripta más bien al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal.

Se entiende por publicidad la preceptiva posibilidad de que cualquier ciudadano pueda acceder a la sala de audiencias para presenciar el acto procesal. Hoy en día, más bien, este principio se expresa en el acceso permitido a los medios de comunicación social, que se constituyen como una especial de "representantes" del público. Corresponde al órgano jurisdiccional crear las condiciones materiales apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia (artículo 358.1 CPP). Sobre el particular ha expuesto el Comité de Derechos Humanos de la ONU que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluso los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas [21: Periodo de sesiones, 1984].

La publicidad se extiende a las actuaciones del juicio, pero no comprende las deliberaciones del órgano jurisdiccional, que son secretas (artículo 392.1 CPP), pues el contenido de la sentencia es el resultado de la voluntad de la propia Sala o Juzgado Colegiado y no la suma de voluntades reflejada en una resolución judicial. Busca favorecer la debida tranquilidad, reflexión, maduración del fallo y, sobre todo, independencia e imparcialidad, en las decisiones judiciales, de manera que no se frustre la defensa que se haya realizado durante el proceso [Nieva]. Cabe aclarar que se preservan las discusiones sobre la decisión, pero no la decisión misma, que ha de publicarse al igual que los votos singulares o particulares.

La publicidad de las actuaciones procesales puede ser objeto de reserva o de celebración en privado –se excluye al público, no a las partes–, siempre que confluyan intereses constitucionalmente relevantes que es del caso proteger, vinculados al objeto debatido o a las partes que intervienen en la causa. La norma que lo permite (artículo 357.1-2 CPP) –se trata de una norma prevista, de entrada, para las actuaciones orales, pero se extiende también a las escritas [Nieva]– ha de interpretarse restrictivamente, dentro de los estrictos cauces que esta prevé y en la medida de lo puntualmente necesario, en correspondencia con su naturaleza excepcional. La decisión judicial que imponga la exclusión de la publicidad de la audiencia, que incluso puede ser de oficio, requiere de un procedimiento que

exija el contradictorio y dé una resolución especialmente motivada –motivación reforzada– que refleje el juicio de proporcionalidad correspondiente.

Las limitaciones, en primer lugar, están condicionadas a las posibilidades de espacio existente en la sala de audiencias –limitaciones fácticas–; en segundo, permiten la exclusión general por razones de salud del imputado (por ejemplo, anomalía síquica grave), cuando se discute determinadas circunstancias del ámbito personal de un participante procesal (integridad corporal, pudor, intimidad, secretos particulares, profesionales, comerciales o industriales), o cuando esté en riesgo la seguridad nacional o el orden público; por último, comprenden la exclusión de personas determinadas (menores de edad, personas que afecten el orden y el decoro del juicio).

Merece una especial acotación las razones de restricción de la publicidad referidas a la moral, el orden público y la seguridad nacional. Cuando se reconoce a la moral como causal específica, se comprende el conjunto de principios y reglas morales que una determinada sociedad reconoce como legítimas y vinculantes, siendo sus criterios básicos: respeto a la subjetividad humana, primacía de la libertad, tolerancia, pluralismo, culto a los derechos humanos, preocupación por quienes padecen necesidad, exaltación del papel del derecho, defensa de la organización democrática y solidaridad [CASTRO CID]. En relación a la seguridad nacional debe ponderarse, desde una perspectiva de seguridad democrática, los intereses del Estado para garantizar los bienes jurídicos que le están encomendados y el respeto de los derechos humanos (Defensoría del Pueblo, octubre de 2000). Con referencia al orden público se hace mención al conjunto de condiciones organizativas y de funcionamiento de la sociedad que garantizan un desarrollo de la vida social en el que esté asegurada la realización ordenada, tranquila y pacífica de los derechos que corresponden a los ciudadanos [CASTRO CID/SILES VALLEJOS].

La sentencia no está sujeta a secreto, siempre ha de ser dada públicamente, salvo el caso excepcionalísimo de intereses de menores en conflicto (artículo 357.5 CPP). La forma de publicidad de la sentencia, sin duda, puede variar según el ordenamiento jurídico. El CPP, en cuanto a las sentencias de apelación, casación y de revisión, exige su lectura en audiencia pública (artículos 425.4, 431.4 y 443.5 CPP), aunque muy bien en estos casos, muy distintos, por cierto, a la sentencia de primera instancia sometida absolutamente al régimen de publicidad, el fundamento de la publicidad: asegurar el control del Poder Judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo, se consigue también con el

depósito de la sentencia en un registro que permita a cualquiera el acceso al texto íntegro de la misma (STEDH Pretto, de 08-12-83).

III. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

1. Definición y alcance de las garantías procesales penales

Definido y precisado el ámbito de los principios procesales, resta ahora determinar otras dos categorías que ya se han resaltado inicialmente: garantías constitucionales y derechos fundamentales procesales. Ambos son términos equivalentes en cuanto a sus efectos, pues los derechos fundamentales procesales deben concebirse como garantías a favor de las personas frente al poder en función al cual se construye todo el sistema jurídico [Carocca], por lo que pueden denominarse: derechos-garantía [Torres Del Moral].

Entender los derechos fundamentales como garantías los hace verificables y permiten exigir su observancia [Ramos Méndez]. Las garantías procesales pueden concebirse como los medios o instrumentos procesales que brinda el ordenamiento –la Constitución concretamente– para efectivizar los derechos [Calvinho], con el fin de que los derechos fundamentales materiales puedan hacerse valer con eficacia [Gimeno]. Son, en suma, medios de protección de la persona que hacen referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas institucionalizadas bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traduce, para el ciudadano, en el derecho a no ser intervenido en el ejercicio de su libertad; y, para el Estado y sus agentes, en que solo efectuarán una limitación al entorno jurídico de las personas si la ley lo habilita [Andrés]. Se erigen, por consiguiente, en parámetros de legitimidad del proceso.

Los derechos-garantía son, entonces, cláusulas constitucionales que definen los ámbitos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto del proceso, el régimen de actuación de las partes, así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia. Su finalidad es doble: **a)** imparcial aplicación del derecho, por lo que pretende evitar la obtención de la verdad a cualquier precio; y **b)** evitar situaciones de indefensión y violación de derechos fundamentales materiales.

Cabe, por otro lado, diferenciar esta noción del concepto de "Garantías de la Constitución", que hacen mención a los resguardos del propio texto constitucional [Lavagna]. Las garantías de la Constitución se concretan, de un lado, en el principio de supremacía constitucional (artículos 51 y 138, § 2, de la

Constitución); y, de otro, en los procesos constitucionales tanto de protección de derechos fundamentales como de control constitucional de la legalidad (artículo 200 de la Constitución). Es así, que si bien el título dedicado a estos últimos y al Tribunal Constitucional –el Quinto– lleva por nombre "garantías constitucionales", debió denominarse "Garantías de la Constitución".

2. Clasificación de las garantías procesales

Si se toma en cuenta las normas constitucionales que garantizan las reglas procesales que inciden en los derechos procesales de las personas, entonces se debe distinguir entre garantías genéricas y garantías específicas [MONTERO]. Las primeras son reglas generales, polivalentes, que inciden en el ámbito general o integral del proceso, además se proyectan a todas las etapas del proceso. En algunas ocasiones refuerzan el contenido de las garantías específicas y, en otras, incluyen determinadas garantías que no fueron formalmente incorporadas en la Constitución. Las garantías específicas son reglas puntuales, circunscriptas a una institución procesal o a un ámbito preciso del proceso.

Son cuatro las garantías genéricas del proceso penal: **1.** Debido proceso (artículos 139.3 de la Constitución, I y III TP del CPP, I TP del CPC y 7 LOJP). **2.** Tutela jurisdiccional (artículos 139.3 de la Constitución, I TP del CPC y 7 LOPJ). **3.** Defensa procesal (artículos 139.14 de la Constitución y IX TP del CPP). **4.** Presunción de inocencia (artículos 2.24.e de la Constitución y II TP del CPP). Estas proporcionan cobertura y fundamento a cualquier pretensión frente a toda actuación que traspase los límites constitucionales [CORDÓN].

Este conjunto de garantías genéricas, señala FERRAJOLI, puede ser reconducidos a cuatro axiomas que se pueden expresar en latín de la siguiente forma: **(i)** *nulla culpa sine iudicio,* **(ii)** *nullum iudicium sine accusatione,* **(iii)** *nulla accusatio sine probatione* y **(iv)** *nulla probatio sine defensione.*

Las garantías específicas del proceso penal son numerosas, tales como la motivación de las resoluciones, juez legal, pluralidad de la instancia, interdicción de la condena en ausencia, *ne bis in idem* procesal, conocimiento previo de los cargos penales, prohibición condicionada de incomunicación, inmunidad, acusación constitucional, aforamientos, etc. (artículos 139, 2.24, 93, 99, entre otros, de la Constitución). Muchas de ellas, como luego se verá, integran el contenido constitucionalmente garantizado de determinadas garantías genéricas, como es el caso, por ejemplo, del derecho al juez legal, pluralidad de la instancia o interdicción de la persecución penal múltiple, respecto del debido proceso; el

conocimiento previo de cargos respecto de la garantía de defensa procesal; o la motivación judicial sobre la garantía de tutela jurisdiccional.

3. Garantía del debido proceso

3.1. Concepto y alcances

Cabe calificar esta garantía, prevista originariamente en la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, con antecedentes desde la Carta Magna inglesa de 1354, como la más genérica de todas las garantías procesales constitucionalizadas por la Ley Fundamental, deducible, por lo demás, del principio del Estado de derecho [Hass] –es una institución que forma parte de la noción de Estado de derecho–. Integra el debido proceso todo aquel conjunto de normas que sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un proceso o cuyo incumplimiento ocasiona graves defectos en la regularidad, equitativa y justa, del procedimiento (artículo 8 CADH). Indica, básicamente, las condiciones mínimas del desenvolvimiento del proceso en los marcos fijados por la Constitución, en cuya virtud el Poder Judicial debe actuar de acuerdo con las reglas preestablecidas y que aseguren, ampliamente la participación de las partes en la solución de las controversias puestas en su conocimiento [Scarpinetta]. A su extrema vaguedad o amplitud, se une su carácter residual y subsidiario, pues es una garantía-síntesis que está destinada a compensar todos aquellos ámbitos que no son abarcados por garantías más específicas. Se erige, por tanto, en una especie de "cajón de sastre" en el que tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no pueden ser subsumidos en los demás derechos del artículo 139 de la Constitución y especialmente en los derechos a la tutela jurisdiccional, de defensa y a la presunción de inocencia [Gimeno]. Su debida conceptualización parte, desde luego, de la forma cómo la Ley Fundamental ha disciplinado los derechos procesales constitucionales, por lo que es del caso asumir esta premisa para evitar citar fuentes extranjeras sin apoyo en nuestro ordenamiento.

En este perspectiva, sostienen Bustos/Hormazabal, que el proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo-Estado y, por lo mismo, el lugar mas idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en él están en juego sus derechos y libertades. Justamente por ello el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía. Estas condiciones especiales se formulan bajo la garantía del proceso debido.

Así las cosas, es de entender por *debido proceso*, en cuanto garantía contra el ejercicio abusivo del poder público, aquel instrumento de la jurisdicción que incorpora, esencialmente, un conjunto tanto de presupuestos institucionales que definen y ordenan la actividad jurisdiccional como de requisitos que implican la necesaria presencia de un juez independiente, objetivo e imparcial, y el cumplimiento efectivo, para la debida satisfacción de las pretensiones y resistencias, de los principios o máximas de igualdad, acusatorio, libre valoración de la prueba, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, en los marcos de un ordenamiento procesal legalmente previsto. El debido proceso es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial e independiente) [ALVARADO VELLOSO]. En atención a su contenido complejo, esta garantía incorpora relevantemente seis derechos-garantía específicos de primer orden, como el juez legal, el juez imparcial, el plazo razonable o interdicción de las dilaciones indebidas, el *ne bis in idem* procesal, el doble grado de jurisdicción y la legalidad procesal penal.

En los Estados Unidos se concibió, además, una dimensión sustancial del debido proceso, de modo tal que un proceso será debido, más allá de la observancia de las exigencias formales, siempre que genere decisiones –que trasciende lo meramente jurisdiccional y abarcan la elaboración del derecho en su conjunto– sustancialmente debidas, que por ejemplo en Brasil, se entiende como la incorporación en las decisiones de las reglas, los principios o postulados de proporcionalidad y razonabilidad [DIDIER], y en Estados Unidos de América que el derecho material ha de regular las relaciones sociales según los marcos prefijados o informados por los valores preconizados por la Constitución.

Ya se han estudiado los principios procesales y procedimentales de dualidad, igualdad de armas, acusatorio, libre valoración de la prueba, oralidad, publicidad, inmediación y concentración. Por consiguiente, es del caso abordar aquellas garantías específicas que necesariamente están integradas en el debido proceso, a partir del cual logran pleno sentido.

3.2. Juez legal

El *derecho al juez legal* es una garantía más de la jurisdicción y de los órganos que la integran, cuya titularidad corresponde a todos los sujetos jurídicos. Persigue asegurar, desde una perspectiva abstracta, la independencia e imparcialidad de los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y evitar, desde una perspectiva

concreta, la manipulación de la organización de los tribunales para asegurar un determinado resultado del proceso [Ortells/Bellido] y garantizar la "neutralidad" judicial a fin de que en la dilucidación del caso solo esté presente el interés de la correcta impartición de justicia [Asencio].

Por imperio del artículo 139.3 de la Constitución, el juez legal es una garantía que está anclada (a) en la predeterminación legal del órgano jurisdiccional –atribución de su competencia–; (b) en el carácter ordinario del órgano jurisdiccional dentro del ámbito del Poder Judicial –organización de los tribunales (artículo 139.1)–; (c) en la predeterminación legal del procedimiento que ha de seguirse para dilucidar la imputación y, finalmente, (d) en la prohibición de órganos judiciales de excepción o de comisiones especiales destinados a un caso específico.

A final de cuentas, evitando la manipulación en la Constitución, conformación y debida adscripción del órgano jurisdiccional, lo que se busca es que el juez, al momento de solucionar un conflicto, no pueda tener otro norte que la aplicación del derecho reclamable al caso concreto, con arreglo al sistema de fuentes preestablecido y, dentro de él, con estricta observancia del principio de jerarquía normativa [Gimeno]. El juez está sometido a la Constitución y a la ley, pero no a cualquier ley, sino a la ley constitucional, al punto que se le reconoce la facultad, más bien la obligación, del control constitucional difuso [Cubas].

El juez penal, primero, debe integrar el Poder Judicial –existe un monopolio jurisdiccional de imposición de penas (artículos 139.10 y V TP del CP)–, y como tal, creado por Ley Orgánica y establecido, por lo menos genéricamente al definir su ámbito de conocimiento, por la LOPJ (artículo 143 de la Constitución), con cargo a que las leyes pertinentes –el CPP– la concreten de manera más definida. A esta lógica responde la organización del conjunto de órganos jurisdiccionales penales, conforme a lo dispuesto en los artículos 138 y 139.1 de la Constitución. No se opone a esta previsión constitucional, desde luego, las normas orgánicas que autorizan al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial crear, suprimir distritos judiciales, reubicar salas y juzgados, aprobar la demarcación de distritos judiciales y modificar sus ámbitos de competencia territorial (artículo 82.24-25 LOPJ) y la disposiciones del artículo 24 CPP a diseñar un sistema específico de organización territorial y judicial para el conocimiento de delitos graves (artículo 24 CPP), por cuanto no alteran la propia existencia de la jurisdicción penal ordinaria ni permiten adscribirles ámbitos jurídicos que no le corresponden.

La ordinariedad del juez penal, en todo caso, no se opone a la especialidad de sus funciones, solo excluye a la excepcionalidad del órgano jurisdiccional o de la entidad que deba conocer del caso –juez ordinario no se opone a juez especial (determinado por la ley para el conocimiento de ciertas materias concretas de manera estable y clara); sí en cambio, a juez u órgano excepcional [DE LA OLIVA]–. Por otro lado, están prohibidos los jueces *ad hoc* –designados con posterioridad para el conocimiento de un caso o grupo de casos–; consecuentemente, la ley que defina el conocimiento de un caso ha de ser general y abstracta, esto es, comprender una pluralidad de casos por concurrir en ellos ciertos caracteres fijados por la ley –generales y concretos, excluyendo la apreciación determinante de apreciaciones discrecionales–; no puede limitarse a un caso singular y concreto [ORTELLS/ BELLIDO]. El principio de igualdad, que prohíbe la incorporación en la institucionalización del juez de criterios discriminatorios –que no es el caso, por ejemplo, de los aforamientos en la medida en que tiendan a preservar la independencia y libertad en el ejercicio de poderes y funciones de relevancia constitucional, así como a proteger las funciones de interés colectivo–, debe respetarse en todo momento [ASENCIO].

El juez penal, asimismo, y conjuntamente con las referidas notas de judicialidad y ordinariedad, debe ostentar la de predeterminación legal. El órgano jurisdiccional ha de preexistir al hecho objeto de conocimiento, motivador del proceso penal. Empero, ante situaciones objetivamente trascendentes, siempre que no afecten la independencia judicial y la neutralidad en la decisión de los asuntos que deba conocer –no entrañen, en suma, una manipulación del órgano jurisdiccional–, es posible excepcionarla, tal como se ha expuesto, se asuma en su configuración criterios objetivos de atribución, que no vulneren los principios de independencia y, esencialmente, de igualdad. Este fue el caso, aceptado por el Tribunal Constitucional, de la configuración ulterior de los modelos de organización judicial especializados, cuyos juzgados y salas adscritas asumieron el conocimiento de los delitos de terrorismo y de corrupción cometidos con anterioridad a su institucionalización.

La predeterminación legal alcanza a los criterios de adscripción competencial. La definición del alcance de la competencia genérica, objetiva, funcional y territorial es sustancial en la medida en que la competencia penal es improrrogable (artículo 17 CPP), y se erigen en un auténtico presupuesto procesal, cuyo cumplimiento ha de ser vigilado de oficio por los órganos jurisdiccionales y su infracción acarrea una nulidad radical e insanable [GIMENO], salvo el caso,

previsto legalmente, de la competencia territorial, cuya vulneración, desde esta garantía, no trae aparejada la nulidad de actuaciones (artículo 25 CPP).

Las normas de reparto de causas, cuando existen varios órganos de la misma categoría en el mismo ámbito territorial, que solo requiere de decisiones gubernativas del Poder Judicial (por ejemplo, artículo 82.18 LOPJ), por no afectar la competencia objetiva, funcional y territorial, atento al fundamento de esta garantía, deben sujetarse a criterios objetivos, no discrecionales, sin posibilidades de arbitrariedad. En tanto, cuando se trata del juez-persona, titular del individual o colegiado órgano jurisdiccional competente objetiva, funcional y territorialmente, no solo ha de seguirse el criterio legal y reglamentariamente previsto –evitando la modificación arbitraria de su composición y asegurando la idoneidad del juez–, sino que ha de asegurarse su independencia e imparcialidad.

Desde luego, todo quebranto de las normas de competencia no determina la vulneración del juez legal o natural. El criterio del que debe partirse es el de arbitrariedad; por tanto, se afecta esta exigencia básica cuando la determinación del juez que juzga se toma sobre la base de consideraciones no neutrales o evidentemente insostenibles. Esta garantía exige que en la organización interna de los tribunales se establezcan criterios objetivos de distribución de los asuntos, a fin de evitar manipulaciones en lo relativo al tribunal que le corresponde el conocimiento de un asunto [Llobet].

3.3. Juez imparcial

Dos planteamientos preliminares en torno a esta institución. Primero, junto a las dos categorías de normas procesales ya examinadas: normas orgánico-procesales y normas funcional-procesales, se tiene otras normas que son procesales y orgánicas al mismo tiempo; son procesales porque regulan la actividad procesal del órgano jurisdiccional y de las partes, y son orgánicas porque inciden sobre la constitución del órgano jurisdiccional. Un ejemplo claro de ellas son las normas que garantizan la apariencia de imparcialidad de los miembros del órgano jurisdiccional, tipificando una serie de causas o supuestos que pueden motivar la inhibición o abstención del sujeto o la recusación por las partes (artículos 53–59 CPP).

Segundo, la independencia es una garantía básica de los jueces, en cuya virtud tienen plena libertad de decisión en la interpretación y aplicación del sistema de fuentes, sin que nadie puede inmiscuirse en su actuación para influir o condicionar sus resoluciones. Una de las salvaguardas de la independencia del juez

es la **imparcialidad** –junto con la inamovibilidad, el sometimiento a la Constitución y a la ley, y la responsabilidad penal, civil y disciplinaria–. La independencia judicial es instrumental respecto de la imparcialidad que, en realidad, es el fin perseguido por las garantías en que aquella se manifiesta. El ordenamiento, para garantizar la imparcialidad del juzgador, establece una serie de causas que pueden relacionarlo con los sujetos o con el objeto del asunto sometido a su conocimiento y cuando concurren le impiden que conozca, debiendo de ser sustituido por otro [VALENCIA MIRÓN].

El juez, en primer lugar, ha de ser independiente **(i)** del resto de poderes del Estado y de sus superiores jerárquicos –recuérdese que si bien el Poder Judicial tiene una organización piramidal en función del sistema de recursos, es una institución "ajerárquica", pues no existen jueces inferiores en rango a otros en lo que respecta al cumplimiento de la propia función, que lo es siempre en régimen de total independencia [ASENCIO]–, así como **(ii)** frente a la sociedad y los intereses objetivos –para lo cual existe el régimen de incompatibilidades y de prohibiciones– (STC n.° 2465-2004-AA/TC). El juez también ha de ser independiente **(iii)** frente a las partes y al objeto litigioso, es decir, el juez como titular de la potestad jurisdiccional, que exige un tercero neutral "supra partes", no ha de tener la calidad de parte en el proceso –imparcialidad– y su juicio ha de estar determinado solo por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto –desinterés subjetivo: alienidad judicial– (artículos 14.1 PIDCP y I.1 TP CPP). La imparcialidad es considerada como un elemento básico para poder afirmar que el acusado ha tenido un proceso justo (STEDH Delcourt, de 17-01-70), que por cierto se extiende a todo tipo de procesos. La sociedad, además, ha de tener la sensación de que efectivamente sus jueces son imparciales.

Tres son los factores de esta garantía de la función jurisdiccional: neutralidad –el juez no puede ser parte en litigio en el que actúa–; desinterés o imparcialidad en sentido estricto –el juez, desde la posición de tercero, debe ser ajeno tanto a los sujetos que intervienen en el proceso como al mismo objeto litigioso– y ausencia de prevención en el juez que ponga en duda su ecuanimidad al momento de juzgar [CORDÓN MORENO]. La independencia alude al momento jurisdiccional; mientras que la imparcialidad se refiere al momento procesal, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional, la cual supone la garantía dirigida al justiciable tendente a lograr la objetividad de la resolución jurisdiccional para el caso concreto [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

La imparcialidad tiene un carácter decididamente subjetivo pues está en función a la presencia de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función por el juez en un caso determinado (Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, sentencia de Corte IDH de 05-08-08). Lo que hace la ley es objetivar y, como tal, establecer una relación de situaciones que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales el juez se convierte en sospechoso de parcialidad –causas de inhibición y recusación, que inciden en la capacidad subjetiva del órgano jurisdiccional–. Solo ha de probarse el hecho determinante del motivo legal preestablecido, que traduce una regla de experiencia en forma legal: sospechas objetivamente justificadas –exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos– que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa. Es insuficiente que las sospechas surjan en la mente de quien cuestiona la imparcialidad del juez, deben tener un grado de consistencia objetiva que permita afirmar su legítima justificación. En esa línea se orienta el artículo 53 CPP, que siguiendo a Moreno, se agrupa en tres grandes conceptos: **a)** razones de parentesco o situaciones asimiladas, **b)** razones de amistad o enemistad, y **c)** razones de incompatibilidad, interés o supremacía, cuya interpretación, a partir de su carácter taxativo –que no admite interpretación extensiva o analógica–, ha de ser flexible, en la medida en que se destaquen aspectos subjetivos que puedan hacer parecer parcial al juez [Escribano].

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace mención a dos modalidades de imparcialidad: subjetiva y objetiva (SSTEDH Piersack, de 01-10-82, y De Cubber, de 26-10-84). La primera autoriza apartar a un juez cuando existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar, con fundamento, que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Se reconoce una presunción de imparcialidad subjetiva, entonces, debe demostrarse lo contrario. La STEDH Morel, de 06-06-00, precisó que esta imparcialidad subjetiva trata de determinar la convicción personal de un juez concreto en un asunto determinado, a la vez que añadió que la imparcialidad se presume hasta que se pruebe lo contrario (STEDH Kyoruanou, de 15-12-05). Desde la STEDH Hauschildt, de 24-05-89, el examen que ha de hacerse es de carácter objetivo-concreto; en un primer nivel rige la teoría de la apariencia y, en un segundo nivel, el determinante, rige el análisis concreto del ordenamiento jurídico y del caso en particular –es el método del caso por caso–.

En la imparcialidad objetiva importa la concurrencia de garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima, objetivamente fundada o legítima, de la imparcialidad del juez, para lo cual son importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico (SSTEDH HAUSCHILDT, de 24-05-89, y Lindon y otros, de 2007). En este rubro se encuentra, por ejemplo, la realización de actos de investigación relevantes (STEDH PIERSACK, de 01-10-82), que suponen la exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad o el pronunciamiento de un tribunal en oportunidad anterior sobre los hechos debatidos (SETDH Ferratelli y Santangello, de 07-07-96) –el Tribunal en estos casos expresó un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado–. No se asumen como criterios que denotan una pérdida de imparcialidad objetiva la emisión de decisiones que tienen una naturaleza de mero carácter preparatorio, aunque influyan en la fijación de la fecha de la audiencia preliminar en fase de investigación y, en todo caso, siempre que no exteriorice una seria creencia acerca de la culpabilidad del imputado (STEDH SARAVIA E CARVALHO, de 16-12-92). –Lo que importa es la extensión y naturaleza de las medidas adoptadas por el juez antes del juicio (STEDH Fey, de 24-02-93)–. Lo objetivo trata de determinar, independientemente de la actitud personal del o de los jueces, bien si existen hechos objetivos que autoricen a poner en duda la imparcialidad de alguno de aquellos, bien de asegurar que existen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre esa imparcialidad. Las apariencias, desde luego, tienen importancia, aunque no son definitorias.

Nuestro Tribunal Constitucional, tomando como ejemplo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (STC n.° 145/1988), siguió un criterio de clasificación diverso, según el cual lo subjetivo dice de las sospechas de indebidas relaciones con las partes, mientras que lo objetivo comprende la relación con el objeto del proceso (STC n.° 004-2006-PI/TC). Lo determinante para que pueda apreciarse pérdida de la imparcialidad objetiva es que el auto dictado por el Tribunal sentenciador comporte un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del procesado –si la participación de un Tribunal Superior implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad, que no deja margen para una nueva decisión sin prejuicios sobre el fondo de la causa, entonces, se produce un supuesto de falta de imparcialidad objetiva [MARCHENA GÓMEZ]–. No será del caso si se trata de un pronunciamiento sobre la libertad del imputado siempre que fuera a pedido de parte y previo trámite contradictorio (SSTEDH HAUDSCHILDT, de 24-05-89, y Saint Marie, de 16-12-92), o si son distintos los datos objeto de examen y el juicio de fondo requiere una constatación de diferente intensidad (STEDH NORTIER, de 24-08-93), o que un

Tribunal Superior se limitó a controlar la corrección formal del derecho aplicable, o, finalmente, que el tribunal *ad quem* se limita a verificar la regularidad y lo ajustado a derecho de lo acordado por el juez de primera instancia (Calderón Cerezo).

Por último, cabe aclarar que la imparcialidad, sin embargo, no debe comportar la pasividad del juez y su subordinación plena a la iniciativa de las partes. Garantizar la neutralidad del juez en el litigio no recusa el deber que tiene de colaborar activamente en la búsqueda de la verdad para no sancionar injusticias. En la actividad probatoria, el juez penal tiene reconocido el principio de oficialidad y, por ello, se justifica la actuación de prueba de oficio, el cual no impide el pleno ejercicio del derecho de defensa de las partes. El interés público que informa el proceso penal fundamenta que no puede dejarse a la disponibilidad de las partes la actividad probatoria, no existe relación de dependencia entre la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio, y los derechos de defensa y a un juez imparcial [Cordón Moreno].

Resta afirmar que, precisamente, para garantizar la institución del juez imparcial el ordenamiento procesal prevé la inhibición o excusa y la recusación. Éstas son instituciones que persiguen alejar de la causa a un juzgador que, pese a revestir las características establecidas por la ley, está inmerso en aquellas circunstancias ya indicadas –referentes a su relación con las partes o con la materia objeto del proceso, que hacen temer de manera fundada un deterioro de su imparcialidad– [Hormazabal].

3.4. Plazo razonable

Se trata de una garantía claramente reconocida en los artículos 14.3c PIDCP y 8.1 CADH y I.1 TP del CPP. El derecho al plazo razonable no solo corresponde al imputado y al proceso penal, se extiende a todo sujeto del derecho y a todos los procesos jurisdiccionales. La fórmula internacional es clara: "Toda persona tiene derecho a ser oída [...] dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal [...] en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Este es su ámbito de protección (STC n.° 618-2005-HC/ TC, FJ 10). La impartición de justicia, por un lado, no debe sufrir tardanzas injustificadas y jurídicamente indisculpables [De La Oliva]; y, por otro, no puede impartirse con una rapidez irrazonable, al punto que la STEDH Makhif Abdemmazack, de 19-10-04, hace mención del derecho a un juicio sin prisas excesivas.

Es un derecho-garantía autónomo, aunque ligado directamente al debido proceso y, también, a la garantía de tutela jurisdiccional, cuya invocación, vista su relevancia constitucional, debe hacerse de oficio [LOZANO MIRALLES]. La autonomía de este derecho-garantía se sustenta, formalmente, en su propia proclamación como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, materialmente, en el tiempo como condición ineludible o exigencia objetiva de una debida impartición de justicia –es el derecho a que el proceso jurisdiccional se ajuste en su desarrollo a adecuadas pautas temporales–, en el entendido que la lenta tramitación procesal merma los legítimos derechos de los justiciables para que rápidamente puedan conocer el resultado de una acusación o dilucidar en sede judicial sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Tiene una doble faceta: **a)** *prestacional*, que consiste en el derecho de las personas a que el órgano jurisdiccional cumpla con impartir justicia con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones que eviten su efectividad; y **b)** *reaccional*, que consiste en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones [LANZAROTE].

La jurisprudencia del TEDH ha sido muy clara respecto de esta garantía. Su fundamento descansa –desde las SSTEDH Wemhoff, de 27-06-68, ROBINS, de 23-09-97, y Estima Jorge, de 21-04-98– en la necesidad de evitar que los acusados permanezcan largo tiempo bajo la implicación de una acusación, pues este **a)** debilita y atenúa los sentimientos de reprobación social que el delito imputado suscitó cuando se perpetró, **b)** puede dar lugar a que el castigo impuesto puede serlo a una persona muy distinta de la que cometió el delito, y **c)** la angustia generada por la dilación del proceso, por los perjuicios anormales que ella acarrea y que no le son imputables, constituye una suerte de *poena naturalis*.

Varios son los criterios para determinar la vulneración del plazo razonable, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha de concretarse en cada caso [ASENCIO]. Se parte, en principio, de dos requisitos genéricos: **1.** Existencia objetiva de una dilación; **2.** Carácter indebido de la dilación. Por dilación habrá de entenderse el incumplimiento de los plazos y términos preestablecidos, que desde ya da lugar a una objetiva infracción y obliga al órgano jurisdiccional, atento al principio de impulso oficial, a vigilar y subsanar en su caso –a cada acto procesal debe corresponder un plazo para su realización, integrado dentro de lo que el legislador interpreta en abstracto como razonable y apropiado a los efectos que ha de producir [ASENCIO]–. Lo indebido de la dilación, empero, es el punto decisivo para su estimación y para anudarle los efectos jurídicos correspondientes

[Gimeno], lo que requerirá para su consideración de tal que afecte a valores constitucionales (STCE 10/1997, de 14-01-97). El derecho del justiciable a un proceso sin dilaciones indebidas ha sostenido, por ejemplo, la STCE n.° 324/94, supone correlativamente para el juez, no la sumisión al principio de celeridad, sino la exigencia de practicar los trámites del proceso en el más breve tiempo posible en atención a todas las circunstancias del caso. El retraso será indebido solamente cuando no existe justificación posible para su acaecimiento, dentro de unas condiciones normales de medios y de eficiencia. Al contrario, si los medios son defectuosos, la dilación indebida puede aparecer; desde luego, existe siempre que el juzgador no ha observado la debida diligencia [Nieva].

En materia penal, la forma de computar el plazo parte desde el instante en que una persona se encuentra imputada o, con mayor, propiedad, desde la apertura de investigaciones preliminares, fecha anterior al inicio del proceso formal (STEDH Dewer, de 27-02-68) y, en casos especiales, como el proceso contra aforados, desde la fecha de la solicitud del levantamiento de la inmunidad (STEDH Frau, de 19-02-91). El periodo a considerar abarca el procedimiento en su conjunto, incluyendo el periodo recursal (STEDH Motta, de 19-02-91; SCIDH Suárez Rosero, de 12-11-97).

La STEDH Wemhoff, de 27-06-68 señaló que se trata de un término –lo razonable del plazo– falto de precisión –de contenido indeterminado–, de suerte que su concreción obedece a las circunstancias particulares de cada caso –es el denominado: criterio de circunstanciabilidad–, en cuya lógica debe atenderse tres elementos: duración concreta de la causa, paralizaciones existentes y comparación de la duración de la causa con la de otras similares. Las SSTEDH Papazafiris y Ziadik, de 23-01-02 y 07-01-03, respectivamente, han insistido en una evaluación propia de lo que se denomina "márgenes ordinarios de duración del proceso tipo" –que las SSTCE n.° 5/1985 y 81/1983 han precisado que debe atenderse no tanto al estándar normal de duración de cada proceso según rendimiento de la administración de justicia como al estándar normal de duración de cada proceso según su configuración legal–. En igual sentido se pronunció la STEDH Köning, de 27-06-78. Los parámetros, objetivos y subjetivos influyentes, que será de rigor tomar en cuenta son (SCIDH Genie Lacayo, de 29-01-97) los siguientes:

A. **Carácter y complejidad del proceso.** La dificultad de la materia litigiosa tanto en las cuestiones de hecho –necesidad o no de prueba compleja o de difícil obtención o actuación– como de derecho, o las propias deficiencias del ordenamiento, será del caso tomar en cuenta como primer factor de apreciación (STEDH Zinmmermann y Steiner, de 13-07-83). Un primer

dato a tomar en cuenta será sin duda el estándar medio o el margen ordinario de duración de los procesos del mismo tipo y las consecuencias de la demora judicial (SSTEDH Köning, de 10-03-80, y Capuano, de 25-06-87). También la gravedad de los hechos objeto del proceso penal abona a la medición de lo indebido de la dilación

B. **Conducta procesal del supuesto afectado.** Todas las partes tienen la carga de colaborar al normal desarrollo proceso, de suerte que, de un lado, ha de indagarse si se utilizó abusivamente prácticas o tácticas dilatorias, de las que se valió para dilatar la tramitación de la causa (STEDH H vs. Reino Unido, de 08-0787) –no para una eficaz defensa de sus intereses (STEDH Poiss, de 23-04-87)–; y, de otro, apreciar si medió pasividad de su parte y no instó en modo y forma oportuna la supresión de las dilaciones y la finalización del proceso. Factor concurrente que es de apreciar es el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, puesto que el impacto no es el mismo.

C. **Comportamiento de las autoridades judiciales.** El juez debe conducir el proceso con la máxima diligencia, evitando que se produzcan tiempos muertos y demoras. El incumplimiento puede venir de la inactividad judicial que injustificadamente deja transcurrir el tiempo sin impulsar el proceso, o de la sobrecarga de trabajo –que no constituye una explicación válida o efecto justificante que niegue lo indebido de la dilación, pues corresponde al Estado organizar el sistema judicial de manera que se cumpla el plazo razonable en la dilucidación de las causas (SSTEDH Quiles Gonzáles, de 12-11-97; y Mezger, de 31-05-01)–. Es del caso, sin embargo, diferenciar una sobrecarga temporal y excepcional, de una de carácter estructural; la primera es disculpable siempre que se tomen, con la debida prontitud, las medidas reparadoras pertinentes (STEDH Milasi, de 25-06-87) y sean adecuadas y eficaces (STEDH Martins Moreira, Sanders y B vs. Austria, de 26-10-88, 07-07-89 y 28-03-90, respectivamente). Tanto las conductas omisivas del juez como las activas –instar trámites que ocasiones un alargamiento innecesario del proceso– tienen entidad para vulnerar este derecho-garantía. El retraso también puede provenir de autoridades no judiciales, como las penitenciarías, incluso legislativas y del Poder Ejecutivo (SSTEDH Martins Moreira, Capuano y Moreira de Azevedo, de 26-10-88, 25-06-87 y 23-10-90, respectivamente).

La doctrina ha ensayado una serie de soluciones a los efectos de la conculcación del plazo razonable: inejecución de condenas, nulidad de las actuaciones –solución procesal que tiene como consecuencia el sobreseimiento–, cuasiprescripción, indulto, atenuante en vía de individualización de la pena –solución de la medición judicial de la pena– e indemnización –esto último, en cuanto supone un anormal funcionamiento de la administración de justicia– Tal vez, ante la ausencia de norma expresa que resuelva el punto, lo más aconsejable, como ha sido la pauta de la Corte Suprema de Justicia, es la de la configuración de una atenuante excepcional analógica –en función a lógicas de compensación posdelictiva por el gravamen que representa la dilación indebida (STSE de 16-06-93, Acuerdo Plenario, Sala Segunda, TSE, de 21-05-99)– que determine la imposición de una pena proporcionalmente disminuida, incluso por debajo del mínimo legal –que fue la opción de la jurisprudencia alemana, aprobada por la STEDH Eckle, de 15-07-82 y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Baustahegewebe–, a cuyo efecto debe constatarse, junto al dato objetivo de un plazo no justificado, una efectiva lesión al entorno jurídico del imputado bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena (STSE n.° 1165/2003, de 18-09-03). Siguiendo la jurisprudencia ordinaria y constitucional alemana ha de examinarse la clase y medida de las demoras para establecerlas en la sentencia y considerarlas efectivamente en la medición de la pena, lo que deja entrever, como es obvio, que el procedimiento debe ser sobreseído cuando las dilaciones sobrepasan la escala penal del delito (BGH, 97, 451; BVerfG, de 07 de marzo de 1997 – 2 BvR 2173/96; Roxin). En estos casos, el TEDH a la par que declara la vulneración del plazo razonable, una vez reconocida por el Estado la necesidad de una pena atenuada concurrentemente impone un resarcimiento por daño inmaterial a favor del afectado por la demora (STEDH Edwards y Lewis, de 22-07-03). En tanto la excesiva e injustificada duración de un proceso lesiona derechos fundamentales básicos, la naturaleza jurídica del efecto reparador –disminución de la pena– no radica en una disminución del reproche penal de la conducta humana sobre la base de circunstancias imputables al propio reo, sino en la afectación a la misma esencia y fundamentos de la imposición de la pena y a las finalidades que persigue la pena en su Estado de derecho [Lozano Miralles]. Cabe puntualizar, al respecto, que como la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena, pues tiene también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguido por dicha pérdida de derechos.

Otra alternativa, utilizada por el Tribunal Constitucional, sería la de configurar un impedimento procesal y declarar la conclusión anticipada del proceso vía el sobreseimiento, aunque sin amparo legal –que es lo censurable, amén de que nuestro ordenamiento no ha fijado un plazo de duración general de un proceso penal, desde su incoación (Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria, artículos 3 y 336 CPP) hasta la emisión de la sentencia firme, incluyendo el cumplimiento de la fase impugnativa– [conforme: DANIEL PASTOR]. Empero, la seguridad jurídica, como es obvio, exige una norma legal que fije el máximo del plazo de duración de un proceso; además, la definición del proceso declarando la inocencia o culpabilidad del imputado, salvo el supuesto de prescripción, que es la lógica del proceso penal, solo puede hacerse a través de una sentencia que indefectiblemente aplique la ley material –solamente el legislador, como ha sostenido la BGHSt. 24, 329, y 82, 339, podría tomar decisiones vinculantes en el campo de la tensión entre exhaustividad y celeridad del procedimiento penal [ROXIN]–. En todo caso, como postula Vives, solo será del caso estimar, y muy excepcionalmente y como recurso de emergencia, que no cabe una decisión de mérito, acreditada la dilación indebida del proceso, cuando esta haya alterado o sea susceptible de alterar seriamente el juicio –la duración del proceso afectó de tal modo el derecho de defensa del imputado que le resultara prácticamente imposible articular una defensa efectiva con entidad para oponerse a la acusación, tal como ha sido considerado muy excepcionalmente por el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt. 35, p. 137, 1987) y el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGSt, 1984, p. 967)– o que, en todo caso, haya hecho perder su sentido a la pena, para lo que es de analizar la entidad y naturaleza del delito y la penalidad conminada –con un estándar distinto si se trata de delitos menores y culpabilidad pequeña, y delitos y culpabilidad grave– [AMBOS]. El Tribunal Constitucional Peruano en la STC n.° 295-2012-PHC/ TC, de 14-05-15, introduce otra variable para no aceptar la conclusión del proceso ante la vulneración del plazo razonable. Señala, al respecto, que "la prolongación del proceso más allá de lo razonable podría afectar por igual al imputado y a la víctima; y si ello es así, debería considerarse también la tutela del derecho de la víctima o la parte civil. De ahí la necesidad de que la consecuencia jurídica sea la emisión de la decisión que resuelva de manera definitiva la situación jurídica del procesado. Dicho con otras palabras, que el órgano jurisdiccional emita pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible".

3.5. *Non bis in idem* procesal o interdicción de la persecución penal múltiple

Es un derecho-garantía que también está dotado de un perfil jurídico propio y se deriva del debido proceso penal (artículo 139.3 de la Constitución). Aparece enunciado específicamente en el artículo 14.7 del PIDCP. Su desarrollo legislativo se encuentra en el artículo III TP CPP. En relación con la jurisprudencia del TEDH se debe entender el *ne bis in idem* procesal como el derecho fundamental que tiene toda persona a no ser procesada, con el riesgo de una sanción, más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento: triple identidad (doble enjuiciamiento: *bis de eadem re nesitactio*). En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC n.° 10192-2006-PHC/TC). Su ámbito de protección se extiende más allá de juicios, pues no caben aquí, ni una nueva persecución penal, ni juzgamiento ni pena con relación al mismo hecho delictivo [Cafferata].

El derecho-garantía en cuestión, cuyo fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo –en el principio de seguridad jurídica–, alcanza ya no solo la protección contra el bis de la sanción sino del proceso. En tal virtud, no es admisible en un Estado de derecho la amenaza permanente de diferentes sanciones –simultáneas o sucesivas en el tiempo– por el mismo hecho al mismo sujeto, pues, además, tal posibilidad entraña someter al ciudadano a un trato inhumano [López Barja]. Esta garantía, como se desprende de su definición, protege contra un segundo proceso, contra una ulterior persecución penal por el mismo hecho, siendo irrelevante a estos efectos que la sentencia invocada fue condenatoria o absolutoria –también es irrelevante la calificación legal del hecho: se requiere la identidad de objeto: *eadem res* [Maljar]–.

El artículo III TP CPP destaca, en primer lugar, dos requisitos obvios: unidad de sujeto y de hecho –*eadem persona* y *eadem res*–: una misma persona que ha intervenido en la comisión de un hecho concreto, el mismo que es objeto del nuevo proceso penal en relación con el que fue enjuiciado en el primer proceso –no se da identidad de sujetos cuando, por ejemplo, en el procedimiento administrativo se sancionó a una persona jurídica y en el proceso penal, en curso, se atribuye un cargo penal al representante legal de aquella– (AATCE 355/1991, de 25-11-91, y 357/2003, de 10-11-03). En segundo, pese a que la persona y los hechos sean los mismos, se requiere que tengan el mismo fundamento o *eadem causa petendi* –triple identidad–, esto es, que vulneren el mismo bien jurídico, sin que sea indispensable la misma calificación jurídica; por tanto, ha de tratarse

de normas homogéneas –que el TEDH denomina concurso de normas– que merecen idéntico juicio de reproche –hecho histórico cometido por una persona determinada y subsumible en figuras típicas de carácter homogéneo [GIMENO]–. Por último, incluye las sanciones administrativas –en los supuestos de tipos administrativos homogéneos respecto de los tipos penales, que no difieren en sus elementos esenciales; no cuando media heterogeneidad, que sería el caso de un concurso de infracciones (STEDH Oliveira, de 30-07-98)–, como expresión de un mismo poder punitivo del Estado (SSTEDH Ponsetti y Chesnel, de 14-09-97; y Göktan, de 02-07-02), aunque destaca la preeminencia del derecho penal –basada en el principio de subordinación, que resulta de la titularidad constitucionalmente establecida del *ius puniendi* en los artículos 138 y 139.1 y 10 de la Ley Fundamental [LÓPEZ BARJA]–, que obligaría a la administración a suspender las actuaciones administrativas sancionadoras cuando el hecho constituye delito según la ley penal hasta la decisión definitiva del órgano jurisdiccional por tanto, puede haber bis sancionador cuando se da la situación de una concurrencia mixta de sanciones penales y administrativas.

Los efectos de la presencia de un *bis in idem* es la anulación del proceso penal incoado pues el hecho objeto de imputación ya fue decidido por la autoridad jurídicamente competente. Se discute, empero, si tratándose de una sanción administrativa previa el proceso penal debiera anularse (SSTEDH Fischer, de 2905-01; W. F., de 30-05-02; y Sailer, de 06-06-02) o, en su defecto, se debe asumir la teoría de la compensación, esto es, que la condena penal tome en cuenta la sanción administrativa y proceda a su descuento (STCE n.° 2/2003, de 16-01-03). No es tan polémica esta solución, entiende Gimeno, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción (militares y policiales, por ejemplo), en que el tipo penal es especial.

3.6. Derecho al recurso: doble grado de jurisdicción

El artículo 139.6 de la Constitución garantiza la pluralidad de la instancia, y lo hace para todos los procesos, sin interesar el orden jurisdiccional al que pertenecen. Esta garantía integra el derecho al debido proceso, puesto que la subsistencia de los medios de impugnación constituye la principal garantía frente al arbitrio judicial [GIMENO].

La Constitución ha optado los clásicos argumentos a favor de la doble instancia, sin perjuicio de haber dejado al librado al legislador ordinario su organización y límites: **1.** Confianza del ciudadano en que será posible que

cualquier eventual error puede enmendarse por otro tribunal. **2.** Seguridad de que un segundo órgano jurisdiccional examine el caso y, si fuere preciso, remedie cualquier error que hubiera sufrido el juez de primera instancia. Sin duda este último argumento, que trasunta la idea de control en garantía de una mayor seguridad de acierto, confiere confianza y sirve para evitar la arbitrariedad [López Barja].

La concreción legal de este derecho-garantía, su configuración legal, aparece descrita en el artículo 11 de la LOPJ que fija su contenido en una triple perspectiva: **1.** La instancia plural es un derecho del justiciable, sin limitarla a una de las partes –hacer lo contrario, además de romper con el principio de igualdad podría conducir a situaciones de indefensión [Montón]– ni predeterminar la resolución que puede ser recurrida –el artículo 14.5 PIDCIP la limita al acusado y solo a las sentencias de condena, lo que no es de recibo en nuestro ordenamiento por la amplitud del derecho constitucionalmente consagrado, que por lo demás guarda compatibilidad con el artículo 8.2 de la CADH: "[...]. Toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) [...] recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"–, y como tal su ejercicio constituye un acto voluntario; no se acepta la impugnación de oficio, no se puede aceptar la limitación de esta garantía solo al acusado, pues no se tutelaría a la víctima, incluyendo al Ministerio Público, dejando sin revisión una absolución, pues un fallo erróneo perjudica a la justicia bien cuando se decide condenar a un inocente, y de la misma manera cuando se absuelve a un culpable [Cafferata]. **2.** La ley determina la revisabilidad de las resoluciones judiciales; y el sentido garantista fundamental se expresa a través de su revisión en una instancia superior. Pero con ello no se agota la modalidad de protección, pues como precisó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 55, de 18-11-1997 el recurso debe poder controlar la conección del falllo desde el punto de vista material y formal; esto es, si el órgano judicial, incurrió en aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de normas de derecho que determina la parte resolutiva de la sentencia, o acerca de la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o inaplicación de las mismas **3.** El tope impugnativo se concreta en una resolución de segunda instancia, y solo esta, en caso de recurso, puede ostentar la calidad de cosa juzgada. A su vez el artículo I.4 TP del CPP consagra el principio de recurribilidad expresa: solo son recurribles las resoluciones que la ley

establece (artículo 404.1 CPP), pero a su vez reconoce la obligación de prever un recurso impugnativo contra las sentencias o autos que ponen fin a la instancia –el objeto impugnable no se circunscribe a una determinada clase de resolución y, tampoco dentro de ella, a su sentido. El recurso que está llamado a cumplir con ese mínimo constitucional es el de apelación (artículo 416.1 CPP), que por su carácter ordinario permite controlar tanto el juicio fáctico cuanto el jurídico de una resolución de primera instancia –fijación de los hechos y la aplicación de la norma jurídica al hecho declarado probado– (artículo 419.1 CPP), lo que hace realidad el principio del doble grado de jurisdicción. El CPP no solo se limita a prever el doble examen de la resolución de fondo, sino reconoce propiamente la doble instancia, esto es, que un segundo órgano conozca, en igualdad de condiciones al que dictó la resolución recurrida, todos los ámbitos posibles de la misma, esto no se circunscribe exclusivamente a la revisión legal –alcances y correcta aplicación de las normas jurídicas materiales y procesales, incluidas las del derecho probatorio–, sino se extiende a la posibilidad de una valoración autónoma de las actos de prueba, aunque con pleno respeto del principio de inmediación.

El justiciable –las partes procesales: imputado, Fiscalía, actor civil, tercero civil, persona jurídica, querellante– tiene derecho de acceder a los recursos o a la instancia legalmente preestablecida, pero no puede reclamar un recurso inexistente o exigir un determinado tipo de recurso (SSTEDH Krombach, de 13-02-01, y Papon, de 25-07-02). La pluralidad de la instancia se concreta, entonces, en el recurso de apelación (artículo 419.1 CPP), incluso para los procesos contraaforados (artículos 450.7, y 454.3-4 CPP). El recurso de casación –sin el previo recurso de apelación–, por su carácter extraordinario, es muy limitado, se concreta al examen de la denuncia de infracciones jurídicas graves en las decisiones de segunda instancia, y se interpone contra determinados –no todos– autos y las sentencias de vista –resoluciones de apelación dictadas por las Salas Penales Superiores– que la ley prevé (artículos 141 y 427 CPP). Se requiere, siempre, que el recurso contra un fallo de primera instancia, más allá de su denominación, sea amplio de manera tal que permita que el tribunal superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior (SCIDH Herrera Ulloa, de 02-07-04). Obviamente, el análisis concreto del recurso de casación, su específica regulación, determinará si permite o no una revisión integral de la sentencia de instancia.

3.7. Legalidad procesal penal

El artículo 138 de la Constitución preceptúa que la potestad jurisdiccional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes, a partir del cual el artículo I.2 TP CPP prescribe que toda persona tiene derecho a un juicio desarrollado conforme a las normas del indicado Código. Estas normas son un corolario del principio de exclusividad jurisdiccional y configuran en un derecho-garantía fundamental implícito en el debido proceso [Gimeno]. Sancionan el carácter formalizado del proceso penal, de suerte que se erige en una condición de la actuación del *ius puniendi*. Además, obligan a que el proceso penal se discipline mediante una norma con rango de ley –principio de reserva de ley–. La garantía de la aplicación del CPP se justifica en el artículo 138 Constitucional y se postula como tal –garantía– para el justiciable y el órgano jurisdiccional afectando a la vez a unos y otros.

La legalidad procesal penal comprende el respeto por el rito o pasos [esto es, el procedimiento], y por los derechos y garantías de las partes procesales. Trata de las etapas, los términos y plazos, incoación, ejercicio y desarrollo de la acción penal, órganos competentes, oportunidades, medidas provisionales e instrumentales –limitativas de derecho– y decisiones. La legalidad formal indicada a su vez que se entronca con la legalidad material en orden al fin del proceso: efectividad del desarrollo material y con las garantías y derechos que supone el proceso para que pueda reputarse como justo, legítimo y válido [Ramírez Bastidas].

No puede catalogarse de debido un proceso si no se sigue conforme a las pautas que el CPP establece de modo categórico, claro está siempre que desarrollen el procedimiento dentro de los cauces permitidos por la Ley Fundamental.

No obstante, ello, no se puede invocar la salvaguarda de diversos valores y principios constitucionales, tomados genéricamente y en abstracto, para dejar a un lado las prescripciones procesales de la ley, pues se socavaría los pilares esenciales del Estado democrático de derecho [Moreno Catena]. En esta perspectiva es significativo que el artículo 6 de la LOPJ estipule que los principios antes analizados, y otros que son de común aceptación, bajo los que se sustancian los procesos jurisdiccionales tengan efectividad "dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable".

Desde una perspectiva subjetiva, la legalidad procesal importa que todos los sujetos procesales han de acomodar su actuación a lo que el Código establezca. Desde el punto de vista objetivo, la legalidad procesal significa que todos los actos del proceso penal han de ser tramitados de conformidad con el procedimiento adecuado y las normas previstas en el CPP.

La infracción de las normas procesales penales en concretos actos procesales origina, en todo caso, la nulidad de actuaciones (artículo 149 CPP), que puede hacerse valer, según los casos, vía incidente de nulidad o a través de los correspondientes recursos impugnativos, según se verá en la Lección pertinente. La nulidad procederá, obviamente, en la medida en que vulnere algún derecho constitucional o una garantía procesal constitucionalizada, infrinjan presupuestos procesales o prescinda totalmente del procedimiento establecido, en tanto en cuanto generen indefensión material.

4. Garantía de tutela jurisdiccional

4.1. Concepto y contenido

El derecho a la tutela jurisdiccional está contemplado, indeterminadamente, en el artículo 139 de la Constitución, norma que se limita a establecer como uno de los "principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. [...] la tutela jurisdiccional". No obstante ello, su debida conceptualización exige una aproximación amplia, por lo que, de este modo, es de afirmar que se trata de un derecho-garantía que incumbe desarrollar al legislador –sin que le sea dable instituir normas excluyentes de la vía jurisdiccional [DE LA OLIVA]– y aplicar al juez, que tiene un contenido complejo, de carácter prestacional y de configuración legal –aunque limitado y controlable jurisdiccionalmente–, predicable de todos los sujetos jurídicos, y que consiste en el derecho a un proceso –de acceso a la justicia, tanto a quien ha pretendido la tutela, iniciando un proceso, como a quien se defiende frente a esa pretensión– y, salvo el incumplimiento de presupuestos y requisitos procesales, a una sentencia sobre el fondo, fundada en derecho, y plenamente ejecutable, para hacer efectivos los derechos subjetivos y los intereses legítimos de naturaleza sustantiva.

El contenido constitucionalmente garantizado de este derecho-garantía es el siguiente: **1.** Derecho al proceso. **2.** Derecho a una resolución fundada en derecho. **3.** Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos. **4.** Derecho a la firmeza, invariabilidad y a la cosa juzgada –efectividad de las decisiones jurisdiccionales–. **5.** Derecho a la ejecución de lo decidido [HORMAZABAL].

4.2. Derecho al proceso

Todos los sujetos del derecho, en principio, tienen la posibilidad de presentar todo asunto litigioso –interponer las pretensiones y deducir las resistencias

respectivas– ante un órgano jurisdiccional para que sea él quien decida si procede pronunciarse sobre la tutela, o que no procede hacer porque hay causas legales, constitucionalmente aceptables que lo impidan, siempre que no sean innecesarias, excesivas, irracionales o desproporcionadas respecto de los fines constitucionales que protegen –la STC n.° 015-2001-AI/TC, FJ 16, en ese mismo sentido, precisó que es el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente–. Estas causas legales de inadmisibilidad deben interpretarse restrictivamente y, siendo posible, en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso (principio *pro accione*).

En el proceso penal no solo es de reiterar la vigencia del principio de garantía jurisdiccional, del monopolio del juez para decidir sobre la imposición de una sanción penal. Además, en este proceso el acusador exclusivo en delitos públicos es el Ministerio Público –en delito privados lo es el querellante particular– y, en cualquier caso, solo se tiene un simple derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho de penar del Estado –*ius ut procedatur*: derecho a poner en marcha un proceso– [Gómez Orbaneja]. Tampoco se trata de un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral; es, por el contrario, un derecho a que el juez dicte una resolución que se pronuncie sobre los hechos imputados y su calificación jurídico penal, expresando en su caso las razones de su desestimación liminar, de suerte que el juicio oral empezará cuando el juez estime que existen elementos para ello –garantía de integridad del procedimiento–. De otro lado, en los delitos públicos, la víctima solo puede instar la incoación de un procedimiento penal al Ministerio Público, vía derecho de petición, y, por ende, a que este se pronuncie motivadamente acerca de su procedencia, pues a la Fiscalía corresponde con exclusividad la persecución de los delitos.

El acceso a la jurisdicción, además, importa que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el proceso jurisdiccional con el fin de no sacrificar la justicia y la corrección del proceso en pro del formalismo y la impunidad; no pueden permitir y tolerar el uso que los que cometen un delito dilaten y entorpezcan el proceso judicial (SCIDH Myrna Mack Chang, de 25-11-03). El valor eficacia de la justicia sustenta esta exigencia (SCIDH Las Palmeras, de 06-12-01).

Finalmente, este derecho, vinculado a la sumisión de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, requiere para su efectividad la posibilidad de que todo acto de aquellos poderes sea revisable por los órganos judiciales con el fin de controlar su conformidad al ordenamiento jurídico, y que esta revisabilidad

no presente excepciones o territorios de inmunidad (STCE 196/1990). Esto se denomina "no exención de control jurisdiccional de ningún acto de los poderes públicos" [HORMAZABAL].

4.3. Derecho a una sentencia fundada en derecho

Reconocido el derecho al proceso y resuelta en sentido favorable la cuestión de su admisibilidad y procedencia –dictado, en suma, el auto de enjuiciamiento (artículo 353 CPP), corresponde al órgano jurisdiccional, previo juicio oral, dictar una decisión de fondo fundada en derecho y razonadamente sobre las pretensiones deducidas en el proceso, incluso si se declara su inadmisibilidad (artículos 387.4.b y 394 CPP).

La sentencia o resolución equivalente no necesariamente ha de ser favorable al acusador –condenatoria–. No existe derecho a un determinado pronunciamiento de fondo. Solo debe pronunciarse sobre el mérito de la causa y podrá ser condenatoria o absolutoria (artículos 398 y 399 CPP). Se discute si la congruencia de la decisión es consustancial a la tutela jurisdiccional. No es así –pese a lo expuesto en la STC n.° 1230-2002-HC/TC– porque esta, referida a las pretensiones y resistencias de las partes, en lo penal, se integra en el principio acusatorio, que define el objeto procesal, principio que comprende el derecho al debido proceso; su vulneración está condicionada a que el fallo desvirtúe los alcances del objeto procesal o no se pronuncie sobre una petición de fondo.

La sentencia debe estar debidamente motivada, y la motivación no debe ser meramente formal. Ha de sustentarse en el mérito de las pruebas y del derecho objetivo [GIMENO], lo cual está relacionado con el artículo 139 de la Constitución: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales [...], con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". La motivación –que es un requisito interno de las resoluciones judiciales– ha de dar respuesta al objeto procesal, y debe comprender **(a)** un análisis de los hechos –el juez ha de determinar los hechos probados y expresar el razonamiento por el que llega a esa conclusión: el juez debe dar cuenta de las pruebas practicadas y del proceso lógico que le ha conducido desde la percepción de su resultado a la convicción reflejada en la declaración de hechos probados– y **(b)** un examen del fundamento jurídico –el juez ha de invocar el derecho aplicable e interpretarlo razonablemente (esto se denomina exégesis racional del ordenamiento), sin que ello signifique el control por esta vía del acierto o desacierto en la aplicación del derecho por los jueces ordinarios: selección de la

norma aplicable y su interpretación (lo que supone que en estos ámbitos la justicia ordinaria tiene la última palabra), a menos que importe la lesión de un derecho fundamental distinto del que consagra el artículo 139.3 de la Constitución– [De La Oliva].

El CPP y la propia Constitución –exigencias de legalidad ordinaria y constitucional– solo obliga a los jueces a motivar sus decisiones, lo que como afirma la STEDH Van der Hurk, de 19-04-94, no puede entenderse como la obligación de dar una respuesta detallada a cada argumento. Su alcance –extensión o modo de razonar– puede variar según la naturaleza de la decisión –se aceptan motivaciones escuetas–, las pretensiones planteadas por las partes y su complejidad, pero sin duda ha de ser clara y precisa –requisitos referidos, en primer lugar, a los hechos declarados probados, y, en segundo lugar, a la parte resolutiva de la decisión y tienden a facilitar su ejecución– y suficiente. No se tiene que recoger todo el material probatorio aportado, basta que el juez haga adecuado eco de aquellos hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolver en el fallo. La motivación, para su conformidad constitucional, ha de ser explícita, suficiente, racional y no arbitraria –que, desde luego, son conceptos jurídicos indeterminados–.

Existen tres niveles en los que debe realizarse la motivación:

A. La prueba debe vincularse a los razonamientos fácticos y jurídicos de la sentencia.

B. La motivación debe incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del debate, cuya consideración debe ser tanto individual, de todos y cada uno de dichos elementos, como colectivamente considerados.

C. La motivación está sometida no solo a las reglas jurídicas –principio de legalidad– sino también a las reglas de la lógica y razón [Fernández Seijo].

La infracción de esta manifestación de la garantía de tutela jurisdiccional, que traduce el deber de exhaustividad: decisión razonada de todos los puntos litigiosos, tendrá lugar cuando la resolución judicial: **1.** Carece llanamente de motivación –omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia [Guasp]–; **2.** Es notoriamente insuficiente –no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función

al caso concreto–; o **3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) –desconexión entre motivación y decisión [ORTELLS/BELLIDO] o ausencia de coherencia interna de la resolución–. Por lo demás, la discrepancia en la forma de interpretar la legalidad ordinaria no es en modo alguno justificación para estimar vulnerado el derecho de motivación (Ejecutoria Suprema RQE n.° 498-2014/Junín, de 08-06-15). Diferente es el caso si se vulnera la interpretación y aplicación de una institución jurídico penal, de relevancia constitucional, como es la prescripción (RQE n.° 497-2014/Apurímac, de 26-06-15).

En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la medida en que la parte de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada. No se infringe esta garantía cuando la aplicación del derecho o la valoración de la prueba son "erróneas".

A decir de la afirmación sostenida por nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo algunas Sentencias del Tribunal Constitucional de España (SSTCE n.° 126/1994, 55/1993, 23/1988 y 151/1994), se ha llegado a declarar que se vulnera esta garantía cuando se incurre en una interpretación arbitraria de la norma aplicable, o cuando la aplicación de la legalidad o la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión es fruto de un error patente o se decide sobre el fondo del asunto desvinculándose del sistema de fuentes del ordenamiento –datos, sin duda, muy subjetivos y difícilmente delimitables–. Empero, en estos casos lo que ocurre es, manifiestamente, una interferencia en la jurisdicción penal ordinaria, pues a final de cuentas el Tribunal Constitucional decide imponiendo sin más su criterio al tribunal ordinario, con lo que a la postre adquiere relevancia constitucional, y deja de ser cuestión de legalidad ordinaria, lo que aquel decide caso por caso, de suerte que se convierte solapadamente en una última instancia, suplantando la función de los tribunales ordinarios [MONTERO].

Las sentencias penales deben abarcar tres aspectos relevantes: **1.** Fundamentación del relato fáctico que se declara probado o no. **2.** Si los hechos imputados están probados, debe comprender la subsunción de los mismos en el tipo legal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo) y demás criterios de imputación penal (tipos de autoría o participación, consumación o tentativa, circunstancias modificativas). **3.** Consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

Cabe agregar desde la teoría del derecho que no solo es dable circunscribirse a la interpretación jurídica, sino que es menester referirse también a la "aplicación del derecho". Esta consiste en la actividad de pasar de unas premisas (normativas y fácticas) a una conclusión (fallo), y también el resultado de esta actividad (la resolución judicial), integrado por las premisas, la conclusión y la relación entre ellas. La aplicación del derecho ha de estar motivada o justificada, es decir, el fallo de una sentencia debe estar basado de forma argumentada en las normas jurídicas aplicables y en una descripción adecuada de los hechos relevantes.

Ahora bien, una resolución judicial está justificada jurídicamente si y solo si lo está interna y externamente. La justificación interna exige que la conclusión (fallo) se derive lógicamente de las premisas (normativas y fácticas) –validez lógica de la inferencia–. La justificación externa consiste en controlar la adecuación o solidez de la premisa fáctica y de la premisa normativa. La primera requiere que esta exprese una proposición verdadera (problemas de prueba) y que la conducta enjuiciada pueda ser –en el caso de nuestra disciplina– penalmente relevante (problemas de calificación). La segunda requiere superar dos problemas: **a)** de interpretación en el sentido estricto –establecer el significado del texto o textos normativos pertinentes– y **b)** de determinación de la norma aplicable –determinar si la norma expresada en su enunciado normativo es o no aplicable en el caso concreto, en tanto que, como se sabe, las propiedades de pertenencia y aplicabilidad de una norma no coinciden; existen normas pertenecientes a un determinado sistema jurídico, pero no aplicables (v. gr.: supuestos de *vacatio legis*, presencia de contradicciones o antinomias, normas que expresan principios y su aplicación en caso de conflicto); y normas no pertenecientes a un sistema jurídico determinado, pero aplicables en relación con ese mismo sistema (v. gr.: retroactividad y retroactividad benigna, las lagunas normativas)– [Moreso y Vilajosana].

Finalmente, cabe resaltar, como premisa a lo precedentemente expuesto, que el modo correcto de operar de los jueces, en relación con esta garantía, se concretará en la medida que sigan las siguientes reglas: Los jueces deben resolver todos los casos que conocen en virtud de su competencia y deben hacerlo conforme al sistema de fuentes; deben motivar sus decisiones respecto de las cuestiones de hecho y derecho; deben; además, ser independientes y mantener una exquisita imparcialidad, y normalmente el sistema jurídico les dota de cierta discrecionalidad [Malen].

4.4. Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos

Como ha quedado expuesto, el derecho al recurso integra el contenido constitucionalmente garantizado del debido proceso. Sin embargo, una vez reconocido por la ley; el juez debe garantizar el acceso a un determinado medio de impugnación del modo que sea más efectivo para su ejercicio. Son objeto de protección constitucional las limitaciones o interpretaciones que coarten su ejercicio o lo supediten a exigencias inadmisibles.

El legislador, instituido el recurso correspondiente: reposición, apelación, casación y queja (artículo 413 CPP), debe determinar los presupuestos procesales, obviamente razonables, que condicionan su ejercicio y los alcances de los mismos. En orden a los presupuestos, que es el ámbito propio de la tutela jurisdiccional, la interpretación de las normas que lo disciplinan debe hacerse en el sentido más favorable para su efectividad, a los intereses del recurrente –al punto de optarse por la técnica de la subsanación cuando ella sea posible, lo que importa el rechazo del formalismo enervante, y adoptarse una concepción amplia de la legitimación para recurrir–, sin que las declaraciones de inadmisibilidad arbitrarias tengan apoyatura constitucional –esto es, interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad– [HINOJOSA]. En esa línea la STC n.° 121-2012-PA/TC, de 12-04-12.

4.5. Derecho a la firmeza, la invariabilidad y la cosa juzgada

El proceso penal declarativo debe tener un final. Ello importa reconocer la incorporación o reconocimiento del principio de transitoriedad del proceso –en algún momento ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión y que la decisión sea definitiva para las partes y el propio órgano jurisdiccional– [ALVARADO VELLOSO]. Las sentencias y resoluciones equivalentes, agotados todos los recursos posibles, ya no pueden ser impugnadas; el debate judicial debe concluir irremediablemente. En el CPP, agotado el recurso de apelación contra una sentencia y, salvo el recurso de casación, concluye el debate judicial entre las partes. La última sentencia, por lo regular, es la de vista o de apelación –artículo X TP CPC– y, extraordinariamente, la de casación (artículo 427 CPP).

A su vez un efecto interno de las resoluciones judiciales es su invariabilidad: no puede desconocerse, en modo alguno, lo decidido en ellas (STC n.° 1182-2012-PA/TC, FJ 2). Así debe ordenarse el proceso, lo que es concordante con el principio de seguridad jurídica. Por último, la existencia de la cosa juzgada material, al impedir la incoación de otro proceso posterior sobre la misma pretensión, es de la propia esencia de la jurisdicción. La interposición de un segundo proceso,

que abriría el paso a dictarse otra sentencia sobre lo ya decidido, por eso mismo, vulnera la tutela jurisdiccional [Montero].

4.6. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

La tutela que los jueces han de dispensar debe ser 'debida', en correspondencia con la idea de eficacia del proceso. La ejecución de la sentencia ha de ser cierta y real, plena y práctica; no basta la mera declaración legal de la plena ejecución de las sentencias, es necesario que el juez adopte desde un primer momento medidas que aseguren la futura y previsible condena a través de las correspondientes medidas provisionales o coercitivas; y, luego, que se dicten las medidas oportunas que la ley permita para llevar a efecto la ejecución de lo juzgado [Asencio]. Corresponde al juez, en su caso, evitar comportamientos impeditivos, dilatorios o fraudulentos en orden al cumplimiento de lo judicialmente decidido (SCIDH Acevedo Jaramillo, de 07-0206).

5. Garantía de la presunción de inocencia

5.1. Concepto y manifestaciones

La presunción de inocencia está reconocida de manera expresa en el artículo 2.24e de la Constitución, bajo el siguiente tenor: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". En términos equivalentes se pronuncia la CADH, cuyo artículo 8.2 dice: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Su desarrollo legislativo se encuentra en el artículo II TP CPP.

Se trata de un derecho-garantía procesal o jurisdiccional, de jerarquía constitucional, que asiste al imputado –derecho pasivo del acusado, que no alcanza a otras partes procesales–y se proyecta a todo el proceso penal –aunque se extiende a todas aquellos supuestos en que la decisión judicial deba asentarse en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos [Gómez Colomer]–, en cuya virtud solo puede declararse culpable a una persona si existe una actividad probatoria o material probatorio suficiente, válido o legítimo y de cargo, actuado conforme a las reglas y exigencias trazadas por la Constitución y la Ley (artículo II, 1 TP CPP).

Se le considera una pieza básica del modelo de proceso penal que rompe con el sistema inquisitivo, al hacer primar la condición de inocente del imputado hasta tanto se haya dictado contra él una sentencia de condena [MORENO CATENA]. Como tal, presenta varias manifestaciones en el proceso penal.

La presunción de inocencia, sin embargo, técnicamente no es una presunción porque no reúne sus elementos típicos. La presunción, como se sabe, supone dos hechos: el indicio o base y el presunto, la cual ni legal ni constitucionalmente admite la inexistencia de autoría o participación, de culpabilidad o de responsabilidad a partir de unos hechos que, en virtud de máximas de la experiencia, recogidas o no legalmente, permitan esa inferencia lógica [DE LA OLIVA]. La presunción de inocencia, por el contrario, es una verdad interina asimilable a otras, tales como la buena fe o la diligencia de un buen padre de familia [Asencio], de suerte que para enervarla exige una actividad probatoria del acusador que reúna una serie de características "cuya idea última es que no se inflija castigo alguno sobre un ciudadano inocente" [VEGAS TORRES].

La presunción de inocencia, en tanto verdad interina –o presunción aparente–, libera totalmente de la carga de la prueba del hecho presumido –la inocencia– a quien goza del favor de la presunción –el acusado–. Esta carece de hecho base, por lo que, dadas determinadas circunstancias, hay que considerar verdadero el hecho consecuencia o hecho presumido: ese estado de cosas que permite que la presunción de inocencia surta sus efectos [FERNÁNDEZ LÓPEZ]. Por tanto, se trata más bien de un verdadero "estado de inocencia" de toda persona constitucionalmente garantizado, que se concreta cuando existe una imputación contra alguien, de suerte que el imputado se mantendrá inocente durante toda la tramitación del proceso penal, inocencia que solo desaparecerá con la sentencia firme que lo declare culpable [VIVAS USSHER].

Son tres las manifestaciones de la presunción de inocencia:

A. Como principio informador del proceso penal, a partir del cual la presunción de inocencia se entiende como un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal.

B. Como regla de tratamiento del imputado, a partir de la cual la presunción de inocencia se concibe como derecho subjetivo, en cuya virtud toda medida judicial intermedia –en especial las medidas de coerción– no pueden implicar, desde sus presupuestos, régimen jurídico y aplicación judicial, una equiparación de hecho entre imputado y culpable; no pueden suponer una anticipación de pena [UBERTIS].

C. Como regla –también derecho subjetivo– en el ámbito de la prueba, de mayor trascendencia que las demás, cuya función procesal se concreta en dos niveles:

(i) Como *regla de prueba*. Indica cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba para que puedan fundamentar una sentencia de condena–; y

(ii) Como *regla de juicio*, de carácter apriorístico y formal. Impone una decisión determinada: la absolución, cuando el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución, esto es, cuando el juez se encuentra en un estado de duda irresoluble (STEDH Telfner, de 20-03-01).

5.2. Presunción de inocencia como regla de prueba

Esta regla consta de tres requisitos, debidamente reconocidos por el artículo II.1, § 1, CPP, y que se erigen en condiciones de legitimidad que debe reunir la actividad probatoria: **a)** existencia de actividad probatoria –prueba formal–; **b)** prueba de cargo suministrada por la acusación; y, **c)** prueba obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En primer lugar, es indispensable para destruir la presunción de inocencia, la existencia de actos de prueba –prueba existente–. La definición de lo que es prueba se halla establecida en la propia Ley. Estas son aquellas actuadas en el juicio oral –es la denominada prueba plenaria, que cumple con los requisitos de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción– y, por excepción, se reconoce valor de prueba a las denominadas prueba anticipada (artículos 242 y 383.1a CPP) y 'prueba preconstituida' o 'diligencias objetivas e irreproducibles' (artículos 383.1c-e y 425.2 CPP).

En segundo lugar, la prueba –directa e indiciaria– debe recaer sobre la existencia de los hechos objeto del proceso penal –el delito en su dimensión objetiva – y sobre la intervención del imputado en los mismos. El elemento de prueba que introduce el medio de prueba ha de estar encaminado a sustentar la realidad de los cargos objeto de imputación; de su contenido debe derivarse la culpabilidad del acusado. Pero, además, como la presunción de inocencia es un derecho pasivo del imputado, la atribución de la carga de acreditar los cargos incumbe al Ministerio Público (artículos IV.1 TP CPP y 14 LOMP), de suerte que, si no se dispone de la prueba suficiente de la culpabilidad, es la Fiscalía la que ha de

sufrir las consecuencias. La prueba de cargo o incriminatoria es de responsabilidad del Ministerio Público o del querellante particular en su caso.

Finalmente, no puede utilizarse para fundar un juicio de condena la denominada "prueba prohibida", o sea aquella fuente de prueba obtenida y/o medio de prueba incorporado al proceso –en las actividades de obtención de la fuente de prueba y/o de incorporación o actuación de las mismas al proceso– con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, la cual carece de valor alguno, sea que se trate de prueba originaria o prueba refleja –aquella obtenida y actuada cumpliendo los requisitos inmediatos que la ley impone, pero a través de una información o a partir de una evidencia anterior (prueba originaria) inconstitucional– (artículos VIII TP y 159 CPP). Lo expuesto significa que la prueba de cargo ha de haber sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y la ley procesal (plenas garantías de verosimilitud y legalidad constitucional y ordinaria directamente derivada de aquella).

La presunción de inocencia, en lo que se lleva expuesto, abarca los elementos objetivos del delito, por lo que quedan fuera de ella los elementos subjetivos. El dolo, por ejemplo, se ha de inferir de los hechos objetivamente probados; y, como tal juicio de inferencia, escapa de la materia que abarca aquella presunción, que se refiere solo a los mencionados elementos objetivos sobre los que recae propiamente la actividad probatoria. La alegación de ausencia de dolo o de error de tipo se analiza por la denuncia de infracción de los artículos 12 y 14 del Código Penal.

5.3. Presunción de inocencia como regla de juicio. *El in dubio pro reo*

En el plano específico del análisis de la prueba de cargo –segunda fase del procedimiento de valoración de la prueba–, la presunción de inocencia introduce una regla de juicio determinante, indiscutible como contrapartida de los resultados probatorios posibles: ha de absolverse al imputado cuando la prueba es *insuficiente* (SCIDH Cantoral, de 18-08-00). Es de aclarar, sin embargo, que, si no existe prueba de cargo, será del caso concluir que no se ha cumplido con la regla de prueba correspondiente –presupuesto de la actividad de valoración y 'primer piso' en el análisis de la actividad probatoria que debe realizar el juez–, ya analizada en parágrafo anterior. En este caso, entonces, el juicio de suficiencia probatoria –que, propiamente, es la segunda fase del procedimiento de valoración de la prueba– ni siquiera llega a formularse, pues se está ante un total o verdadero "vacío probatorio".

Para cumplir con la regla de juicio que impone la garantía de presunción de inocencia, la prueba de cargo, realmente existente y legítima, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena. Ello, en última instancia, traduce la noción constitucionalmente exigible de "prueba suficiente". Por el contrario, si queda una duda, esto es, "si falta la convicción de que el acusado había cometido el hecho –componente subjetiva– o la probabilidad lindante con la seguridad –componente objetiva–, el Tribunal deberá absolver" [Baumann].

La declaración de culpabilidad solo procede cuando resulte ser la única certeza a que razonablemente puede llegar el juez en la apreciación de la prueba. Por tanto, debe absolverse al imputado siempre que el juez no haya alcanzado la certeza necesaria acerca de la culpabilidad que se le atribuye sobre la base del material probatorio disponible. La existencia de una hipótesis alternativa razonable, igualmente fundada, impide considerar que la condena se basa en prueba de cargo bastante, de modo que en este caso resulta vulnerada la presunción de inocencia en su manifestación de regla de juicio; el juez, entonces, no puede tener la certeza de la culpabilidad del imputado y, por tanto, debe declarar su inocencia. A estos efectos, como dispone el artículo II. 1 *in fine* TP CPP, el principio *in dubio reo* se adopta como regla de clausura de la presunción de inocencia –su ámbito de actuación está integrado a ella– y está destinado a la absolución del imputado cuando las evidencias de cargo no permiten una única hipótesis fáctica –no es, propiamente, una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica solo después de la finalización de la valoración de la prueba [Roxin]–. El estándar o grado de prueba asumido en sede penal es el de la prueba "más allá de toda duda razonable"; han de haber quedado plenamente acreditados los hechos constitutivos de la pretensión penal –y siempre que no consten hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad–.

Las dudas del juez en sede de valoración probatoria pueden tener su origen, bien en la insuficiencia *per se* de la prueba de cargo, bien en la ponderación de las pruebas de cargo y de descargo que, en su caso, se hayan practicado [Fernández López]. Se infringe esta regla, por consiguiente, cuando el juez ha condenado a pesar de la existencia real de una duda. Desde esta perspectiva no importa si el órgano jurisdiccional dudó o no, sino si debió dudar, en tanto exista a la imputación una hipótesis alternativa razonable (STSE n.° 1498/2015, de 01-04-15).

De lo expuesto fluye, finalmente, que la regla de juicio, el principio de *in dubio pro reo*, rige para las cuestiones de la culpabilidad y de la punibilidad, así como para aquellos presupuestos procesales que determinan la vigencia del poder penal estatal: prescripción y amnistía, v. gr. por regla general, no rige para la prueba

de los vicios de procedimiento, a menos que estos se vinculen directamente con las reglas propias del Estado de derecho (v. gr. maltratos al imputado o ausencia de indicación de sus derechos por la autoridad) [ROXIN], con los derechos constitucionales. Mención aparte, por enfrentar otro ámbito, es el esclarecimiento de las cuestiones jurídicas dudosas, en la que el artículo 139.11 de la Constitución, afirma su vigencia.

6. Garantía de defensa procesal

6.1. Concepto y contenido

Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en concreto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– y la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH–, como el artículo 139.14 de la Constitución peruana reconocen la *defensa en juicio* como una institución imprescindible de la propia noción de proceso, sin la cual no puede haber proceso jurisdiccional, y que está íntimamente ligada con los principios de igualdad de las partes y de contradicción bilateral [RAMOS MÉNDEZ]. Expresa el respeto del ordenamiento jurídico ante la dignidad del hombre en un sentido muy profundo y, además, favorece a otro fin procesal que consiste en evitar las decisiones injustas [Schlüchter]. Su desarrollo legal se encuentra en el artículo IX TP CPP.

La defensa, sin embargo, se manifiesta como un derecho individual de una parte procesal y como una garantía objetiva. Tiene, por tanto, un doble carácter o función: a la vez que un derecho individual –ámbito subjetivo–, es un elemento esencial del ordenamiento jurídico y funciona como una garantía del derecho objetivo [CASTILLO CÓRDOVA; STC n.° 2050-2002-HC/TC]. La dimensión subjetiva de la defensa no la agota, pues debe resaltarse su perfil objetivo o institucional, aspecto que permite considerarla como un verdadero requisito para la validez de un proceso, como una *garantía* de la configuración del propio juicio jurisdiccional válido, de actuación de las partes [CAROCCA PÉREZ].

La defensa es una garantía procesal que "comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa [...] esas actividades pueden sintetizarse **(i)** en la facultad de ser oído, **(ii)** la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, **(iii)** la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, y **(iv)** la de valorar la prueba

producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición" [Maier].

Si bien la garantía de defensa procesal incide con mayor énfasis en el imputado como garantía de signo contrario frente al derecho a la acusación, el ejercicio de la acción penal y a la interposición de la pretensión penal (artículo IX. 1-3 TP CPP), esta se reconoce a todas las partes procesales como expresión de la propia lógica contradictoria del proceso y del principio de igualdad de armas –el apdo. 3 del artículo IX TP CPP, incide especialmente en la víctima (el ofendido y el perjudicado por el delito), a quien se le reconoce los derechos de información y protección, así como de participación procesal en aras de garantizar su pretensión reparatoria y el derecho a la verdad (artículo 98 CPP)–. Por tanto, asumiendo esta perspectiva, la defensa procesal asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y resistencias, así como a rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas [Picó i Junoy].

De otro lado, la garantía de defensa procesal no supone que las partes deban ser oídas y tengan derecho de producir su prueba en cualquier momento y sin ninguna restricción de forma, sino que deben encontrarse en condiciones de hacer valer sus derechos de acuerdo con las leyes procesales –informadas y regidas por la Constitución–, las que pueden reglamentar esa facultad, en clave de proporcionalidad, restringiéndola o limitándola para hacerla compatible con análoga facultad de las demás partes y con el interés social de obtener una justicia eficaz [Alsina].

6.2. Presupuesto de la garantía de defensa procesal

Desde esta perspectiva es posible identificar los derechos que a su vez integran la garantía de defensa en juicio, aun cuando es del caso precisar que el derecho presupuesto de la defensa es el *derecho de audiencia,* a partir del cual se instituye la contradicción procesal, para la que a su vez es imprescindible conocer la acusación formulada contra el imputado. El adecuado ejercicio de la defensa se traduce en una serie de *derechos instrumentales,* también de rango constitucional, que son los siguientes: **(i)** derecho de asistencia de abogado y de autodefensa; **(ii)** derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes –con mayor amplitud: el derecho a probar y controlar la prueba–; y, **(iii)** derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [Gimeno]. Las SSTEDH Pakelli y Granger, de 25-04-83 y 28-03-90, respectivamente, destacan como derecho instrumental de la garantía

de defensa el derecho a defenderse por sí mismo, el derecho a defensa mediante asistencia letrada de su elección, y el derecho a recibir, en los casos legalmente previstos, asistencia letrada gratuita.

La garantía de defensa procesal, en concreto de inviolabilidad de la defensa, se expresa a través del derecho de audiencia. La audiencia, de un lado, presupone que se reconozca a toda persona el poder acceder al proceso, el derecho a un recurso efectivo ante un tribunal independiente, objetivo e imparcial, en todas y cada una de las etapas procesales e instancias jurisdiccionales; y, de otro, pretende que el imputado se encuentre en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso, admitiéndola, pueda incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal [MAIER]. Por tanto, nadie puede ser sometido a una resolución que le pueda perjudicar sin darle oportunidad de ser oído en juicio, pues de lo contrario se incurriría en indefensión constitucionalmente prohibida.

La efectividad del acceso requiere, como es obvio, como paso efectivo, la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por la ley –destaca especialmente el conocimiento de la imputación (artículo 71.2 CPP)–. La comunicación ha de ser clara, precisa y completa (STEDH Pélissier y Sassi, de 25-03-99) –el Tribunal Constitucional dice: expresa, cierta e inequívoca (STC n.° 3390-2005-PHC/TC)–. Debe permitir conocer a la parte los hechos, el derecho y los datos del proceso a fin de que pueda conocer lo que está ocurriendo y, en su caso, lo que se le demande, y en consecuencia pueda tener la oportunidad de ejercer los actos procesales que correspondan; "mal puede defenderse quien no sabe de qué se lo acusa". Se trata, en este último caso, de posibilidades procesales cuya no realización acarrea al emplazado o notificado la preclusión del acto de comparecencia o los desfavorables efectos de la contumacia o ausencia, con el riesgo de que se dicten en su contra, de ser el caso, las medidas de coerción necesarias para lograr su concurrencia [GIMENO] –el caso más típico es de la inasistencia voluntaria del imputado al juicio oral (artículos 79 y 367.1-2 CPP)–. Son cinco notas características:

La garantía de defensa procesal, en concreto de inviolabilidad de la defensa, se expresa a través del derecho de audiencia. La audiencia, de un lado, presupone que se reconozca a toda persona el poder acceder al proceso, el derecho a un recurso efectivo ante un tribunal independiente, objetivo e imparcial, en todas y cada una de las etapas procesales e instancias jurisdiccionales; y, de otro, pretende que el imputado se encuentre en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso, admitiéndola, pueda incorporar otras

circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal [Maier]. Por tanto, nadie puede ser sometido a una resolución que le pueda perjudicar sin darle oportunidad de ser oído en juicio, pues de lo contrario se incurriría en indefensión constitucionalmente prohibida.

La efectividad del acceso requiere, como es obvio, como paso efectivo, la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por la ley –destaca especialmente el conocimiento de la imputación (artículo 71.2 CPP)–. La comunicación ha de ser clara, precisa y completa (STEDH Pélissier y Sassi, de 25-03-99) –el Tribunal Constitucional dice: expresa, cierta e inequívoca (STC n.° 3390-2005-PHC/TC)–. Debe permitir conocer a la parte los hechos, el derecho y los datos del proceso a fin de que pueda conocer lo que está ocurriendo y, en su caso, lo que se le demande, y en consecuencia pueda tener la oportunidad de ejercer los actos procesales que correspondan; "mal puede defenderse quien no sabe de qué se lo acusa". Se trata, en este último caso, de posibilidades procesales cuya no realización acarrea al emplazado o notificado la preclusión del acto de comparecencia o los desfavorables efectos de la contumacia o ausencia, con el riesgo de que se dicten en su contra, de ser el caso, las medidas de coerción necesarias para lograr su concurrencia [Gimeno] –el caso más típico es de la inasistencia voluntaria del imputado al juicio oral (artículos 79 y 367.1-2 CPP)–. Son cinco notas características:

A. El derecho al conocimiento alcanza relevantemente al primer emplazamiento, que en sede penal –derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la imputación– está referido, como contenido esencial, a los hechos considerados punibles que se imputan al implicado y a las pruebas que sustentan los cargos –exigencia destinada a equilibrar la superioridad y la ventaja investigadora de la autoridad penal competente–: este es el núcleo de la intimación. La información impuesta por la ley debe realizarse en la primera oportunidad posible (SCIDH Tibi, de 07-09-04), siempre que no se ponga en peligro la investigación –existencia de temor fundado de que el imputado podría frustrar la investigación de manera incompatible con el ejercicio de sus derechos procesales [Ambos]–, y por lo general tiene lugar y es obligatoria en el primer interrogatorio policial y, antes, cuando el imputado es detenido en flagrante delito, a todo ello se denomina requisito de la exhaustividad informativa. Está destinado a evitar la sorpresa y la desprevención, y se extiende a todas las decisiones y actuaciones que progresivamente se van realizando en todo el curso del procedimiento penal –derecho incluso reconocido en sede de investigación

preparatoria a todas las partes: artículo 324.1 CPP); y, de modo, especial cuando el fiscal formula acusación destinada a abrir el procedimiento principal de enjuiciamiento –a todo acto de imputación, más aún cuando ese acto contiene nuevas perspectivas respecto de cuestiones de hecho o de derecho–. Es evidente que si posteriormente se modifican sustancialmente los hechos imputados (por la inclusión o exclusión de alguno de ellos o por la alteración relevante de su calificación jurídica o del grado de participación), debe hacerse una nueva información al acusado. Es lo que se llama requisito de la gradualidad informativa (SSTED Brozicek vs. Italia y Stell vs. Reino Unido) [MARCA MATUTE].

El derecho a ser intimado importa que el acusado conozca de qué se le acusa y cuáles son las pruebas que existen en su contra. La policía, el fiscal y el juez, sucesivamente, deben cumplir con este acto, lo que importa individualizar al imputado; descubrir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa; hacer una clara calificación legal del hecho; y, señalar los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva [MORA MORA].

B. El derecho de acceso al contenido de la investigación y demás actuaciones procesales en todo el curso del procedimiento es permanente. Debe permitirse a las partes el examen del expediente desde un primer momento, incluso al realizarse las diligencias preliminares de investigación (artículos 68.3 y 84.7 CPP). Una excepción, legalmente configurada, al acceso de las actuaciones propias de la investigación es el secreto sumarial (artículo 324.2 CPP), en cuya virtud por un lapso de tiempo limitado y para garantizar el éxito de la investigación, se autoriza al fiscal a mantener en secreto alguna actuación o documento –esta atribución no comprende, desde luego, el conocimiento de los cargos (hecho y derecho) objeto de imputación–. La STEDH Foucher, de 18-03-97, reconoce la legitimidad del secreto sumarial: peligro para el fin de la investigación o peligro para los testigos. Por otro lado, la comunicación, en ciertos casos: medidas instrumentales restrictivas de derechos y de coerción, puede realizarse, no antes de su realización, sino con posterioridad a su ejecución; la naturaleza de las cosas, la garantía de su debida ejecución, explica esta alternativa legal.

C. El estatus de parte, por el imputado, es imprescindible en el proceso penal. Este incluye su presencia en las audiencias orales y la posibilidad de su intervención efectiva en ellas, así como las alegaciones acerca de lo expuesto

por la Fiscalía. Antes, según ha quedado expuesto, debe conocer los hechos delictuosos que se le atribuyen, a partir de lo cual se le debe reconocer el derecho a deducir su pretensión exculpatoria o resistencia, que puede asumir muy diversas perspectivas, desde negar los cargos y cuestionar las pruebas de cargo, hasta introducir hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad [Gimeno]. Esta condición de parte nace con la imputación y finaliza con la obtención de una resolución firme de finalización del proceso penal –el último acto de ejecución cumplido en la causa–.

D. Integra el derecho de audiencia el denominado "principio de imputación", que es el derecho a una acusación formal, que necesariamente debe cumplirse en relación con cualquiera que se pretenda someter a un proceso. Es un deber del Ministerio Público, luego, del juez. La imputación ha de comunicarse al acusado, de manera clara, precisa y detallada, el hecho objeto de acusación, su tipificación legal, y los fundamentos fácticos y jurídicos incluyendo el pedido de quantum de pena y, cuando corresponde, de reparación civil [Mora Mora].

E. En el derecho analizado está integrado el derecho a intérprete, que comprende, desde luego, tanto la traducción de una lengua a otra cuando se hace oralmente, como la traducción que se realiza respecto de documentos escritos en lengua distinta del castellano [Clariá]. Este derecho, sin duda, constituye un factor que permite superar eventuales situaciones de desigualdad en el desarrollo de un proceso (CIDH OC-16/99, de 01-10-99). La comunicación interpersonal entre abogado e imputado es elemental, y si el primero no conoce el idioma del segundo, no podrá llevar a cabo una defensa adecuada [Picó i Junoy]. El derecho a la comunicación, que debe reconocerse al imputado y que entraña conocer y entender lo que acontece, no se limita al juicio oral y a las demás actuaciones del proceso, también comprende los documentos y las actas judiciales en general. La necesidad de un traductor o intérprete no depende de la situación financiera del imputado: el Estado debe proporcionarlo gratuitamente sin hacer distinciones respecto de la situación económica del imputado [Llobet], sin que a ello obste que este último nombre un intérprete de confianza; además, no es posible que luego se le impongan el pago de los gastos derivados de la intervención del intérprete o traductor si resultara condenado (STEDH Öztürk, de 21-02-84). Su vulneración infringe la garantía de defensa procesal y vicia el procedimiento, lo que

debe declararse de oficio (Corte Suprema de Costa Rica, Sala Tercera, n.° 946-2003, de 24-10-03). El intérprete debe permanecer durante el transcurso de todo el juicio, traduciendo en simultáneo al imputado todas las declaraciones y las diversas intervenciones que se llevan a cabo. El derecho al conocimiento de lo sucedido en un idioma comprensible alcanza a la comunicación de cargos, desde un primer momento, y también se proyecta a las conversaciones preparatorias entre el imputado y el defensor; comprende, pues, todos los actos del procedimiento dirigidos contra el imputado (STEDH LUEDICKE, BelKacem y Koc, de 28-11-78).

Cabe, finalmente, tener presente tres datos importantes [CORDÓN]: **1.** Que el derecho de audiencia se satisface con dar oportunidad a la parte de ser oída, sin que sea necesaria su presencia efectiva en el proceso; o, mejor dicho, en determinados procesales, con la sola precisión que no puede imponerse condena en ausencia (artículo 139.12 de la Constitución), en cuyo caso la presencia del imputado se erige como condición de validez de las actuaciones; su conducta evasiva frustra el juicio oral –ello significa que la instrucción sí puede llevarse con ausencia voluntaria del imputado, pues ella se configura como un deber procesal que justifica su captura [HORMAZÁBAL]–. **2.** Que, por razones de diversa índole, el ordenamiento procesal admite, en ciertos casos, que se puedan adoptar resoluciones inaudita parte (por ejemplo, algunas medidas de búsquedas de pruebas y restricción de derechos, y las medidas de coerción), entendiéndose satisfecha este derecho si la audiencia se presta en un momento posterior –audiencia diferida–. **3.** Que en ocasiones este derecho se reconoce a quienes, sin haber sido parte en el proceso, se ven afectados directamente por la resolución que en él se dicte (por ejemplo, artículos 296.2 –impedimento de salida de testigos–, 308 –desafectación de bien embargado de un tercero–, 319 –reexamen de incautación de un bien de terceros de buena fe–).

6.3. Derechos instrumentales de la garantía de defensa procesal

6.3.1. Derecho de defensa técnica y de autodefensa

El artículo 8.2d de la CADH garantiza a todo imputado el derecho de defenderse personalmente –autodefensa– o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor –defensa técnica–. Es la doble dimensión de este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal, que el Tribunal Constitucional rotula de material en el caso de

la autodefensa y de formal en el caso de la defensa técnica (STC n.° 6260-2005-PHC/TC).

A. *Derecho de defensa técnica*

El artículo 71.2c CPP reconoce al imputado el derecho de ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor, a quien se le reconoce una serie de derechos para su correcto patrocinio, al punto de ser considerado representante técnico del imputado (artículo 84 CPP). Este derecho persigue un doble fin: **1.** Garantizar que se pueda actuar en el proceso de la forma más conveniente para su derecho e intereses jurídicos, y defenderse debidamente contra la pretensión del acusador. **2.** Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y de contradicción [Picó i Junoy]. En atención a lo último, el derecho de asistencia letrada constituye un presupuesto indispensable e imprescindible en determinados momentos y circunstancias del procedimiento penal, lo que conduce a que hayan de ser los jueces, precisamente y en último extremo, quienes velen por su efectividad [Cordón]. Este derecho, sin embargo, no puede interpretarse como que la presencia del letrado de la defensa sea un requisito necesario para la validez de todas y cada una de las diligencias de la investigación preparatoria, pues ha de estarse a las exigencias requeridas para cada una de estas por el CPP.

La inmediata designación de un defensor, su comunicación con él y la asesoría profesional que debe brindar al impuesto desde el momento en que es detenido e, incluso, citado por la autoridad competente, que prevé el artículo 139.14 de la Constitución, tiende a asegurar, con la presencia personal del abogado, que los derechos constitucionales del detenido o citado sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (STCE 252/1994, de 19-09-94).

La designación libre de un abogado de confianza corresponde al imputado –es su facultad–, quien además puede cambiarlo en cualquier momento y designar otro para que lo asista y represente técnicamente. El defensor, antes que un órgano colaborador de la justicia, es una parte procesal, dialécticamente enfrentada a la acusación, cuya misión constitucional es hacer valer el derecho a la libertad

[GIMENO]. El abogado defensor debe proteger la libertad del imputado –esta es su dimensión objetiva–, está destinado a ser un apoyo técnico en función de sus intereses individuales sin virtualidad decisoria –no reemplaza al imputado, lo asiste, y, como tal, realiza labores de asistencia, de representación y de participación en actos procesales–. La actuación del defensor, más aún si es de oficio, debe ser concreta, real y efectiva (STEDH Kamasinski, de 19-12-89); su presencia es reclamable incluso cuando el imputado se ausenta del proceso, aunque su incomparecencia fuere imputable (STEDH Campbell y Fell, de 28-06-84). Existe, al respecto, un deber estatal de asistencia que obliga al juez a intervenir ante una lesión evidente del derecho de defensa, a velar por la efectividad de la asistencia letrada, sin entrar a supervisar la actuación de los profesionales del derecho y sin que ello signifique desconocer que la estrategia defensiva y el procurar que se observen los derechos de defensa forman parte de la responsabilidad exclusiva del defensor [AMBOS]. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Costa Rica, por ejemplo, estima que una defensa improvisada, técnicamente inadecuada y con intereses contrapuestos, así como una negligencia manifiesta por parte del defensor, ocasiona indefensión al imputado [LLOVET].

La primera alternativa que tiene un imputado es la de nombrar un defensor de confianza. La defensa de oficio –considerada como servicio público–, siempre gratuita conforme al artículo 295 LOPJ, como segunda alternativa tiene lugar cuando el imputado carece de medios o cuando esta, pese al silencio del imputado, es exigible para garantizar un proceso justo y equitativo, la efectividad del acceso a la justicia –que se entiende como una atribución del Tribunal como legítimo medio de autoprotección del sistema–. La omisión del órgano jurisdiccional para nombrar defensor de oficio cuando corresponda, produce una situación de indefensión constitucionalmente prohibida.

El nombramiento de un defensor de oficio, si bien debe tomar en consideración los deseos del imputado, puede tener lugar en contra de su voluntad, cuando exista una razón relevante y suficiente, y sin que ello signifique una carga que menoscabe su posición procesal [STEDH Croissant, de 25-09-92; en contra, TPIY Milosevic, decisión de 04-04-03].

Forma parte del derecho de defensa técnica, la garantía de libre comunicación entre imputado y defensor –la ausencia o la obstaculización relevante de comunicación en forma libre y privada con un abogado defensor lesiona este derecho (SCIDH Suárez Rosero, de 12-11-97)–. Esta incluye la visita que haga el defensor cuando el imputado se encuentra privado de libertad, incluso si está incomunicado (artículos 265.2 y 280 CPP). La confidencialidad entre imputado

y defensor es ineludible (STEDH S vs. Suiza, de 28-11-91). El defensor, para el ejercicio de su función, goza de amplia libertad de expresión, excluyendo por cierto el insulto y el desacato; la punibilidad de afirmaciones difamatorias está legitimada por la STEDH Quaranta, de 28-08-91.

B. Derecho de autodefensa

La autodefensa consiste en el derecho del imputado de intervenir directa y personalmente en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible [Gimeno]. Es la primera exigencia y manifestación del derecho de defensa, en tanto derecho del imputado a defenderse por sí mismo.

Su ejercicio presupone la capacidad de discernimiento necesaria del imputado, y desde luego la designación de un abogado defensor no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Comprende no solo prestar declaración en el proceso, sino estar presente en todas las actuaciones y, especialmente, en los actos de investigación y de prueba, y poder expresar lo que considere necesario a su defensa. Incluye el derecho a la última palabra.

Se discute si es posible la autodefensa del imputado renunciando al concurso de un abogado defensor. En el derecho estadounidense esto es posible, siempre que el juez verifique que la renuncia se hubiere llevado a cabo de modo consciente, con plena comprensión de las repercusiones de sus actos, pese a lo cual podía nombrar un *stand by counsel*, de actuación limitada con simples funciones de asesoramiento en cuestiones de procedimiento (Sentencia Faretta vs. California, 422 U. S. 806, 1975). El TEDH no tiene adoptada una decisión concreta sobre el particular, aunque pareciera desprenderse de las SSTEDH Artico, de 13-05-80, y Pakelli, de 25-04-83, una posición favorable. La opción afirmativa se puede construir a partir de que el derecho de asistencia letrada no es absoluto y puede limitarse atendiendo al sujeto –formación del mismo, conocimiento pleno de las consecuencias derivadas de tal asunción, etc.–, a las particularidades y complejidades del procedimiento de que se trate, incluida la trascendencia social del hecho punible y la entidad de la pena conminada [Pedraz].

El derecho a la última palabra constituye la última manifestación del derecho de defensa material del imputado. Está prevista en los artículos 391, 420.5, 424.5, 431.3 y 443.5 CPP. Concreta, como posibilidad final, el principio de audiencia: "nadie puede ser condenado sin ser oído". Es un derecho potestativo

del imputado, del cual puede hacer uso o no, en la medida en que también se ha reconocido el derecho al silencio. Su ejercicio, por lo demás, debe tener lugar dentro del mantenimiento del orden público necesario para la realización de la audiencia oral; y, se erige en la oportunidad final que se reconoce al imputado para pronunciarse sobre los hechos objeto de imputación –admitiéndolos o negándolos–, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de cualquier interviniente en el proceso, o incluso discrepar de su defensa técnica o completarla de alguna manera [PICÓ I JUNOY]. Como tal, es evidente que podrán ser tomadas en cuenta y analizadas por el órgano jurisdiccional, en tanto forman parte del juicio oral, de la audiencia; aunque no podrán nunca ser el sustento de la condena, sino que debe contar la conclusión a que se arriba con suficiente respaldo probatorio en otros medios legítimos de prueba (Sentencia Corte Suprema de Costa Rica, Sala Tercera, n.° 444-F-96). La ausencia de este trámite, por el carácter constitucional que tiene, determina la nulidad de lo actuado [D'ALBORA].

6.3.2. Derecho a probar y controlar la prueba

Forma parte ineludible de la garantía de defensa procesal el derecho a probar y controlar la prueba. El imputado, tras ser escuchado sobre la negación o afirmación de los hechos que se le atribuyen, debe tener la posibilidad u oportunidad para probar en el proceso el fundamento de su resistencia o la falta de fundamento de la pretensión del acusador [VIVAS USSHER]. Son clarísimos al respecto los artículos 14.3e PIDCP, 8.2.f CADH y IX.1 TP CPP. Esta última reconoce, primero, el derecho a que se conceda al imputado un tiempo razonable para que prepare su defensa; segundo, el derecho a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, tercero, el derecho, dentro de la ley, de utilizar los medios de prueba pertinentes.

A. Derecho de disponer de un tiempo razonable de preparación de la defensa

Presupuesto de este derecho instrumental, ciertamente complejo, es que el imputado tenga derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; derecho que es expresión del principio de igualdad de armas y rige desde el procedimiento de investigación preparatoria. La determinación de la "suficiencia" del tiempo de preparación ha de responderse caso por caso, teniendo en cuenta la complejidad de la causa desde el punto de vista de los hechos y/o del derecho (SSTEDH Daud, y Chiehlian y Ekindjian, de 21-04-98 y de 29-11-89, respectivamente). Las facilidades que es de rigor

permitir al imputado tiene que ver con la facilitación, en especial cuando está detenido, de normas legales, textos de derecho, obras científicas y documentos jurisprudenciales, así como, igualmente en el caso de imputados detenidos o presos preventivos, de ambientes para que puedan revisar las actuaciones, formular consultas bibliográficas y preparar su estrategia defensiva [Ambos].

B. *Derecho de intervenir en* la actividad probatoria

El derecho a probar significa que el imputado y su defensa técnica han de tener acceso a las fuentes de prueba y poder intervenir en las actuaciones de investigación y de prueba, en plena igualdad con la parte acusadora, formulando en su caso un interrogatorio propio, en profundidad, a los testigos y peritos –exigencia de un debate contradictorio (STEDH Unterpertinger, de 24-11-86)–. El imputado tiene derecho a que se la conceda una ocasión adecuada y suficiente para impugnar un testimonio o un informe pericial de cargo –también de descargo– y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (STEDH Kostovski, de 20-11-89). El derecho a interrogar en los casos de testigos o peritos inaccesibles o anónimos presenta ciertas restricciones, pero la aceptación de esos órganos de prueba está sujeto a requisitos estrictos –razonabilidad del motivo de intimidación–, siempre que se posibilite al imputado algún tipo de confrontación –si tal confrontación o interrogatorio no se hace, el testimonio es inutilizable (SSTEDH Windisch y Delta, de 27-09-90 y 1912-90, respectivamente)–, siendo factible a estos efectos la transmisión audiovisual. Es suficiente que el defensor pueda interrogar de manera amplia al testigo o perito (STEDH Doorson, de 26-03-96), no así que el interrogatorio se formule mediante preguntas escritas o a través de trasmisiones exclusivamente acústicas [Ambos].

La regla, como ha quedado expuesto, es que el acusado ha de tener la posibilidad de discutir las pruebas, las cuales deberán llevarse a cabo con carácter contradictorio entre las partes (STEDH Kamasinski, de 19-12-89) [López Barja]. Excepcionalmente, sin embargo, pueden utilizarse testimonios realizados en la etapa de investigación preparatoria, siempre que se hayan respetado en su esencia los derechos de defensa. Muy amplia, al respecto, es la STEDH Isgró, de 19-02-91.

C. *Derecho a utilizar los medios* de prueba pertinente

Pero no solo se trata de tener acceso a las fuentes de pruebas y de poder intervenir en los actos de aportación de hechos –de investigación y de prueba–,

también resulta indispensable que el imputado pueda interponer solicitudes de investigación y de prueba, que deben ser admitidas y practicadas. En tal virtud, toda solicitud de prueba pertinente y necesaria ofrecida en tiempo y forma, según las disposiciones legales, debe ser admitida por el órgano jurisdiccional; de lo contrario, se incurre en una situación de indefensión constitucionalmente prohibida. Este derecho presenta un ámbito objetivo: la prueba o acto de investigación propuesto ha de ser pertinente y necesario. El juez no está sometido a un mecanismo ciego de aceptación de las solicitudes de prueba o de actos de investigación. Solo deben admitirse aquellos medios de investigación o de prueba que:

(i) Guarden conexión o enlace con los hechos objeto del proceso y con los que constituyen el *thema decidendi* para el órgano jurisdiccional –que es lo que se denomina objeto del debate–. Se trata de la regla de pertinencia, que está referida a los hechos afirmados. La prueba debe pertenecer al objeto del proceso.

(ii) Tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso y del debate. Se trata de la regla de relevancia, utilidad o necesidad, que dice de la relación lógica entre el medio de prueba propuesto y el hecho que pretende ser probado. Está referida a los medios de prueba, a la aptitud que ha de tener para aportar un hecho que pueda repercutir sobe la acusación [PEDRAZ]. Ha de permitir averiguar la realidad de lo sucedido.

De otro lado, el ejercicio de este derecho no es ilimitado. Debe solicitarse en la forma y momento legalmente establecidos –las solicitudes deben enmarcarse dentro de la legalidad–, sin que a ello obste la utilización, siempre rechazada, de acudir a argumentaciones formalistas ni aferrarse a criterios preclusivos absolutos. Esta exigencia comporta la necesidad de que el litigante tenga una conducta totalmente diligente y cuidadosa en orden a instar el correcto ejercicio del derecho a la prueba [PICÓ I JUNOY], que es la base del principio de buena fe procesal.

D. Derecho a la valoración integral de los medios de prueba

Las posibilidades de influir en el resultado de la sentencia no se agotan en el conocimiento de las actuaciones probatorias y en la intervención activa en ellas. Se extiende a la valoración de sus resultados, pero no solo de sus aspectos fácticos, también al significado jurídico del comportamiento que eventualmente se considere verificado e, incluso, la individualización de la pena. Podrá afirmar sus puntos de vista y contestar los argumentos y afirmaciones con los que, sobre la base de lo percibido durante el debate, concluye el acusador [VIVAS USSHER].

6.3.3. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

Si bien el inculpado-acusado tiene la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano jurisdiccional, lo que sencillamente expresa el propio estado de sujeción al proceso que le es impuesto por imperativo legal, en cambio no tiene la obligación de declarar ni en la investigación preparatoria ni en el juicio oral. Naturalmente, si esa obligación no existe no cabe hablar de declarar contra sí mismo o de confesarse culpable, con lo que se configura –desde el punto de vista positivo– el derecho a guardar silencio, a partir del cual deben reinterpretarse muchas normas de la Ley Procesal Penal, y del que debe ser informado el imputado-acusado [Montero].

El *privilege against self-incrimination*, que es un derecho a la personalidad de alto valor constitucional, que surge del movimiento de reforma inglés, es un aspecto parcial de la libertad de declaración del inculpado. La libertad, como se sabe, tiene dos aspectos: uno negativo, el derecho de no declarar, para no tener que imputarse a sí mismo; otro positivo, el derecho de declarar, para poder descargarse de la sospecha, a través de la defensa activa; y, que este reconocimiento de no declarar, a su vez, presupone que el procedimiento penal no puede ser la búsqueda de la verdad a cualquier precio, sino la prueba de culpabilidad del autor, respetando su dignidad humana [Eser].

El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable es calificado propiamente de un derecho de *autodefensa*, nacido como garantía del individuo frente al poder del Estado [Fenech]. Se trata de un derecho que da la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculpación a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto permaneciendo callada y no admitiendo ni los hechos ni el derecho derivado de los mismos que se le imputa; este derecho imposibilita que nadie pueda ser obligado a actuar en contra suya y, sobre todo, niega la posibilidad de utilizar medios coercitivos para obtener declaraciones o confesiones del inculpado en un procedimiento penal [Fayos Gardo] (SCIDH López, de 01-02-06).

El silencio puede ser total o parcial. Será total cuando el imputado simplemente calla, no responde a las preguntas que se le formulen, y puede ocurrir solo en la investigación preparatoria, solo en el juicio oral o en todas las etapas del procedimiento. Será parcial cuando el imputado, según el estadio en que se encuentre el proceso, decide libre y voluntariamente responder sólo a algunas de las preguntas que se le formulen por el fiscal, el juez, las demás partes acusadoras,

en su caso, o la defensa o solo a las preguntas de uno o varios de ellos, rehusando responder a las de los demás [ASENCIO GALLEGO].

Respecto del valor probatorio del silencio total, en principio, no podrá desprenderse del mismo conclusión alguna. Si el silencio se presenta en la investigación preparatoria y el imputado declara en juicio oral, esta declaración surte todos sus efectos legales sin que sea dable extraer conclusión negativa alguna de su silencio en sede de investigación preparatoria [ASENCIO MELLADO]. Si el silencio se presenta en el acto oral, pero el imputado declaró en sede de investigación preparatoria, se lee esta última declaración y se valora como tal, conforme a lo dispuesto por el artículo 376.1 CPP, siempre en el entendido que es una declaración autodefensiva –como tal, su contenido informativo es material valorable dentro del conjunto del cuadro probatorio correspondiente– y, en consecuencia, incorporada plenamente a la causa. El silencio, dice la STSE 2545/2001, de 4 de enero, es un derecho de uso actual, que se activa y puede ejercerse en cada momento procesal, pero que no retroactúa sobre los ya transcurridos, pues lo ya adquirido solo podría inutilizarse por razones de ilicitud. Es evidente, por lo demás, primero, que esta declaración se debió haber llevado a cabo cumpliendo con todas las exigencias legales que la determinan –dirección por el fiscal e intervención activa de la defensa–, y, segundo, que debe leerse en el acto oral, ante la expresa negativa del imputado a someterse al interrogatorio, y así dar oportunidad a que se someta a contradicción (STCE 22/1998, de 18 de febrero).

Es claro, entonces, que el silencio es un derecho de ejercicio sucesivo. El imputado tantas veces sea llamado a declarar puede acogerse al mismo; cada declaración es independiente de otra que pueda realizar el imputado e, incluso, cuando se niega a hacerlo, total o parcialmente–. Si el imputado declara, ello supone una renuncia del derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores [PÉREZ-CRUZ].

El *derecho al silencio -ius tacendi- y el derecho a no declarar contra sí mismo* –este último complementario del primero–, son propiamente opciones que se reconocen al imputado para defenderse en el proceso en función a lo que estime más conveniente para sus intereses, por lo que es lícito que o bien declare, y lo haga en la extensión que desee –no puede ser forzado, inducido o engañado para que lo haga–, o bien que guarde silencio –total o parcial, en cualquier fase del procedimiento o en todas y a lo largo del mismo en su conjunto–, conducta de la que no cabe extraer ninguna colusión positiva o negativa [ASENCIO]. Este derecho constitucional implica dos notas esenciales: **(i)** libertad para declarar, tanto en

la decisión de hacerlo cuanto en su contenido, y (ii) ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta –*la mentira del imputado no puede ser tomada como delito ni como infracción procesal*–, lo cual dimana de la consideración de que el silencio y las declaraciones del imputado han de ser asumidas fundamentalmente como un medio idóneo de defensa. En el proceso penal no rige la *ficta confessio* ni el sistema social tiene la capacidad para conseguir confesiones no voluntarias [Montero].

Cabe aclarar que este derecho es de ejercicio optativo. El imputado puede renunciar a su ejercicio. Esta renuncia, desde luego, presupone la previa información o advertencia del derecho que deja de ejercer y que la renuncia al mismo sea libre y voluntaria –el imputado no puede ser forzado (la SCIDH Castillo Petruzzi, de 30-05-99, estableció que la exhortación a un imputado a decir la verdad no es legalmente reprochable), inducido o engañado para que declare o confiese–, a la vez que sujeta al auxilio del respectivo asesoramiento letrado –así, por ejemplo, STCE 86/1995, de 06-06-95; y, especialmente, artículo 71.2.c-d CPP–.

Es de puntualizar, sin embargo, que el reconocimiento del derecho o la posibilidad de guardar silencio: *ius tacendi*, de universal aceptación, llega hasta allí, pues ante esta renuncia se suscitan las diferencias. En el sistema eurocontinental, como se ha dejado expuesto, el imputado que quiere declarar no solo no presta juramento sino que las mentiras que pueda exponer en su autodefensa no le generan efecto lesivo alguno (la STEDH Serves, de 20-10-97, si bien entiende que la exigencia de juramento al imputado es inaceptable, no es ilegítima cuando se trata de testigos porque en este supuesto está pensada para asegurar que lo declarado ante el juez es verdad no para forzarlos a declarar). En cambio, en el sistema angloamericano el imputado es advertido que no 'tiene que decir nada', por lo tanto, puede guardar silencio. Pero si decide hablar, 'todo cuanto diga se recoge por escrito y será utilizado contra él'; es decir, si declara lo hace como testigo, con lo cual se niega al inculpado el derecho o posibilidad de mentir en su propio provecho en aras del principio de probidad y de seriedad de los actos del proceso penal [Vásquez Sotelo].

Por último, en cuanto a su ámbito de funcionamiento, este derecho instrumental se circunscribe a las declaraciones del imputado que exterioricen un contenido concreto, incriminatorio, de admisión de culpabilidad –se entiende por "declaración", una deposición, manifestación o explicación que realiza una persona acerca de los hechos sobre los que versa la causa; entraña un acto de conocimiento y un acto de voluntad, así como responde a un requerimiento concreto de la autoridad competente–. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones de los países democráticos entienden que la declaración es una

conducta positiva no exigible al imputado, quien además por imperio del derecho a la presunción de inocencia, por inversión de la carga de la prueba –y en relación con lo anterior–, no está obligado a colaborar activamente en el proceso y ello no solo por medio de no prestar declaración alguna o de un determinado contenido, sino tampoco a través de la exigencia de realización de cualquier conducta que entrañe un comportamiento positivo, esto es, una acción cualquiera de movimiento [ASENCIO].

Nada se opone, por cierto, al establecimiento de una obligación personal que implique el deber del imputado de soportar pasivamente injerencias en su cuerpo, con las limitaciones necesarias, de las que extraer datos de carácter objetivo idóneos a la investigación penal, en tanto se obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen, y no le impone cooperar también de modo activo en él, no viola el principio de pasividad. El vómito no puede considerarse como acción activa, sí lo es en cambio someter al imputado a test de alcohol a través de la respiración utilizando aparatos electrónicos [ROXIN].

Queda claro, entonces, que la cláusula de no autoincriminación: *nemo tenetur se ipsum accusare, y sus sinónimas: nemo tenetur se detegere* (nadie está obligado a delatarse) y *nemo tenetur edere contra se* (nadie viene obligado a declarar contra sí mismo), se circunscribe **(i)** a la no exigencia de una conducta activa del imputado que entrañe una declaración que exteriorice un contenido, y **(ii)** siempre que esa declaración importe el reconocimiento inmediato de una infracción. En consecuencia, desde una perspectiva estricta, no puede pedirse coactivamente al imputado que declare y responda compulsivamente a un interrogatorio, cuyas respuestas puedan incriminarlo al importar el reconocimiento, expreso o tácito, de la comisión de una infracción, sea penal o administrativa, en tanto esta última integra el *ius puniendi* estatal [ROXIN].

Las líneas maestras de este derecho son las siguientes: **a)** se trata de un derecho ejercitable desde que la situación individual de la persona sometida a investigación se haya visto "sustancialmente afectada", sin que se precise para ello de una previa acusación formal; **b)** no es un derecho absoluto, pero es un derecho básico que descansa en el corazón del concepto de juicio justo; **c)** se trata de un derecho ejercitable en todo tipo de procedimiento, sin que su desconocimiento pueda fundarse en la simplicidad del procedimiento ni en razones de seguridad y orden público; y d) únicamente puede tenerse en cuenta el silencio del acusado en aquellas situaciones que claramente demanda de él una explicación [MARCA MATUTE].

IV. TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El CPP, siguiendo las pautas técnicas de la LOPJ –bajo el título de "Principios Generales"– y del CPC, instituyó un Título Preliminar que preside todo su texto y consta de diez artículos (también lo tienen los grandes Códigos sustantivos: Civil y Penal, este último bajo el subtítulo, al igual que la LOPJ, de "Principios Generales"). Se podría calificar al Título Preliminar de normas rectoras –primeras normas que constituyen la cabeza del ordenamiento procesal penal–, pues reconoce y desarrolla los principios y garantías básicas del nuevo proceso penal, así como fija las pautas cardinales del funcionamiento de un sistema procesal penal, sin duda muy distinto al pretérito, reglado por el ACPP.

El artículo I enumera los grandes principios y garantías del proceso penal, ya estudiadas: imparcialidad, juez legal, plazo razonable, juicio previo, oral, público y contradictorio, legalidad procesal, igualdad procesal, y doble grado de jurisdicción. Además, enfatiza el principio de gratuidad de la justicia –que viene a relativizarse por las disposiciones de la LOPJ, en especial su artículo 24–, a la vez que introduce en lo penal las costas procesales, así como reconoce el derecho a la indemnización por errores judiciales. Este artículo no contiene precisiones o definiciones de los principios y garantías que incluye en su texto, salvo cuando circunscribe con muy buen alcance el derecho al recurso –taxatividad del recurso y obligatoriedad de su ejercicio cuando se trata de sentencias y autos equivalentes–. Sin duda, deja librado a la jurisprudencia y a la doctrina procesalista la fijación de su ámbito de funcionamiento y de sus alcances hermenéuticos, y que es lo que se ha intentado realizar en esta lección.

Los artículos II, III, VIII y IX desarrollan normativamente concretas garantías procesales penales: presunción de inocencia, non bis in idem, prueba legítima –obtenida y actuada con todas las garantías, que integra la garantía genérica de presunción de inocencia, aunque con perfiles singulares que trascienden a la garantía genérica del debido proceso–, y defensa procesal. La importancia de su rol procesal, la línea protectora de los derechos de la persona que envuelven y la necesidad de su concreción institucional ante las deficiencias de su tratamiento anterior obligaron al legislador a adelantar sus notas esenciales, sin que ello impida, desde la perspectiva constitucional, la acentuación de algunos de sus elementos esenciales y la determinación de otros perfiles, alcances y direcciones. Estas normas no son un límite a la labor de interpretación judicial del CPP sino una guía, sin duda abierta, de la cual partir para desarrollar sus características vitales. Por lo demás, como ha precisado el Tribunal Constitucional al referirse al Título

Preliminar del Código Penal, "el Código Penal [por nuestra parte, se puede decir: Código Procesal Penal] no es el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquel incorpore determinados principios jurídicos" (STC n.º 0014-2006-PI/TC, de 19-01-07, FJ 52).

Los artículos IV y V afirman las características centrales del nuevo proceso penal, a partir de la definición de los roles del fiscal y del juez; traza sus ámbitos y delimita sus funciones. Resalta y concreta los principios de oficialidad, obligatoriedad y acusatorio. Destaca el papel del Ministerio Público, órgano constitucional autónomo, como titular de la acción penal, conductor de la etapa de investigación preparatoria y encargado de la acusación –de la introducción y sostenimiento de la pretensión penal–; a la vez que, nítidamente, descarta la naturaleza jurisdiccional de los actos de investigación, y afirma el señorío judicial de las etapas intermedia y de enjuiciamiento, al punto que recuerda que es al juez a quien le corresponde dictar sentencias, las cuales sin duda han de fundarse, desde el juicio histórico, en actos de prueba, no de investigación. Por último, en armonía con lo anterior, reafirma la garantía jurisdiccional al enfatizar que las penas y medidas de seguridad solo pueden imponerse por el juez competente.

El artículo VI acepta la libertad, tanto como principio, en cuya virtud implícitamente le reconoce el carácter de herramienta hermenéutica –favor pro libertatis– que opta por preferir aquella interpretación que la restrinja en menor grado y exigir la debida justificación cuando se trata de afectarla; cuanto como derecho, al incorporar reglas precisas, muy intensas, para limitarla. Insiste en la necesidad de formular dos juicios insustituibles para imponer una limitación a la libertad con fines procesales: en primer lugar, exige el examen previo de la información obtenida por la autoridad (intervención indiciaria); y en segundo, insta la realización de un examen de proporcionalidad de la medida, los cuales han de expresarse cumplidamente en la motivación de la resolución judicial –que se denomina, como se ha indicado, motivación reforzada (así, STCE 8/2002, de 14-01-02)–.

El artículo VII fija el marco básico para entender el alcance de la norma procesal penal: su vigencia y su interpretación. Estos ámbitos que ya han sido estudiados en la Lección anterior, cuyo carácter rector se reconoce en función a su trascendencia constitucional; además, tiene un poder de definición previo al determinar qué norma procesal es la que rige la dilucidación de un caso concreto y delimitar su interpretación según las características y ámbito regulado.

El artículo X, de inspiración colombiana, es el que da sentido y cierra el nuevo sistema procesal penal nacional. En primer término, **(i)** formula una directiva hermenéutica clarísima: las normas del Título Preliminar "serán utilizadas como fundamento de interpretación". La trascendencia de esta disposición radica en que el Título Preliminar afirma el Programa procesal penal asumido por el CPP –en consecuencia, orienta y encausa el proceso penal–, pero se trata de un texto normativo siempre 'abierto' en atención a la propia lógica indeterminada de varias de sus reglas jurídicas, en especial las del artículo I que no desarrolla las garantías y principios que incorpora –solo las enuncia–. Siendo así, es del caso tomar en cuenta el texto de cada institución regulada por las disposiciones del Código, sin desnaturalizarlo y asumiendo la idea eje que informa el Título Preliminar –que dotan de armonía y coherencia al ordenamiento procesal penal–.

Además, el citado artículo **(ii)** otorga a las reglas del Título Preliminar una jerarquía determinada: "Las normas que [la] integran [...] prevalecen sobre cualquier otra disposición del [...] Código". Como estas disposiciones jurídicas o, mejor dicho, reglas de derecho, incorporan postulados básicos del ordenamiento procesal penal, de relevancia constitucional, son de obligatoria e imperativa observancia; están destinadas a regir y a orientar todo el sistema jurídico penal [Velásquez]. A través de esta disposición es imperativo al intérprete adecuar la interpretación y alcance de las normas procesales a las directivas constitucionales. Obviamente, si el intérprete encuentra en una concreta disposición procesal una incompatibilidad, imposible de superar vía hermenéutica invocando el Título Preliminar, entonces está en la obligación de aplicar el control difuso y, en consecuencia, el artículo 14 LOPJ.

PARTE SEGUNDA

EL ÓRGANO JURISDICCIONAL PENAL: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

LECCIÓN CUARTA

PRESUPUESTOS PROCESALES Y JURISDICCIÓN PENAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Concepto y alcances

La constitución válida del proceso penal, que permite al juez dictar una sentencia de fondo, es decir, que lo autoriza a entrar a conocer sobre el objeto del proceso o fondo del asunto, requiere del cumplimiento de los denominados presupuestos procesales; los cuales protegen el interés público y a las partes acusadoras y acusadas. Más allá de la construcción inicial de Oscar Von Bülow en 1868, que se asientan en la noción relación jurídico-procesal, lo relevante y pacíficamente aceptado es que ha de atenderse a los elementos esenciales, de carácter procesal, sin los cuales no es posible obtener una sentencia válida [Del Valle].

Así las cosas, se define los presupuestos procesales como aquellos elementos –requisitos o condiciones– de carácter formal –independientes del derecho material– imprescindibles o de obligada observancia –carácter intrínseco y necesario– en el momento del ejercicio de la acción y, en cualquier caso, de la sentencia que condicionan la admisibilidad de la pretensión. Sin su existencia, como ha quedado expuesto, el juez no puede entrar a examinar la pretensión o relación jurídico-material debatida, la cual ha de quedar imprejuzgada [Gimeno]. Los presupuestos procesales han de ser observados en todas y cada una de las instancias. Por consiguiente, establecida la ausencia de un presupuesto procesal, se tendrá que observarlo cumplidamente y volver de nuevo a empezar el proceso [Díaz Martínez].

Es posible, claro está, concebir este impedimento apenas cuando fuese instituido a favor del interés público; cuando el mérito fuese favorable al demandado o acusado, la ausencia de un presupuesto destinado a su protección no retira del juez el deber de emitir una sentencia desestimatoria o absolutoria, de modo que la ausencia de un presupuesto impedirá la tutela de un derecho material, pero no el juzgamiento de mérito. En el caso en que el mérito es favorable al demandante

o acusador, el juez podrá conceder la tutela del derecho si el presupuesto negado tuviese el objetivo de protegerle [MARINONI].

La nota más característica de los presupuestos procesales, por su naturaleza imperativa, es la apreciabilidad de oficio, sin que a ello se oponga a que sean evidenciados por las partes [ASENCIO].

2. Clasificación

Desde una perspectiva subjetiva, es posible optar por la siguiente clasificación de presupuestos procesales: **a)** del órgano jurisdiccional, **b)** de las partes, y **c)** del objeto procesal.

Los presupuestos del órgano jurisdiccional se concentran en la jurisdicción y en la competencia en sus diversas modalidades (objetiva, funcional y territorial). Los presupuestos de las partes se circunscriben a la capacidad para ser partes y de actuación procesal –capacidad procesal o legitimación para el proceso–, la representación –se agrega la postulación para pedir en el caso de los abogados (regularmente: artículo 84, apdos. 4, 5, 6 y 10, CPP; y, excepcionalmente: artículo 79.3 CPP)– y el derecho de conducción procesal –concretado en la etapa de impugnación, que incorpora la exigencia de haber sido parte en el proceso de primera instancia–. Los presupuestos del objeto procesal se expresan en la emisión en forma de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria y de la acusación, así como el procedimiento adecuado –cuya incorrección por cierto no conduce a una sentencia inhibitoria–, la litispendencia y la cosa juzgada.

II. REGULACIÓN

El CPP regula la jurisdicción y la competencia penal en la Sección Tercera del Libro Primero "Disposiciones Generales": artículos 16-59 (43 artículos). Esta sección está subdivida en cuatro títulos que son los siguientes:

A. **Título I. La jurisdicción:** artículos 16-18 (tres artículos).

B. **Título II. La competencia:** artículos 19-32 (catorce artículos). Se subdivide en tres capítulos:

- **(i)** *Capítulo I. La competencia por territorio:* artículos 21-25 (cinco artículos.
- **(ii)** *Capítulo II. La competencia objetiva y funcional:* artículos 26-30 (cinco artículos).

(iii) *Capítulo III. La competencia por conexión:* artículos 31-32 (dos artículos).

C. Título III. Concurso procesal de delitos: artículo 33 (un artículo)

D. Título IV. Cuestiones de competencia: artículos 34-59 (26 artículos). Se subdivide en cinco capítulos:

(i) *Capítulo I. La declinatoria de competencia:* artículos 34-38 (cinco artículos)

(ii) *Capítulo II. La transferencia de competencia:* artículos 39-41 (tres artículos).(vi)

(iii) *Capítulo III. La contienda de competencia:* artículos 42-45 (cuatro artículos).

(iv) *Capítulo IV. La acumulación:* artículos 46-52 (siete artículos).

(v) *Capítulo V. La inhibición y recusación:* artículos 53-59 (siete artículos).

III. JURISDICCIÓN PENAL

1. Antecedentes

La jurisdicción, como se sabe, tiene una función genérica y varias funciones específicas. Genéricamente la jurisdicción tiene como función primordial la resolución definitiva, mediante la aplicación del derecho objetivo, de los conflictos intersubjetivos y sociales. El presupuesto material de la jurisdicción es el conflicto, que si es intersubjetivo surge cuando se vulnera un derecho subjetivo, perteneciente al ámbito del derecho privado, de naturaleza disponible; y cuando es social importa la trasgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección, tales como los delitos y las infracciones administrativas [Gimeno].

Dos particularidades definen la jurisdicción: **1.** Es un acto de la función soberana del Estado de carácter indelegable, destinada a la aplicación de la ley. **2.** Su ejercicio no puede estar regido más que por la ley, sus reglas solo se alteran por ley, y las personas solo pueden ser juzgadas por los jueces legalmente previstos [Florián].

Una de las funciones específicas de la jurisdicción es el control de la legalidad o de la vigencia de la legalidad. Dentro de ella, y respecto de los particulares, una de sus manifestaciones típicas es la jurisdicción penal [Gimeno].

2. Definición

La jurisdicción penal es una especie de la jurisdicción, en cuya virtud el Estado a través de los juzgados y salas del Poder Judicial, integradas en el orden jurisdiccional penal, realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de las infracciones punibles e imponiendo las sanciones penales, siempre que se haya ejercitado la acción [IBÁÑEZ]. Es una jurisdicción por la materia, circunscripta a los delitos y faltas, de la que conoce de manera exclusiva y excluyente. Consiste, pues, en la comprobación –positiva o negativa– de los delitos, bajo una regla hoy evidente: *nulla poena sine judicio*, que excluye las penas infligidas por actos soberanos [CORDERO].

La jurisdicción, en cuanto función o facultad de la declaración del derecho aplicable a determinada relación o situación regulada por el ordenamiento jurídico [CALDERÓN], tiene un carácter previo a la competencia. Esta última, sobre la base común del ámbito de lo penal, que importa el ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre determinadas personas en relación con las infracciones punibles –jurisdicción penal–, concreta la atribución a cada órgano jurisdiccional de una cierta clase de procesos o procedimientos. Las normas que rigen ambas instituciones procesales, como es obvio, son relevantes para la configuración del juez ordinario determinado por la ley, que es un elemento que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía genérica del debido proceso.

La jurisdicción penal comprende tres elementos: **1.** La potestad de declarar la aplicación de la ley penal en los casos concretos, a través de un juicio. **2.** La potestad de imprimir fuerza ejecutiva a la declaración con que se aplica la ley penal en el caso concreto. **3.** La facultad de dictar disposiciones adecuadas para la ejecución de la sentencia y, en general, para la efectiva aplicación de la ley penal [FLORIÁN].

Las normas que regulan la jurisdicción penal, en concreto su alcance, son imperativas o de *ius cogens*, en cuanto se corresponden con el carácter de derecho fundamental y garantía procesal específica del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley [RICHARD/RIAÑO]. El artículo 17 del CPP establece, por consiguiente, que la jurisdicción penal es improrrogable. Ello significa que, como auténtico presupuesto procesal, no cabe sobre ella ningún género de sumisión, tácita o expresa, y que su defecto puede ser apreciado de oficio por los órganos judiciales en cualquier estadio del procedimiento [ARMENTA]. Las partes, en especial el Ministerio Público, solo pueden deducir la controversia penal ante el juez que ostente jurisdicción y competencia, la cual está definida legalmente.

3. Órganos jurisdiccionales penales

La organización judicial nacional, desde la LOPJ, asume claramente el principio de especialidad (artículo 27 LOPJ) –en atención a la complejidad de los asuntos unida a la aplicación de criterios de división del trabajo [Aragoneses]–, que lo proyecta tanto a la propia Corte Suprema –para la que instituye una Sala Penal– como a las cortes superiores y juzgados. El citado Código Orgánico reconoce salas penales suprema y superiores, juzgados penales, juzgados de paz letrados y juzgados de paz –a estos últimos les atribuye el conocimiento de la materia penal circunscripta a las faltas– (concordancia de los artículos 30, 34, 41, 46.2, 50, 54 y 57, segundo parágrafo, LOPJ).

El Código Procesal Penal de 2004 ha ratificado y desarrollado este principio, de naturaleza orgánica. Desde la potestad jurisdiccional en materia penal el artículo 16 define cinco tipos de órganos jurisdiccionales penales.

A. La Sala Penal de la Corte Suprema, como órgano máximo de la justicia penal ordinaria, radicada centralmente en el conocimiento del recurso de casación y en el enjuiciamiento de los altos funcionarios públicos establecidos en el artículo 100 de la Constitución.

B. Las salas penales de las Cortes Superiores, que básicamente se erigen en un órgano de apelación.

C. Los juzgados penales, que pueden ser unipersonales o colegiados y que conocen del enjuiciamiento en los procesos declarativos de condena.

D. Los juzgados de la investigación preparatoria –la institución judicial más novedosa y significativa del sistema procesal asumido–, que conocen de la etapa intermedia y controlan la investigación preparatoria.

E. Los juzgados de paz letrados, que conocen de las faltas, y que en casos excepcionales sus asuntos pueden ser conocidos por los juzgados de paz.

Los órganos jurisdiccionales poseen una ordenación territorial para cuya determinación han de tenerse en cuenta tres elementos: **1.** La *circunscripción*, que es el espacio donde ejercen válidamente su función. **2.** La *sede*, que es la localidad donde reside el órgano jurisdiccional. **3.** El *local*, que es el edificio donde está instalado el órgano jurisdiccional. Así, la Corte Suprema tiene como circunscripción todo el Perú y su sede está en la capital, Lima. Las Cortes Superiores tienen como circunscripción el ámbito territorial de un departamento –denominado a efectos judiciales, distrito judicial (artículo 36 LOPJ)–, aunque se reconocen excepciones

respecto de ese ámbito territorial en función a las dimensiones del territorio, número de habitantes y litigiosidad: existen, por ejemplo, Cortes Superiores en la Provincia Constitucional del Callao, y en las provincias de Cañete y Huaura que integran el departamento de Lima, y la provincia de El Santa, que integra en departamento de Áncash; asimismo, la provincia de Lima Metropolitana, además de la Corte Superior de Lima, tiene la Corte Superior de Lima Norte, Lima Sur y Lima Este. Los juzgados penales y de investigación preparatoria pueden tener su circunscripción limitada a una provincia o incluso a determinados distritos: los juzgados de paz letrados, en un distrito (artículo 54 LOPJ); y los juzgados de paz, en los poblados, a juicio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (artículo 61 LOPJ).

4. Extensión y límites de la jurisdicción penal

4.1 Extensión de la jurisdicción penal

La jurisdicción penal responde una pregunta central: ¿Cuándo corresponde a las Salas y Juzgados que integran el orden jurisdiccional penal peruano conocer de las causas y juicios penales? Puede decirse de manera general que la jurisdicción penal peruana se extiende al conocimiento –y ejecución– de los delitos y faltas (artículo 11 CP) cometidas por cualesquiera personas en el territorio nacional.

Para definir el marco de infracciones penales o hechos punibles que puede conocer la jurisdicción penal deben considerarse los criterios de aplicación que establecen el Código Penal –artículos del 1 al 4– y los tratados internacionales celebrados por el Estado, debidamente aprobados y ratificados conforme a la Constitución (artículo 17 CPP).

4.2. Límites de la jurisdicción penal

Lo estipulado en el artículo 17 CPP solo marca un aspecto de la jurisdicción penal. Esta, sin embargo, aparece limitada en su actuación por circunstancias diversas, cuya determinación sigue tres criterios: objetivo, territorial y subjetivo.

4.2.1. Criterio objetivo

La jurisdicción penal, como regla general, conoce de los delitos y faltas previstas en el Código Penal y en la legislación penal especial –doble objeto–, sin perjuicio, además, del conocimiento de la acción civil *ex delito* (artículos 92 CP, y 11 y 12 CPP). Está en función de la naturaleza de los hechos objeto de conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria. Es su ámbito objetivo interno.

Existen, sin embargo, tres modalidades de infracciones punibles que no son de conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria, tal como lo reconoce el artículo 18 CPP. Estas dan lugar a la siguiente configuración de tres jurisdicciones penales especiales o especializadas, según el caso:

A. **Jurisdicción militar.** Encargada del conocimiento de los delitos de función cometidos por militares y policías en actividad (artículo 173 de la Constitución, Ley n.° 29182, de 01-01-08 –Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial–, y D. Leg. n.° 961, de 11-01-06 –Código de Justicia Militar Policial–. Se instituye al margen del Poder Judicial Organización.

B. **Jurisdicción tutelar de adolescentes.** Encargada del conocimiento de los delitos y faltas cometidas por adolescentes, conforme al Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Decreto Legislativo 1348, de 7.1.2017). Forma parte del Poder Judicial, de la jurisdicción ordinaria, e integra en orden jurisdiccional de Familia (artículos 43-A y 53, último parágrafo, LOJP).

C. **Jurisdicción indígena o comunal.** Encargada del conocimiento de los hechos punibles que se perpetren dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas. Así estatuye el artículo 149 de la Constitución, norma suprema que, sin embargo, todavía no ha sido desarrollada legalmente. Se organiza autónomamente, al margen del Poder Judicial Organización. En el caso de las rondas campesinas, la Corte Suprema ha considerado que sus actuaciones, bajo determinados presupuestos y sujetas a puntuales límites, son expresión de esta jurisdicción (Acuerdo Plenario n.° 1-2009-CJ/116, de 13-11-09).

4.2.2. Criterio territorial

Para determinar la jurisdicción penal es todavía insuficiente el criterio objetivo, pues como el ejercicio de la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, la regla complementaria será que todos los hechos punibles ocurridos en el territorio nacional (artículo 55 de la Constitución), sin importar la nacionalidad de sus autores y partícipes, deben ser conocidos por los órganos jurisdiccionales del país. A este criterio se denomina principio de territorialidad (artículo 1 CP), que procesalmente da lugar al denominado fuero territorial. Es la regla general, que también es aplicable al influjo de la teoría del pabellón –conocido también como teoría del territorio flotante o del derecho de bandera–, tratándose

de delitos cometidos en las naves o aeronaves nacionales públicas en donde se encuentren, o en naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía. La Ley de Aeronáutica Civil n.° 24882, de 30-06-88, en su artículo 5, prescribe que los delitos cometidos a bordo de aeronaves civiles nacionales que se encuentren en territorio extranjero, se aplica la ley peruana si los efectos del acto no afectan al Estado sobrevolado. En estos últimos supuestos el principio que los expresa es el de territorio nacional ficto [VILLA STEIN].

El Código Penal, sin embargo, posibilita que hechos punibles cometidos en el extranjero puedan ser de conocimiento de la jurisdicción penal, que procesalmente determina el denominado fuero extraterritorial. Las reglas se encuentran en los artículos 2 y 3 del citado Código, que asumen, condicionadamente (así: artículo 4 CP), los principios reales o de protección, de personalidad o nacionalidad, de representación, y de justicia mundial o universalidad.

4.2.3. Criterio subjetivo

Acotado el carácter penal de la conducta imputada y afirmada la intervención de los órganos jurisdiccionales penales en el referido caso debe examinarse si el presunto responsable está o no sometido a la jurisdicción penal ordinaria. La regla estriba en que toda persona, nacional o extranjera, que cometa un delito en sede nacional está sometida a la jurisdicción penal peruana. Empero, se admiten excepciones en razón de la inviolabilidad de la que gozan determinadas personas –*ratione personae*–, tanto nacionales como extranjeras, según las estrictas previsiones legales (artículo 10 CP).

Los nacionales que gozan de inviolabilidad son los congresistas, el defensor del pueblo y los magistrados del Tribunal Constitucional, conforme a los artículos 93, § 2, 161, § 3, y 201, § 2, de la Constitución. La inviolabilidad solo alcanza a los denominados "delitos de expresión": opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones. La inviolabilidad importa que la persona que goza de este privilegio no pueda ser castigada penalmente por la realización de determinados delitos; es una protección absoluta que impide la persecución penal y la aplicación del derecho penal [GARCÍA CAVERO], sustentada en el interés en que ejerzan el cargo con entera libertad sin limitaciones irrazonables. Es una excepción a la jurisdicción penal.

Los extranjeros que desempeñan alguna función pública en sede nacional gozan de inviolabilidad según las disposiciones del derecho internacional público

–teoría del interés de la función–. Así, jefes de Estados extranjeros (Código de Bustamante, artículo 297) e integrantes de su séquito (Tratado de Montevideo), diplomáticos (Convención de La Habana sobre funcionarios diplomáticos; Código de Bustamante, artículo 298; Convención de Viena sobre funcionarios diplomáticos), miembros de las misiones acreditadas ante los distintos organismos de las Naciones Unidas, del sistema americano, etc.

IV. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

1. Aspectos fundamentales

El artículo 139.1 de la Constitución, si bien reconoce el principio de unidad y exclusividad jurisdiccionales y consolida la vigencia del Poder Judicial Organización, igualmente contempla la jurisdicción militar, integrada por un conjunto de órganos jurisdiccionales especializados que aplican el derecho penal militar (STC n.° 23-2003-AI/TC, de 04-11-04, § 37). La Constitución, aun cuando consolida la existencia de una jurisdicción especializada –en orden a la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en su relación deben ser prohibidas [Hurtado]–, no impone sin embargo la necesidad absoluta de una organización propia judicial militar, al margen del Poder Judicial; no traduce una suerte de garantía institucional para la jurisdicción militar policial, aunque es posible que el legislador ordinario pueda hacerlo sin infracción de la Constitución (STC n.° 0001-2009-PI/TC, de 04-11-09]. La justicia militar policial, entonces, desde la perspectiva constitucional, puede ser configurada como un mero órgano jurisdiccional de competencia especializada y, aunque dudosamente, como un complejo de tribunales especiales por la organización.

Sus disposiciones matrices son: (i) la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (LOFFMP), Ley 29182, de 11-1-2008, modificada por el Decreto Legislativo 1096, de 1-9-2010; y, (ii) el Código Penal Militar Policial (CPMP), Decreto Legislativo 1094, de 1-9-2010.

Dos premisas deben reconocerse a la jurisdicción militar policial. De un lado, conforme se estipuló en las SSCIDH Castillo Petruzzi, Durand y Ugarte, Las Palmeras, y Lori Berenson, esta "se establece por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias": mantenimiento del orden, seguridad y disciplina en las fuerzas del orden, es la

expresión utilizada por el artículo I, apdo. 1, del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial. De otro lado, el principio de jerarquía y disciplina militar, que tiene un carácter configurador del ordenamiento castrense y, a su vez, garantiza y tutela el adecuado cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados los institutos castrense y policial, debe entenderse como aquel que hace referencia a la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar o policía debe acomodar su conducta y, por tanto, desde las relaciones internas del citado colectivo, a la idea de respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía (Ejecutoria Suprema CC-35-2009, de 08-02-10).

El artículo 173 de la Constitución señala que están sometidos al Fuero Militar-Policial –acorde con la legislación vigente– los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, cuyos órganos jurisdiccionales solo aplican la Ley Penal Militar, sus disposiciones no se extienden a los civiles. Los tribunales militares, por consiguiente, atienden al derecho penal militar y en este sentido es que se le denomina Fuero. Los delitos que contemplan son los de función, cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, con exclusión de los civiles. Ese es el ámbito de competencia material de la jurisdicción castrense [CUBAS], por lo que se trata, como lo definió la STC n.° 0001-2009-PI/TC, de un fuero funcionalmente limitado, de alcance restrictivo y excepcional como anotó la SCIDH Durand y Ugarte.

Actualmente existen dos normas básicas que determinan, de un lado, la organización y funciones de la organización judicial castrense; y, de otro lado, el ámbito material de su intervención: la ley penal militar. Se trata de la Ley n.° 29182, de 11-01-08 –Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial–, y el D. Leg. n.° 961, de 11-01-06 –Código de Justicia Militar Policial–. Esta última norma con rango de ley ha sido validada parcialmente por el Tribunal Constitucional que solo declaró inconstitucionales algunas de sus disposiciones (STC n.° 0012-2006AI/TC): La primera norma, salvo algunas de sus disposiciones, también fue validada por el Tribunal Constitucional en la citada STC n.° 0001-2009-PI/TC, de 0412-09, no obstante lo que en su día declaró en las SSTC n.° 1605-2008-PHC/TC, de 11-01-08, y 004-2006-PI/TC, de 29-03-06, que declaró inconstitucional la anterior Ley n.° 28665, de 07-01-06, que regulaba la organización y funciones del denominado Fuero Militar Policial.

2. El delito militar

A partir del artículo 173 de la Constitución se ha construido el concepto constitucional de delito de función. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, sobre la base de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha alcanzado un alto grado de definición, que luego ha sido consolidado por el Código Penal Militar Policial y la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial: artículos III y IV del Título Preliminar de la LOFFMP, y 7 y 8 del CPMP.

Como la jurisdicción militar es una jurisdicción funcional, los agentes activos –que solo pueden ser militares y policías en situación de actividad, nunca civiles: artículos III y IV del TP de la Ley n.° 29182, y SCIDH, asunto Cesti Hurtado, de 29-09-99– solo podrán cometer tales infracciones penales dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. Su alcance es restrictivo y excepcional, y está encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asignada a los institutos armados y policiales (sentencias de la CIDH, asuntos Castillo Petruzi, y Durand y Ugarte); además, su competencia material solo puede extenderse a los tipos legales que prevea el Código de Justicia Militar.

Según la STC 017-2003-AI/TC, de 16-03-04, desde los elementos objetivo del delito militar exige la presencia de tres notas esenciales: **a)** las conductas deben afectar bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional – objeto material–; **b)** el sujeto activo debe ser un militar en servicio activo –círculo de autores–; y **c)** el hecho punible ha de haber sido cometido en acto del servicio, es decir, con ocasión de él –circunstancias externas del hecho–, el cual nunca podrá presentarse en los denominados crímenes horrendos y en los atentados graves a los derechos humanos.

Precisando estas exigencias, la Ejecutoria Suprema CC/18-2004, de 1711-04, instituyó cuatro características básicas del delito de función. Así, **1.** Este delito se construye a partir de una noción subjetiva-objetiva, pues protege concurrentemente un interés militar o policial y a un sujeto activo cualificado determinado. **2.** Es un delito de infracción del deber positivo especial, pues el autor solo puede ser quien aquel que lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra en el derecho administrativo y que se muestra a través del tipo legal, deber radicado en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; él es el garante del cumplimiento de aquellas tareas vinculadas a la existencia, organización y cumplimiento de los fines constitucionales de la institución la que pertenece.

3. Es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría, la condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena. **4.** El sujeto pasivo del delito de función, en tanto el bien jurídico vulnerado ha de ser inherente y exclusivo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, serán estas últimas.

Los criterios de delimitación permiten deslindar entre un delito común y un delito de función militar policial. Es especialmente significativo que la normativa pertinente no puede ser entendida como la afirmación indirecta de fueros personales, sino la confirmación de la existencia de un fuero real o de causa (SCSJA Videla, de 27-12-84). Además, la noción de acto de servicio debe ser apreciada en forma restrictiva (SCSJA Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, de 17-04-84), y solo surge cuando se trata de juzgar hechos realizados por militares [o policías] con motivo u ocasión del cumplimiento de tales actos, pero no cuando aquellos resultan víctimas y los imputados civiles (SCSJA Vásquez, de 26-03-71). La mera coincidencia temporal del delito con la actividad propia del militar no puede fundar por sí la competencia de la justicia castrense (SCSJA Luna, de 19-10-89).

El Código de Justicia Militar Policial ha concretado el conjunto de los delitos de función, que delimitan el alcance de la justicia militar policial. Primero, ha establecido los ámbitos esenciales propios de todo injusto penal militar policial (artículos 7 y 9) y las condiciones de la sanción penal. Segundo, ha especificado los delitos, en ocho títulos, que integran el ámbito del derecho penal militar, solo parte de los cuales han sido declarados inconstitucionales (STC 0012-2006-PI/TC).

3. Conflictos de jurisdicción

3.1 Concepto

Procesalmente, se está ante un conflicto cuando dos o más tribunales se consideran con derecho a intervenir en una causa [LEVENE (h)]. Esta es una de las consecuencias, juntamente con el surgimiento de cuestiones prejudiciales, de la existencia de las diversas manifestaciones de la jurisdicción [PRIETO CASTRO]. Si el conflicto se presenta entre órganos jurisdiccionales y administrativos, y entre órganos jurisdiccionales ordinarios y jurisdiccionales militares –o, en todo caso, ante órganos jurisdiccionales especiales o especializados con una organización propia, fuera del Poder Judicial Organización–, se estará ante un conflicto de jurisdicción –o conflicto de atribuciones como la denomina Prieto Castro–, mientras que

cuando el conflicto se presenta entre órganos de la jurisdicción ordinaria se estará ante un conflicto de competencia [Aragoneses].

3.2 Decisión

Según el artículo 26.5 CPP, conforme a nuestro derecho histórico, compete a la Sala Penal de la Corte Suprema resolver las cuestiones de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar. Tal disposición tiene su asiento orgánico en el artículo 34.3 LOPJ. Así lo enfatizó la STC n.º 0001-2009-PI/TC al declarar inconstitucional el artículo 4 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, que insólitamente entregaba tal tarea al Tribunal Constitucional. Por tal razón, se modificó el citado precepto para encargar su decisión a la Corte Suprema de Justicia (Decreto Legislativo 1096, de 1-9-2010).

3.3 Criterios de definición

Como precisó la Corte Suprema en la Ejecutoria CC-35-2009, de 0802-10, siguiendo la jurisprudencia española, para solucionar los conflictos jurisdiccionales surgidos con la jurisdicción militar no basta con la mera interpretación gramatical o sistemática de los preceptos sustantivos o procesales que pueden entrar en colisión, es necesario profundizar en el análisis de las situaciones jurídicas enfrentadas para examinar si se ha producido una lesión a intereses estrictamente militares o, por el contrario, existen otros bienes jurídicos que se estimen dignos de protección preferente por la jurisdicción ordinaria. De ello surge un principio fundamental en la materia: *la jurisdicción ordinaria prevalece frente a la militar policial, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o por vía de conexidad o analogía* [Richard/Riaño].

La existencia de jurisdicciones especiales frente a la jurisdicción ordinaria da lugar a una serie de reglas hermenéuticas: **1.** Directamente corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de cuantas cuestiones penales no tengan expresa y casuísticamente señalada otra jurisdicción. **2.** Se presume la competencia de la jurisdicción ordinaria en toda serie de cuestiones hasta tanto se admite la de otra jurisdicción, y en caso de conflicto negativo deberá seguir conocimiento del asunto hasta su dilucidación definitiva. **3.** Debido a su carácter básico, la jurisdicción ordinaria es la llamada a conocer del asunto, siempre que sea preciso, para realizar las primeras diligencias (artículos 329-331 CPP) [parcialmente, Ibáñez].

Para la decisión del conflicto de jurisdicción –se incluye el conflicto de competencia– se ha de tomar en cuenta las constancias de la causa y, por cierto, el *factum* de la imputación. Además, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema

de la nación Argentina, si las declaraciones del denunciante son verosímiles y no están desvirtuadas por otros elementos de la causa, cabe establecer la competencia sobre la base de esas manifestaciones (CSJNA sentencia Banco Local Cooperativo Limitado, de 23-09-86); tampoco debe prescindirse de las manifestaciones del procesado que resulten verosímiles (CSJNA Sentencia Lavazza, de 09-04-91), las que no se tomarán en cuenta si no están corroborados por elementos de juicio alguno que permita otorgarles veracidad (CSJNA Sentencia Volpi, de 09-12-86).

3.4 Precisiones adicionales

El concepto de delito de función militar policial, ya asumido por el legislador ordinario, y bajo la premisa de la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la CIDH, es clave para decidir si una conducta que aparentemente se incardina en el Código Penal y en el Código Penal Militar es o no delito de función militar policial.

Es claro que, en principio, se está ante un concurso impropio o concurso de leyes, que la doctrina mayoritaria denomina "unidad de ley": *Gesetzeseinheit*. En su consecuencia, el comportamiento del autor realiza varios tipos penales, pero en este caso, el contenido delictivo del hecho queda abarcado y sancionado de modo tan completo mediante la aplicación de uno o varios tipos penales, que los demás quedan desplazados [STRATENWERTH]. Se trata, pues, de escoger cuál, entre varias normas, es la aplicable.

Existen distintas formas de esta unidad de ley, no hay unanimidad doctrinaria. Tal vez, las más aceptadas son estas cuatro categorías: **especialidad, consunción, subsidiaridad y hecho posterior impune** –en pureza, son reglas–. Aunque es de tener presente que se trata de un supuesto de determinación de la ley aplicable al caso *sub iudice*, la solución depende de la interpretación –determinación del sentido de los preceptos legales– que se haga de las disposiciones legales y de las relaciones que se fijen entre ellas, por lo que no solo es un problema de orden lógico –que, por cierto, constituyen una guía indispensable, por ellos se empieza–, también es valorativo –de las perspectivas del intérprete–, por lo que es imposible fijar en la ley las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa [HURTADO].

Los criterios lógicos son cuatro: **heterogeneidad** –lo que se subsume en A no cae en B–; **identidad** –los casos que caen en A también caen en B–; subordinación –los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen en A–; e **interferencia** –algunos casos que caen en A no caen en B–.

Los dos primeros criterios, en el plano legislativo penal, son propiamente errores del legislador.

El de **especialidad** está en función al criterio lógico de subordinación: una de dos disposiciones describe una acción y la otra (la ley general) describe una más amplia que comprende a la primera; rige, por tanto, la primera –es preferente el tipo penal que materialmente represente un caso especial de otro u otros–.

El de **subsidiaridad** está en función al criterio lógico de interferencia –al menos un caso que en el concepto A también cae en B–. Tiene papel auxiliar. Una ley penal solo se aplica de modo auxiliar, es decir, solo si el hecho no está conminado con pena mayor según otros preceptos, o en la medida en que la disposición legal restante o las restantes, que prevén una pena más grave, no son aplicables (normas en conflicto representan diversos estadios de evolución de un mismo ataque delictivo, el delito de lesión desplaza al delito de peligro, la puesta en peligro o lesión más intensa desplaza a la menos intensa).

El de **consunción** está en función también al criterio lógico de interferencia. Se presenta cuando la realización de un tipo delictivo (más grave) incluya, al menos por regla general, la realización de otro (menos grave). Aquí cabe suponer que el marco penal, más grave ya tiene en cuenta esa constelación típica, por lo que queda excluida la otra norma.

El **hecho posterior impune** es un supuesto de subsidiaridad en los que existe una unidad de valoración. Los meros delitos de aseguramiento o aprovechamiento quedan desplazados por el delito de adquisición, como verdadero centro de gravedad del ataque delictivo, en tanto no le irroguen al afectado un daño enteramente nuevo o no se dirijan contra un bien jurídico nuevo. Solo se admite la subsidiaridad en la medida en que se viole un mismo bien jurídico.

Como se trata, en pureza de determinar la interpretación del tipo de función militar policial en relación con el delito común, ello hace del juicio de valor un criterio determinante.

Es de analizar, en primer lugar, si se presentan los elementos constitutivos del tipo delictivo militar policial conforme lo prevé el Código Penal Militar: **A. Sujeto** –militar o policía en situación de actividad–; **B. Objeto jurídico** –el bien jurídico tutelado: institucionalidad específica, exclusiva y excluyente, de las Fuerzas del Orden–; **C. Sujeto pasivo** –la institución militar policial concreta, esto es, el Estado–; y, **D. Circunstancias del hecho** –acto de servicio o con ocasión de él–. Y, en segundo lugar, es de comparar los elementos constitutivos del tipo penal común; y, desde esta perspectiva, aplicar las reglas del concurso impropio.

LECCIÓN QUINTA

COMPETENCIA PENAL

I. CONCEPTO Y ALCANCES

El artículo 143 de la Constitución concibe al Poder Judicial como una organización integrada por una pluralidad de órganos jurisdiccionales, todos los cuales ejercen potestad jurisdiccional; esta es indivisa, es decir, los órganos jurisdiccionales la tienen en su totalidad [GÓMEZ COLOMER]. La configuración pluriorgánica de la jurisdicción –que resulta del mayor número y complejidad de las relaciones jurídicas y de la mejor organización del sistema judicial [LEVENE]– obliga a instituir criterios para la distribución de causas, denominados criterios competenciales, que señalan para un supuesto determinado un órgano jurisdiccional con exclusión de los demás [IBÁÑEZ]. Ese es su fin práctico: distribuir las causas entre los diversos jueces instituidos por la ley, dividiendo el conjunto de asuntos en distintos grupos para asignarlos a unos u otros jueces [CLARIÁ].

La competencia, en cuanto medida de la jurisdicción [GÓMEZ ORBANEJA], se define como la esfera de jurisdicción de la cual está investido el singular órgano judicial. Una vez establecida la jurisdicción de un órgano jurisdiccional peruano, con carácter previo, debe averiguarse el orden jurisdiccional sobre el que recaerá, el mismo que está definido por la LOPJ, que precisamente determina la llamada competencia por órdenes o competencia genérica [GÓMEZ COLOMER], entre las que se encuentra la competencia penal. Esta presupone que un determinado asunto, por su naturaleza delictiva, está sometido a la jurisdicción penal. Las reglas sobre la competencia precisan e identifican al concreto órgano que debe conocer un proceso (artículo 19.2 CPP).

Desde una perspectiva objetiva, la competencia penal es la parte de poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercer, y desde el aspecto subjetivo es la capacidad de un determinado órgano jurisdiccional para tomar conocimiento de una causa [LEONE]. Conforme al artículo 19.2 CPP la competencia penal precisa

e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso penal. Comprende todas aquellas reglas que determinan la atribución del conocimiento de un asunto determinado a un específico órgano jurisdiccional [Gómez de Liaño].

La pluralidad de órganos jurisdiccionales se manifiesta en dos vertientes: la instauración de distintos órganos jurisdiccionales –desde los Juzgados de Paz a la Corte Suprema– y el establecimiento de varios órganos jurisdiccionales del mismo tipo, a excepción de la Corte Suprema [Moreno Catena]. Como ha quedado expuesto, a partir del artículo 16 CPP, existen seis tipos de órganos jurisdiccionales penales: Sala Penal Suprema, Salas Penales Superiores, Juzgados Penales, Juzgados de la Investigación Preparatoria, Juzgados de Paz Letrados y Juzgados de Paz. Pero, además, a nivel nacional existen, salvo la Corte Suprema –que además es única–, una pluralidad de salas penales superiores y Juzgados del mismo tipo; asimismo, dentro de un mismo distrito judicial se tienen varias salas y juzgados de la misma naturaleza.

Este esquema permite que los órganos jurisdiccionales puedan situarse en un lugar próximo al ciudadano, y en número tendencialmente suficiente para hacer viable el acceso a la justicia y salvaguardar el conjunto de las garantías procesales [Moreno Catena].

Tres son las características de la jurisdicción penal:

A. Indisponible. Las partes procesales no pueden imponer pactos y condiciones que afecten a su régimen jurídico. No pueden someterse ni renunciar a la jurisdicción penal ordinaria. Esta nota característica es un derivado del principio oficial que tiene por punto de referencia la acción y la pretensión hecha valer en el proceso y el hecho en cual ambas se fundan. Las partes no pueden evitar el proceso por su propia conveniencia, ni pueden desapoderar al juez para entender del mismo. Cualquier manifestación del Ministerio Público tendiente a eliminar el transcurso del proceso, sólo puede aceptarse si está fundada en causa legal [Clariá].

B. Improrrogable. Conforme a lo establecido en la Lección anterior: no cabe sobre ella ningún género de sumisión, tácita o expresa, y que su defecto puede ser apreciado de oficio por los órganos judiciales en cualquier estadio del procedimiento.

C. Absoluta. El juez que conoce de una determinada causa también conoce de todas las incidencias y excepciones que surjan en el asunto principal [Gómez De Liaño]. Consagra el principio de plenitud de la jurisdicción.

La reglamentación de la competencia penal se encuentra en gran parte prevista en la LOPJ, pero sin duda las normas más importantes, en especial las referidas a la competencia territorial, están incluidas en el CPP. Así, los criterios para determinar la competencia penal, según lo dispuesto en el artículo 19.1 CPP, son cuatro:

A. Por razón de la materia y persona del imputado: competencia objetiva.

B. Por razón de la función: competencia funcional.

C. Por razón del lugar: competencia territorial.

D. Por conexión: competencia por conexión.

Estos criterios de determinación de la competencia, como ha quedado expresado, dan lugar a otros tantos tipos de competencia penal: objetiva, funcional, territorial y por conexión. No puede descuidarse, por otro lado, las normas sobre reparto de causas acordadas por los órganos de Gobierno del Poder Judicial, referidas a los turnos y a la distribución de la tarea entre las diversos juzgados y salas.

II. COMPETENCIA OBJETIVA

1. Concepto

La competencia objetiva concreta aquellos criterios mediante los cuales se atribuye el conocimiento de una infracción punible –delito o falta– por la que se procede en primera instancia a un órgano jurisdiccional concreto. Esta clasificación obedece al objeto del proceso.

2. Criterios

Son tres los criterios que determinan la designación de un concreto órgano jurisdiccional. Se construyen a partir, de un lado, de la persona del imputado –criterio cualitativo–, y de otro, del carácter de los hechos punibles objeto del proceso penal –criterio cuantitativo: naturaleza, entidad y características del hecho punible–.

2.1. Criterio por razón de la persona del imputado: *Ratione personae*

Se define a partir de la cualidad del sujeto pasivo de la imputación penal. Atiende al cargo o la función pública que ejerce el sujeto sospechoso, criterio que se denomina fuero [BANACLOCHE]. Está en función a si los imputados son

personas aforadas por su condición de funcionarios públicos, a quienes se les atribuye la comisión de un delito con ocasión del ejercicio del cargo (están incluidos esencialmente en la Constitución y la LOPJ). Su procesamiento se reserva a una jerarquía superior de órganos jurisdiccionales. Según los artículos 450.3, y 454.4 y 3 CPP, los altos funcionarios públicos que designa el artículo 99 de la Constitución son procesados por la Corte Suprema de Justicia, así como los jueces superiores, fiscales superiores, miembros del Tribunal Supremo Militar Policial y procuradores públicos del Estado; mientras que los jueces especializados, jueces de paz letrados, fiscales provinciales y fiscales adjuntos provinciales son procesados por las Cortes Superiores de Justicia respectivas.

2.2. Criterio general por razón de la materia: *Ratione materiae general*

Este criterio parte de que no exista persona aforada, y toma en cuenta la clasificación de las infracciones punibles reconocida por el Código Penal en delitos y faltas (artículos 11 y 440 CP; y, 28, 29 y 30 CPP), que permite identificar a los juzgados de la investigación preparatoria, penales y de paz, letrados y no letrados. Un criterio diferencial adicional dentro de este orden y circunscripto a los delitos, se establece a partir de su gravedad, según estén o no conminados en su extremo mínimo con pena privativa de libertad mayor de seis años, criterio que solo rige para la etapa procesal de enjuiciamiento y define si el Juzgado Penal será colegiado o unipersonal (artículo 28. 1 y 2 CPP).

2.3. Criterio especial por razón de la materia: *Ratione materiae especial*

Se erige en una excepción a la regla general *ratione materiae* prevista para delitos y faltas. Toma en consideración la clase o tipo de delito en función a su gravedad, a sus efectos y a la intervención de organizaciones delictivas; es, pues, un criterio de índole cualitativo que únicamente adquiere vigencia en la órbita de los delitos [Garberí]. Está contemplado en el artículo 24 CPP. La ley permite al órgano de gobierno del Poder Judicial instituir un subsistema judicial penal especializado referido materialmente a: **1.** Delitos especialmente graves. **2.** Delitos que produzcan repercusión nacional o que sus efectos superen el ámbito de un distrito judicial. **3.** Delitos cometidos por organizaciones delictivas. A estos efectos se instituirá un sistema específico de organización territorial y funcional.

Un supuesto específico de este criterio de asignación competencial se creó con motivo institucionalización de la denominada "Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada", encargada del conocimiento de los delitos de crimen

organizado y de corrupción de funcionarios. Así se desprende de su estatuto inicial mediante Resolución Administrativa 325-2017-CE-PJ, de 27-11-2017, y sus modificatorias por Resoluciones Administrativas 318-2018-CE-PJ, de 30-12-2018, y 476-2019-CE-PJ, de 4-12-2019, publicada el 18 de ese mes y año.

La aplicación preferente entre estos tres criterios, en primer lugar, corresponde al criterio *ratione personae* y, en segundo lugar, al criterio *ratione materiae* referido a la clase y tipo de delito previsto en el artículo 24 CPP. Los dos criterios priman frente al criterio referido a la clase de infracción punible –que es la regla general de atribución de la competencia objetiva– puesto que son criterios especiales [GIMENO].

III. COMPETENCIA FUNCIONAL

1. Concepto

Es aquel criterio competencial que resulta de la división del trabajo, de la especialización de las funciones al interior del proceso, y, en consecuencia, de la mayor o menor capacidad funcional de los órganos jurisdiccionales [LEVENE]. Está constituido en atención a las etapas del proceso penal declarativo de condena, del proceso penal de ejecución y de protección provisional, o de coerción, así como a la labor procesal que puede hacer el juez, es decir, a particulares actividades del proceso o al ejercicio en él de funciones especiales por parte del juez –básicamente, en relación a la anticipación probatoria, a las cuestiones de competencia y a la cooperación judicial internacional–. Se asigna determinadas funciones distintas en una misma causa a órganos jurisdiccionales que son competentes para entender de ella por razón de la materia y del lugar [WACH].

Su nota más característica es su carácter automático y derivado, según el órgano de primera instancia y el cauce procedimental que se esté siguiendo. La competencia funcional depende del órgano jurisdiccional que resulte territorial u objetivamente competente para resolver en un concreto proceso [MORENO CATENA].

2. Manifestaciones de la competencia funcional

2.1. Proceso penal declarativo

Consta de tres etapas, sin perjuicio de la fase de impugnación. La etapa de investigación preparatoria, desde una perspectiva del control jurisdiccional y de la expedición de medidas limitativas de derechos e incorporación de las partes al

proceso, corresponde al juez de la investigación preparatoria, quien además tiene el conocimiento y dirección de la etapa intermedia, la actuación de prueba anticipada, y la inscripción de la defunción en caso de delito con resultado muerte (artículo 29 CPP). La etapa de enjuiciamiento, incluida sus incidencias, es de competencia de los juzgados penales. Respecto del juicio por faltas el enjuiciamiento compete al juez de paz letrado o al de paz en defecto de este (artículo 30 CPP).

La fase de impugnación, respecto de las faltas, es de competencia del Juzgado Penal Unipersonal (artículo 28.5b CPP). En cuanto a los delitos, se tiene la siguiente distribución competencial:

A. La Sala Penal Suprema conoce del recurso de casación contra los autos y sentencias expedidas en segunda instancia por las Cortes Superiores, así como la queja por denegatoria de apelación.

B. La Sala Penal Superior conoce del recurso de apelación contra autos y sentencias emitidas por los juzgados de investigación preparatoria y juzgados penales, así como del recurso de queja derivado de la declaración de inadmisibilidad de los recursos ordinarios dictados por estos órganos jurisdiccionales.

C. El Juzgado Penal conoce del recurso de apelación contra las sentencias expedidas por el juez de paz letrado. También conoce del recurso de queja.

Existen otros actos o procedimientos específicos, tales como la recusación (las salas conocen la recusación contra sus integrantes), las transferencias de competencia (las salas conocen de ella, según corresponda: cuando el órgano judicial llamado a encargarse de la causa pertenece a otro distrito judicial, decide la Sala Penal de la Corte Suprema), y los conflictos de competencia (interviene la Corte Suprema si el conflicto surge entre jueces de distinto distrito judicial). Objetivamente corresponde a la Corte Suprema, en vía originaria, el conocimiento de la acción de revisión, la extradición, los delitos de función cometidos por altos funcionarios del Estado, y los conflictos de jurisdicción entre la de tipo ordinaria y la militar policial.

2.2. Proceso penal de ejecución

La regla es que el proceso de ejecución es de conocimiento del juez de la investigación preparatoria (artículo 29.4 CPP). Sin embargo, para los incidentes de ejecución la competencia se distribuye entre los juzgados penales, unipersonales o colegiados (artículos 28.4-5, y 491 CPP). Así:

A. **Juzgado Penal Unipersonal:** beneficios penitenciarios, así como incidentes derivados de la ejecución de la sanción penal establecidos en el Código de Ejecución Penal (artículo 491.3 CPP).

B. **Juzgado Penal Colegiado:** refundición y acumulación de penas.

C. **Juzgado de la Investigación Preparatoria:** todo otro incidente de ejecución no reservado a los juzgados penales, incluso al Colegiado. Ello es así en atención a que está investido, por imperio del citado artículo 29.4 CPP, de la competencia básica en sede de ejecución. El artículo 491.1 CPP le encarga, expresamente, la conversión y revocación de la conversión de penas, revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y la extinción o vencimiento de la pena. Esta última norma, en su apdo. 3, también le atribuye el conocimiento de todo incidente de ejecución penitenciario referidos a la libertad anticipada, con excepción de los beneficios penitenciarios.

2.3. Proceso penal de protección provisional o coerción

Las medidas de coerción procesal, como las denomina el CPP en la Sección III del Libro Segundo Actividad Procesal, están sujetas a un procedimiento específico. La regla general en materia de competencia objetiva es que corresponde dictarlas al juez de la investigación preparatoria. Por lo general se profieren en la etapa de investigación preparatoria (artículo 254.1 CPP), pero pueden dictarse en sede intermedia (artículo 350.1c CPP). Es obvio, aunque con un carácter reducido, que estas también pueden dictarse en la etapa principal del enjuiciamiento, a fin de garantizar su debido desarrollo, y el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes (artículo 363.1 en concordancia con el apdo. 5 del artículo 364, del CPP).

IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

El artículo 25 CPP precisa que solo la incompetencia territorial no acarrea nulidad de los actos procesales ya realizados. En consecuencia, como la competencia objetiva y funcional integra el núcleo duro de la garantía constitucional del juez legal, la vulneración de sus reglas –que son de *ius cogens* o imperativas– ocasionan la nulidad de las actuaciones realizadas ante un juez incompetente [D'ALBORA]. Una regla adicional, que regula el momento de la nulidad es la del artículo 48 *in*

fine del Código de Costa Rica, que estipula que "La inobservancia de las reglas sobre competencia solo producirá la ineficacia de los actos cumplidos después de que haya sido declarada la incompetencia".

La doctrina relativiza la invalidez de las actuaciones, por ejemplo, cuando se trata de un delito de competencia inferior –aplicación del adagio: "quien puede lo más puede lo menos"–, que trasunta una regla de mantenimiento de la competencia [Llovet]–, más aún cuando existe peligro de que muchas de las probanzas obtenidas no pudieran recuperar la espontaneidad originaria –que es el concepto de los denominados actos irreproducibles (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Argentina, Sala VI, Sentencia de 21-04-99). Incluso se afirma que no corresponde descalificar elementos probatorios referidos a la posible comisión de delitos por exceder la competencia del magistrado, pues lo contrario significaría que los jueces conociesen y calificasen el resultado de medidas investigativas, las que parten precisamente de un campo de ignorancia que ellas están destinadas a eliminar (CSJNA, Sentencia Oscar Torres, de 19-05-92). Por lo demás, si la causa ya se encuentra en la etapa de enjuiciamiento o ya culminó la investigación preparatoria, la excepción se sustenta, además del adagio antes citado, en que, frente al conflicto de orden público de la competencia o la realización del juicio, con la consecuente declaración de certeza de los hechos, y la idea de que los procesos deben terminar lo más pronto posible, se prefiere lógicamente dar preeminencia a la realización del debate [Bertolino].

Su apreciación, al erigirse en auténticos presupuestos procesales, es de oficio, sin perjuicio de la facultad de las partes de deducirlas a partes del planteamiento de la correspondiente cuestión de competencia (declinatoria o, en su caso, contienda de competencia). Por imperio del principio de bilateralidad o contradictorio, la decisión de oficio exige el previo conocimiento a las partes de la posibilidad de acordarla, para que expongan lo que corresponde a su derecho y evitar, de ese modo, decisiones sorpresivas. Cabe aclarar, desde ya, que no cabe contienda de competencia entre órganos que son únicos: Salas de la Corte Suprema, para cuya definición, en todo caso, sirven las normas de reparto dentro de dicho órgano, y tampoco entre órganos jurisdiccionales de diferente jerarquía en el cuadro orgánico del Poder Judicial (artículo 44 CPP).

V. COMPETENCIA TERRITORIAL

La competencia territorial está referida al lugar donde el proceso debe desarrollarse. Está integrada por el conjunto de normas que distribuyen el

conocimiento de los procesos penales en los casos en que existen multiplicidad de órganos jurisdiccionales de la misma categoría [TOME PAULE]. Presupone una organización judicial que se expresa en una pluralidad de órganos jurisdiccionales distribuidos en todo el territorio nacional, de la que está excluida la Corte Suprema por ser un órgano judicial único con competencia en todo el país.

Los criterios de competencia territorial, que siempre se configuran *ex lege*, se denominan fueros [MORENO CATENA]. Estos pueden clasificarse en fueros ordinarios y fueros extraordinarios. En el primer nivel, fueros ordinarios, se encuentran los fueros ordinarios generales y los fueros ordinarios especiales. En el segundo nivel, fueros extraordinarios, se encuentran el fuero de la conexión y el fuero del encargo superior [GÓMEZ COLOMER].

1. Fueros ordinarios generales

Están integrados por dos fueros: el primario o preferente (artículo 21.1 CPP), y los fueros secundarios (artículo 21.2-5 CPP).

El fuero primario o preferente está referido, relevantemente, al lugar de comisión del delito, al *forum delicti commissi* –por lo general, los testigos viven en las cercanías del lugar del hecho, y allí se encuentran los vestigios materiales y demás fuentes válidas de información [ROXIN]–. El lugar de comisión delictiva ha sido definido legalmente en el artículo 5 CP, que optó por el principio de ubicuidad restringida; esto es, el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos. En el caso de tentativa la norma se inclina por el lugar del último acto, al igual que en los supuestos de delitos continuado y permanente; esto último, sin embargo, en función a la base material que lo sustenta: el principio de ubicuidad, debe interpretarse en el sentido de que el criterio de la comparación para la opción preferible se da entre el lugar de la acción –sede del último acto– y el lugar del resultado criminal –sede del efecto lesivo–. Criterios ciertamente pragmáticos, vinculados al buen orden y finalidad del proceso, determinarán la opción pertinente: lugar de la acción o lugar del resultado.

Los fueros subsidiarios son cuatro: **1.** Lugar del efecto del delito –cuando, como es obvio, no se sabe el lugar de la acción–. **2.** Lugar de las pruebas materiales del delito. **3.** Lugar de detención del imputado. **4.** Lugar del domicilio del imputado. Son, en primer lugar, criterios pragmáticos, y, en segundo lugar, ordenados jerárquicamente, que se aplican uno en defecto de otro [GARCÍA RADA]. La subsidiaridad responde además a otra idea: si a lo largo del proceso se llegara a

constatar el lugar en que se hubiera cometido el delito, se producirá la inhibición de la causa a favor del juzgado o sala competente [Calderón]. Por tanto, expresan la idea de que son fueros de aplicación provisional [Aragoneses].

2. Fueros ordinarios especiales y el sistema especializacdo en corrupción de funcionarios

Están sometidos a un régimen especial, expresamente previstos, los delitos cometidos en un medio de transporte y los delitos cometidos en el extranjero (artículos 22 y 23 CPP).

En el primer caso: delitos cometidos en un medio de transporte –terrestre, marítimo o aéreo– la condición para la aplicación de esta regla especial es que "no sea posible determinar con precisión la competencia territorial". Corresponde al conductor del medio de transporte poner el hecho en conocimiento de la autoridad policial del lugar de llegada más próximo.

En el segundo caso: delitos cometidos en el extranjero, cuya jurisdicción es afirmada por el artículo 2 CP. En estos casos se sigue el siguiente orden: En primer lugar, por el lugar del último domicilio en el país del imputado; en segundo, por el lugar de llegada del extranjero; y finalmente, por el lugar donde se encuentra el imputado al momento de promoverse la acción penal. Este último criterio, del lugar de ubicación del imputado, importa que este, al iniciarse las actuaciones procesales en su contra, se encontraba en el país y, a su vez, que se conozca el lugar de ubicación cuando estas tuvieron lugar en un primer momento, pues de no ser así simplemente se siguen los criterios subsidiarios previstos en el artículo 21 CPP.

El artículo 24 CPP, como se dejó expuesto, instituye la posibilidad de un subsistema judicial especializado tratándose de delitos graves, de repercusión nacional o cometidos por personas integradas en organizaciones delictivas en su condición de tales. Así las cosas, ha de estarse, desde la perspectiva territorial, al modelo organizacional que se ha creado, que de hecho importan alteraciones a la distribución territorial de causas.

Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Los delitos asociados a la corrupción –en puridad, desde una perspectiva amplia, que es el signo del Derecho Internacional Penal, aquellos a los que se refieren la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción–, son los ilícitos penales que se circunscriben no solo a los delitos contra la Administración Pública indicados en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo, de nuestro Código Penal,

sino también al delito de lavado de activos derivado de los anteriores, y demás delitos conexos a ellos–, fue un tema delegado por el Congreso al Gobierno.

En esa perspectiva, el Decreto Legislativo número 1307, de 30-12-2016, creó en su Cuarta Disposición Complementaria Final el indicado sistema. Norma que encargó su implementación al Presidente del Poder Judicial, al Fiscal de la Nación, al Director General de la Policía Nacional y al Ministro de Justicia, quienes designarán los órganos competentes. Obviamente, la amplitud del texto, muy censurable por cierto, por referirse a normas de organización y funciones, debía tener rango de ley, no de Ordenanza.

Esa omisión se corrigió por el Decreto Legislativo número 1342, de 7-1-2017 (ocho días después). La Quinta Disposición Complementaria Final modificó la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley número 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, que como se sabe reconoció a través de una norma con rango de ley, lo que antes había sido una creación del órgano de gobierno del Poder Judicial dictada al amparo de la LOPJ y del artículo 24 del CPP, la competencia objetiva de la Sala Penal Nacional como un subsistema especializado del Orden Jurisdiccional Penal.

La modificación incorporó dos párrafos en dicha Disposición Complementaria Final. Allí concibió el Sistema –que por error denominó "Sistema Nacional Anticorrupción"– compuesto por dos niveles: un grupo de órganos judiciales con competencia nacional, y otro con competencia en el ámbito geográfico de su Distrito Judicial.

A. La competencia nacional se circunscribe a los delitos fijados en el artículo 3, numeral 18, de la Ley número 30077. La redacción tiene alguna diferencia con la de los delitos de criminalidad organizada del párrafo primero. Requiere para tal fin: **1)** Que el delito se cometa en el marco de una organización criminal. **2)** Que dicho delito, por sus efectos, tengan repercusión nacional o internacional. **3)** Que la persecución de ese delito dé lugar a un proceso complejo (para su definición, véase el artículo 342.3 del CPP). Se trataría, en razón a la excepcionalidad de esa competencia y de la gravedad de los hechos objeto de conocimiento judicial, de la exigencia de un requisito necesario y presente en toda circunstancia: organización criminal; y, sobre ese presupuesto material, de la concurrencia de uno de los dos presupuestos adicionales reconocidos: repercusión nacional o internacional, de un lado, o proceso complejo, de otro lado).

B. La competencia distrital se circunscribe a los delitos de concusión, exacción ilegal, colusión, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito; siempre que no se presenten los presupuestos de conocimiento de la Sala Nacional Especializada en Delitos de Corrupción.

Se trata, en suma, de un subsistema judicial propio con dos lógicas de atribución de competencias, pero una misma línea de configuración institucionalizada bajo una coordinación única.

A esta reforma, de derecho orgánico procesal, ha seguido, en otras normas, pautas específicas en materia de derecho funcional procesal, incorporadas en el Decreto Legislativo número 1307, de 30-12-2016. En efecto, en materia de delitos de corrupción, ser permite expresamente: **1.** La preconstitución probatoria respecto de los testimonios y exámenes a los peritos. **2.** La designación, por el Fiscal, de Agentes Especiales, a los funcionarios y servidores públicos, en las investigaciones por delito de corrupción de funcionarios (artículos 382 al 401 del CP), quienes también pueden intervenir en la operación de revelación de delitos.

La especialización judicial en ámbitos sustancialmente complejos y con particularidades de expresión criminal, muy dinámicas por cierto, requiere de órganos judiciales propios con jueces y personal auxiliar y técnico (asesores económicos) especialmente preparados en materias complejas tanto desde el ámbito del derecho presupuestario y del derecho mercantil, bancario y financiero, como de materias contables, de finanzas y de comercio exterior. Además, si esos órganos se articulan a través de un sistema, bajo una coordinación única, permitirá un trabajo concertado y el diseño de mejores prácticas y de reformas institucionales para un correcto entendimiento del fenómeno de la corrupción.

No cabe oponerse, en modo alguno, a este modelo especializado de justicia penal.

3. Fueros extraordinarios

Están formados por dos grupos distintos de fueros: a) el fuero de la conexión (artículos 31 y 32 CPP); y b) el fuero del encargo superior (artículos 39, 55, 425.3a y 433.1 CPP). Expresan alteraciones razonables al principio del juez legal, para garantizar, de un lado, que cuando se presentan delitos conexos no se produzcan vulneraciones posteriores de la cosa juzgada, se garantice la

correcta aplicación del concurso delictivo y se cautele la economía procesal que se afectaría con una multiplicidad de procedimientos [GIMENO]; y de otro lado, que cuando deba anularse una decisión y retrotraer las actuaciones, no se incurra en contaminación procesal, esto es, para garantizar la imparcialidad y objetividad judiciales.

El fuero de la conexión está expresamente reconocido en el artículo 32 CPP, cuyo fundamento material son los delitos conexos –sus manifestaciones están establecidas en el artículo 31 CPP–. Su presencia da lugar a la acumulación objetiva o de pretensiones. Esta acumulación importa una alteración de la competencia territorial, cuya regulación está predefinida por la ley (artículo 32 CPP).

El fuero del encargo superior es una lógica consecuencia del reconocimiento de una garantía esencial: la imparcialidad y objetividad judiciales. La existencia de los recursos devolutivos impone la necesidad de cambiar la radicación de la causa cuando el Tribunal *Ad Quem* anula un fallo de mérito y ordena que se repita el juicio. De igual manera, la necesidad de que un juez sea separado o se aparte voluntariamente del conocimiento de un asunto o cuando razones superiores de justicia aconsejan cambiar la radicación de la causa, autorizan al superior declarar la existencia de esos graves motivos y, en consecuencia, a decidir una sede distinta para la continuación del proceso.

4. Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial

Si bien la competencia territorial tiene un carácter necesario, derivado del principio de improrrogabilidad de la jurisdicción penal –es un auténtico presupuesto procesal–, su vulneración no trae consigo la nulidad de actuaciones, como expresamente estipula el artículo 25 CPP. Las razones que explican este trato diferencial respecto de la competencia objetiva y funcional son de oportunidad y conveniencia, que están destinadas a facilitar la marcha de los procesos. Las exigencias del orden jurídico quedan satisfechas cuando el proceso es llevado ante el órgano competente por razón de la materia; la competencia territorial tiene, por tanto, solo una función secundaria y subordinada [FLORIÁN].

Como se está ante un presupuesto procesal, el cuestionamiento de la competencia territorial puede deducirse de oficio, sin perjuicio de que las partes la planteen por las vías y modos legalmente previstos. Las llamadas cuestiones de competencia son, precisamente, la vía procesal que la ley establece para dilucidar el conjunto de circunstancias, jurídicamente relevantes, que pueden presentarse para examinar si un asunto está correctamente radicado en un órgano jurisdiccional

concreto o si, por razones superiores, resulta conveniente enviar la causa a otro órgano jurisdiccional.

El examen de oficio, sin embargo, no significa que el juez decida sorpresivamente sobre su incompetencia territorial. Por elemental respeto del principio de contradicción y para evitar decisiones sorpresivas, se ha poner en conocimiento de las partes el posible inconveniente que el juez advierta y darles la oportunidad de que puedan alegar lo pertinente.

VI. NORMAS DE REPARTO

Determinada la competencia desde los criterios objetivo, funcional y territorial, sin perjuicio de las modificaciones que implicaría la conexidad procesal, puede que no quede fijado definitivamente en todos los casos el concreto Juzgado o Sala Jurisdiccional que deba conocer de un asunto. Lo expuesto puede suceder cuando en un mismo lugar existan varios juzgados o salas jurisdiccionales, es decir, más de un órgano jurisdiccional de igual clase. En estos casos ha de acudirse a las normas de reparto, que tienen una naturaleza gubernativa. Son dictadas por los órganos de gobierno judicial.

Las normas de reparto fijan la distribución de asuntos o causas entre los órganos jurisdiccionales de la misma clase en una misma localidad, o entre las distintas Salas de una Corte Superior o de la Corte Suprema. Son normas de puro gobierno interno de distribución del trabajo jurisdiccional. [Moreno Catena].

El reparto no significa en absoluto la aplicación de una norma de competencia, dado que esta último fija el órgano competente en primera instancia y con tal determinación cumple su función. Se fundan en el principio de división del trabajo, por tanto, no cabe deducir como consecuencia de su vulneración una cuestión de competencia alguna, solo, según su trascendencia, una articulación de nulidad de actuaciones [Gómez Colomer].

Las normas de reparto, en primer lugar, apuntan a criterios de eficacia dentro del respeto a la igualdad y homogeneidad, de forma tal que todos los jueces conozcan del mismo número de asuntos y de la misma variedad –la razonabilidad de esas normas, en todo caso, puede ser debatida en sede judicial–. En segundo lugar, son ajenas al contenido constitucionalmente garantizado del derecho al juez legal –no afecta la competencia de los órganos jurisdiccionales de la localidad, no lesiona la competencia objetiva, funcional ni territorial, ni menoscaba el derecho de defensa (así, por ejemplo: STCE 90/2000, y SSTSE de 10-09-97 y 25-06-98)–.

VII. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

1. Concepto

La regla general que implícitamente consagra el CPP es la unidad de objeto de los procesos penales: un hecho punible debe dar lugar a un proceso penal. Desde luego la definición de unidad o unicidad del hecho punible, sobre todo en los casos de concursos de delitos, delitos permanentes o delitos de hábito o profesionales, que presuponen varios actos desde una perspectiva fenomenológica o natural, corresponde al derecho penal material. Pero, desde el derecho procesal se utiliza un concepto más amplio de hecho, que es el de hecho procesal, que presupone lo anterior, en cuya virtud lo que se exige es la incoación de un proceso cuando se trata de un único complejo histórico procesalmente objetivado desde las reglas de conexión –solo si existen varios hechos punibles, delimitados según el derecho penal material, que han tenido lugar en un complejo de hechos históricos, tendrá sentido plantearse su posible conexión–, que se erige como una importante garantía procesal que determina una recta y acertada impartición de la justicia penal [DE LA OLIVA].

Las reglas sobre conexión procesal están definidas en el artículo 31 CPP. Son taxativas, ya que hacen que con relación a la causa que se tramita siguiendo las reglas de competencia objetiva y territorial de otra, no rijan las suyas propias [LLOBET]. Esta presupone la existencia de dos o más delitos –perspectiva material– y se resuelve, desde el punto de vista procesal, en su enjuiciamiento conjunto; ese es el efecto procesal de hechos conexos. La conexión importa la existencia de ciertos nexos o elementos comunes referidos ya sea a los imputados, ya sea a los delitos [GIMENO]; el vocablo en cuestión deriva de las palabras latinas *cum nexi, nexum* que se resuelven en la idea de enlace o vínculo, atadura, concatenación [V. R. VILLAVICENCIO]. Estos elementos generan ciertas reglas que, ante los casos de conexión expresamente previstos, aparecen como excepciones a los principios determinantes de la competencia territorial y material, y a las normas sobre turnos de los jueces penales [CLARIÁ].

Puede definirse la conexidad en materia penal, entonces, como el conjunto de reglas legales que, ante la existencia de un fenómeno de pluralidad delictiva susceptible de un tratamiento unitario por razones objetivas, subjetivas y causales o analógicas –así como también de reciprocidad–, determinan en qué casos dicho fenómeno puede ser reconducido al enjuiciamiento de todas las conductas en un único proceso penal, y cuál va a ser la jurisdicción y el órgano jurisdiccional objetiva y territorialmente competente para conocer del mismo [GARBERÍ].

La primera razón práctica justificadora de la competencia por conexión, que exige el *simultaneus processus*, es la necesidad de hacer posible la acumulación de causas, que es un criterio de economía procesal que evita la multiplicidad de actuaciones tendientes a un idéntico fin y favorece, a su vez, la prontitud en la resolución de las causas –idea de racionalización de la actividad jurisdiccional–. Por otra parte, existe un fundamento jurídico trascendental: la acumulación favorece una armónica aplicación de la ley, evitando muchos procedimientos y sentencias contradictorias sobre hechos vinculados, así como permite la coordinación de las pruebas, la distribución de responsabilidades y la unificación y equilibrio de las penas [Clariá]. De todos ellos, empero, como aclara De La Oliva, el más importante es el acierto en la calificación jurídica de los hechos y en la determinación de la pena, que en última instancia condiciona la obligatoriedad de la acumulación, aunque la ley reconoce una serie de vicisitudes procesales que desaconsejan la acumulación y, en su caso, autoriza la desacumulación (vid.: artículos 47.2, 50 y 51 CPP).

2. Hechos punibles conexos

El artículo 31 CPP reconoce cuatro supuestos de conexidad procesal: conexidad subjetiva, conexidad objetiva, conexidad mixta o analógica y conexidad por reciprocidad.

A. **Conexidad subjetiva.** Está prevista en los incs. 2 y 3. Se refiere a los delitos cometidos simultáneamente por dos o más personas –supuestos de codelincuencia–, y a una pluralidad de delitos cometidos por dos o más personas vinculadas entre sí por una misma voluntad criminal –existencia de concierto–, y en tiempos y lugar diferentes.

B. **Conexidad objetiva.** Está prevista en el inc. 4. Obedece a motivos estrictamente teleológicos. Comprende los supuestos de: a) comisión mediata: delitos cometidos para facilitar otro delito, como medio de su comisión ulterior; y b) comisión para impunidad: delitos cometidos para asegurar o procurar la impunidad.

C. **Conexidad mixta o analógica.** Está prevista en el inc. 1. Comprende los diversos delitos cometidos por una persona. Se requiere que estos delitos tengan analogía o relación entre sí; esto es, delitos semejantes, unidad de bien jurídico violado, homogeneidad en el modo de actuar del agente y relación de temporalidad, atendidas las circunstancias del caso.

D. **Conexidad por reciprocidad.** Está prevista en el inc. 5. Comprende las imputaciones recíprocas. Se basa en la reciprocidad delictiva. Como tal,

aporta una gran economía jurisdiccional en los hechos en los que los imputados asumen entre sí, y simultáneamente, el doble carácter de víctimas y victimarios –lesiones recíprocas, injurias o difamaciones recíprocas–, a la vez que logra un efecto disuasivo para los casos en los que el personal investigador se excede en sus funciones (por ejemplo: violación de domicilio cometida por un policía comisionado para la investigación de un robo o la incorporación de elementos falsamente en un acta de incautación) [VIVAS USHER].

3. Reglas de competencia por conexidad procesal

El CPP establece las reglas de determinación de la competencia por conexión en el artículo 32; su propósito es determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde intervenir en las causas conexas unificadas. La existencia de una pluralidad de objetos en un solo proceso tiene varias posibilidades. **(i)** La primera es el supuesto de pluralidad inicial, en cuya virtud desde el primer momento entran en él varios hechos punibles. **(ii)** Otra posibilidad es mediante la extensión del ámbito objetivo de un mismo proceso, que precisa se dé en la etapa de investigación preparatoria, en que se comprende un nuevo hecho punible –ampliación de la disposición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, artículo 336 CPP–. **(iii)** La tercera posibilidad es la reunión o acumulación de procesos con objetos que presentan conexión entre sí; las hipótesis de acumulación pueden presentarse en las distintas etapas del proceso penal [DE LA OLIVA].

El enjuiciamiento conjunto, según las posibilidades arriba señaladas, no es el único efecto de la conexión. También puede producir una alteración de los criterios de la competencia, tanto objetiva como material, en el supuesto de que los varios hechos punibles a acumular fueran de la competencia de distintos órganos jurisdiccionales [GIMENO]. En rigor, el instituto desplaza la competencia, otorgando a un solo órgano el carácter de competente; esta es la finalidad práctica del presente artículo [BERTOLINO].

3.1. Competencia objetiva

El CPP comprende, expresamente, el supuesto de privilegio de fuero. Cuando se encuentren imputadas, o se ha de imputar a, varias personas con privilegio de fuero y otras que no lo tienen, la competencia para conocer de todos ellos se atribuye al órgano jurisdiccional a quien estuviera sometido el aforado. Esta

es la regla del artículo 451.2 CPP, en especial la prevista en el artículo 44.3 CPP. El fuero de preferencia es el del aforado, prima la competencia *ratione personae.*

En los supuestos de concurso procesal de delitos –delitos de diversa consideración procesal– (artículo 33 CPP), cuando están sujetos a distintos trámites procesales, la regla es que prima el procedimiento seguido por el delito con pena más grave –Fuero principal de la gravedad de la pena–. El ejemplo típico es el juzgamiento por el Juzgado Penal: si existen delitos que deben juzgarse por un órgano unipersonal y otros por un órgano colegiado, se juzgarán todos ellos por este último porque su institucionalización está sometido a la regla de gravedad del delito (artículo 28.1 CPP).

Distinto es el caso, sin embargo, aunque no está reglado expresamente, cuando se está ante delitos sujetos a un proceso inmediato y otros seguidos en un proceso común. En tales supuestos el procedimiento seguido será el común, por el principio de la regularidad del procedimiento –lo inmediato es excepcional y sujeto a reglas de muy precisa configuración, y da lugar a un proceso informado por la economía procesal con reducción de trámites: artículo 446.1 CPP, criterio que no puede extenderse a otros procedimientos–. El apdo. 2 del artículo 33 CPP, consagra la regla de imposibilidad de acumulación entre procesos con estructuras diferentes; y, como ejemplo, prohíbe expresamente la acumulación entre procesos por delitos privados con los procesos comunes y otros procesos especiales. Bajo esa misma concepción no pueden acumularse, ni habrá lugar a la alteración de la competencia objetiva, entre procesos comunes y otros procesos especiales, ni estos últimos entre sí, salvo que sean uniformes, esto es, solo entre procesos de colaboración, entre procesos de terminación anticipada, de seguridad, etcétera.

Este mismo criterio ha de seguirse cuando se instituyan órganos jurisdiccionales especializados al amparo del artículo 24 CPP. Si por razón de la especificidad de algunos delitos, se deba conocer este órgano jurisdiccional especializado, su competencia se extenderá al conocimiento de los delitos conexos.

3.2. Competencia territorial

Según los supuestos de conexidad procesal, cuando se trata de hechos conexos ocurridos en diversos momentos y ámbitos territoriales, se procederá a una alteración de las disposiciones sobre la competencia territorial. El artículo 32 CPP fija las reglas correspondientes.

El principio que rige la determinación de la competencia en todos los supuestos, salvo en el caso de la conexidad subjetiva por codelincuencia (artículo

31.2 CPP), es aquel de carácter lógico según el cual lo mayor atrae a lo menor: la competencia corresponde al juez que conoce del delito con pena más grave –se entiende, la penalidad conminada en abstracto por el tipo legal, no la pena concreta, de imposible o muy difícil delimitación antes del fallo–. Cuando este principio general no puede ser aplicado, se introduce como regla subsidiaria, el de la fecha de la comunicación del fiscal al juez de la investigación preparatoria de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 3 CPP) –Fuero subsidiario temporal–, que expresa la regla de la primacía del primer procesamiento frente a los demás, de la antigüedad de la causa inicialmente formalizada, que una de las plasmaciones del denominado fuero de la prevención. Por prevención ha de entenderse la situación jurídica en que se halla un órgano jurisdiccional cuando ha tomado conocimiento de un asunto antes que los otros órganos, también competentes y que por ese hecho dejan de serlo [COUTURE].

En el supuesto del artículo 31.2 CPP: varias personas aparecen como autores o partícipes del mismo hecho punible, que por diversas razones dan lugar a distintos procesos, rige el principio fundamental de la gravedad del hecho punible –aplicable, claro está, cuando se incluyan circunstancias específicas del hecho, según las descripciones contenidas en las respectivas Disposiciones de Formalización de la Investigación Preparatoria, que den lugar a subtipos agravados–. En defecto de este principio fundamental se introducen –como anota el inc. 2 del artículo 32 CPP– tres reglas subsidiarias: **a)** fecha de comisión del delito, **b)** turno en el momento de la comunicación de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, c) el que tuviera el proceso más avanzado. Estas reglas, que son secuenciales, una en defecto de otra, comenzando por la primera, rigen cuando se trata de procesos incoados en un mismo distrito judicial. Si se trata de procesos incoados en distintos distritos judiciales, el criterio parte de las reglas que definen la competencia territorial: los fueros previstos en el artículo 21 CPP (el fuero preferente es el del lugar de comisión del delito; tiene primacía el lugar donde se realizó la conducta de los autores, frente al lugar de ejecución de la conducta de los partícipes).

En algunos ordenamientos la conexión, incluso, puede alterar las normas relativas a la jurisdicción penal. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando exista relación de conexidad entre un delito de función militar policial y un delito común u ordinario. La legislación española, por ejemplo, autoriza que el conocimiento de ambos delitos pase a conocimiento de la jurisdicción que tiene atribuida el conocimiento del delito más grave. Nuestra legislación no lo considera así, y asume una concepción, por cierto, más restringida del ámbito de actuación

de la jurisdicción militar policial: según el artículo II del Título Preliminar de la Ley n.° 29182, la competencia de la jurisdicción militar policial comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial, y conforme al artículo 9.1 del Código de Justicia Militar Policial, las acciones u omisiones dolosas o culposas son delitos de función militar policial y son sancionadas por dicho Código.

VIII. CUESTIONES DE COMPETENCIA

1. Concepto

Las cuestiones de competencia surgen cuando en el curso de la tramitación de un proceso o procesos se presentan problemas sobre la determinación de la competencia [Oré]. Estos problemas tienen lugar entre órganos jurisdiccionales penales (competencia genérica) del mismo tipo, fijada a su vez la competencia objetiva y funcional, en cuya virtud ambos pretenden conocer un mismo asunto o rehúsan el conocimiento por entender que no les corresponde: se discute la atribución de los criterios de competencia territorial. En el primer caso se está ante una cuestión de competencia positiva; mientras que, en el segundo, ante una cuestión de competencia negativa. Su resolución corresponde al órgano jurisdiccional inmediato superior común a ambos contendientes.

El Título IV de la Sección III del Libro Primero del Código Procesal Penal comprende cinco instituciones específicas: **1.** Declinatoria de competencia. **2.** Transferencia de competencia. **3.** Contienda de competencia. **4.** Acumulación. **5.** Inhibición y recusación. Las tres primeras cuestionan la competencia territorial. Las dos últimas presentan otros presupuestos, pero cuyo efecto tiende a modificar la competencia preestablecida, que es lo que finalmente se destaca para regularla dentro de este Título.

Una regla de trámite, entendida como principio general, aun cuando se encuentra ubicada en el Capítulo IV, dedicada a la acumulación, común a todas las instituciones que integran las cuestiones de competencia, es la prevista en el artículo 52 CPP. Mientras está en trámite una cuestión de competencia se permite resolver, a quien tiene la causa, sobre la libertad o privación de libertad del imputado, así como la actuación de las diligencias de carácter urgente e irrealizable ulteriormente o que no permitan ninguna prórroga. La exigencia de aseguramiento del proceso, de evitar privaciones de libertad indebidas o prever que el imputado se dé a la fuga o perturbe la actividad probatoria, al igual que de impedir que se pierdan actos

procesales que por razones de tiempo, de oportunidad o de necesidad no es posible su postergación, justifica esta regla general.

2. Declinatoria de competencia

Es la facultad que el ordenamiento reconoce al imputado, al actor civil y al tercero civil, de instar al juez que se estima incompetente por razón de la materia (competencia genérica), de jerarquía (supuestos de aforamiento) o de territorio (competencia territorial), que declare su propia incompetencia y remita la causa al juez legalmente competente. En primer lugar, se excluye al fiscal por razones obvias: él fue quien, *prima facie*, decidió la competencia del juez cuestionado al enviar la comunicación de emisión de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 3 CPP). En segundo lugar, presupone que el juez aceptó la competencia y, por tanto, no la descartó oportunamente una vez que se avocó al conocimiento del asunto.

La solicitud de declinatoria está sometida a un plazo de caducidad: dentro de los diez días de formalizada la investigación preparatoria (artículo 35 CPP). Por imperio del artículo 350.1b CPP, y por tener el carácter de medio de defensa, puede deducirse en sede de etapa intermedia, si es que no se planteó en ese plazo y/o se funde en hechos nuevos.

El trámite es el previsto en el artículo 8 CPP, que instituye el modelo básico de las decisiones del juez de la investigación preparatoria a través del mecanismo de audiencias. En consecuencia: **a)** la solicitud debe plantearse por escrito y debidamente fundamentada, adjuntando, de ser el caso, los medios de investigación que correspondan (documentos, declaraciones, actas); **b)** el juez ha de indagar la constitución de las partes procesales y notificarlas con la solicitud presentada, señalando a su vez, dentro del tercer día, la audiencia respectiva; **c)** la audiencia se realizará con quienes asistan, pero el fiscal está obligado a concurrir y exhibir el expediente fiscal; **d)** la audiencia es, propiamente, una de debate respecto de las alegaciones de las partes y otra de explicación sobre los medios de investigación acompañados –no es una audiencia probatoria–; y **e)** el juez dictará resolución inmediatamente –se entiende que, en este caso, será una resolución oral– o lo hará en el plazo de dos días –se deduce que, en este caso, será una resolución escrita–. En ambos casos la resolución ha de ser expresamente fundamentada (artículo 34.2 CPP).

Si la resolución queda consentida, se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda. Es al juez llamado por ley, y en su caso al fiscal

que ejerce ante este juez o tribunal, donde se tramitará la causa. La resolución, sin embargo, es apelable ante la Sala Penal Superior. De conformidad con el artículo 418.1 CPP, *a contrario sensu*, el efecto no es suspensivo, por consiguiente, el juez no remitirá la causa hasta que se absuelva el grado.

El artículo 38 CPP presenta un problema: precisa que los actos válidamente realizados antes de la declinatoria conserven su eficacia. La validez del acto procesal, por tanto, ha de estar condicionada a su corrección procesal. Es de aplicación, respecto de la competencia del juez, a la disposición del artículo 25 CPP, que no sanciona con la nulidad la incompetencia territorial. Empero, como la declinatoria se extendió a la incompetencia genérica y objetiva, es obvio que en estos casos la nulidad es inevitable.

3. Transferencia de competencia

Es la facultad que el ordenamiento reconoce a las partes –fiscal, imputado, actor civil, tercero civil, persona jurídica– de instar al juez el cambio de radicación de la causa, cuando se presentan precisas circunstancias, de carácter insalvable, que perjudican gravemente las condiciones de funcionamiento debido del proceso en un lugar determinado. Las circunstancias insalvables, no superables, están detalladas en el artículo 39 CPP: **1.** Impedimento o perturbación grave del normal desarrollo del proceso. **2.** Peligro real e inminente, imposible de controlar, contra la seguridad del procesado o de su salud. **3.** Afectación grave del orden público. Estos motivos, como precisó la Ejecutoria Suprema n.° 28-2008/Apurímac, de 04-11-05, están incardinados en la necesidad de adelantar un proceso justo y equitativo, y buscar evitar que la corrección del procedimiento se vea alterada en su esencia por circunstancias –siempre extraordinarias– propias del lugar del proceso o de su concreto desenvolvimiento.

Los tres motivos, que han de ser interpretados restrictivamente, están referidos a cuestiones de carácter público y de interés general. Su lógica excepcional exige examinarlos desde los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, y sobre la base de un buen conocimiento de los hechos: la transferencia ha de ser idónea o cualitativamente apta para alcanzar la finalidad de protección de los intereses que el proceso resguarda, necesaria o imprescindible para garantizar la justicia y equidad del proceso, y compatible con el nivel de gravedad del peligro, la entidad de los hechos objeto de imputación y la complejidad de la causa incoada (Ejecutoria Suprema n.° 28-2008/Apurímac). El órgano jurisdiccional ha de sopesar los hechos teniendo en consideración, además, que un cambio de

radicación de la causa puede limitar la actividad probatoria y, por tanto, perturbar la eficacia del proceso y restringir irrazonablemente el derecho de defensa de las partes. En consecuencia, deberá concluir, a la luz del interés superior de la justicia, si es objetivamente razonable el sacrificio de determinados derechos de las partes y, por ende, a ser juzgado fuera del lugar de comisión del delito.

El primer motivo se refiere a la afectación de las garantías procesales de las partes. Esta puede presentarse cuando el proceso puede generar manifestaciones colectivas o de los medios de comunicación social de tal entidad que pongan en peligro la imparcialidad judicial; cuando el ambiente social, cultural, político o religioso, en general, de la localidad del juicio ponga en peligro el ejercicio del derecho de defensa; o cuando hay intereses de diversa índole que puedan afectar la seguridad de las partes y de los órganos de prueba, y el correcto discernimiento de la causa [SAAVEDRA ROJAS].

El segundo motivo se circunscribe a la situación personal del imputado. Este puede padecer de una enfermedad o tener una contextura o características personales que, en atención al clima, altitud y/o falta de recursos médicos, hace temer por su salud si la causa se tramita en el lugar del juicio. También puede ser posible que el imputado sea víctima de venganzas o de atentados contra su vida, imposible de evitar en la sede del proceso [MARTÍNEZ RAVE].

El tercer motivo se limita a la afectación grave del orden público. Alude a la presencia de circunstancias objetivas que importan una profunda y efectiva alteración de la paz y seguridad en una concreta circunscripción territorial, que a final de cuentas impidan la prosecución normal de la causa. Es muy importante, al respecto, que la Sala cuente con el informe gubernamental correspondiente que dé razón fundada de los problemas o peligros de orden público que se denuncian.

La solicitud de transferencia debe fundamentarse debidamente, adjuntándose la prueba correspondiente (anexos demostrativos de la existencia de la causal que se aduce) –también debe acreditarse o razonarse con fundamento el lugar donde se solicita el cambio de radicación del proceso–. El juez de la investigación preparatoria o, en su caso, el juez penal –según el órgano ante quien se presente la solicitud, en atención al estado de la causa– correrá traslado de la solicitud a las demás partes procesales por el plazo de cinco días, y vencido el mismo lo elevará al órgano competente para decidir. La decisión debe emitirse en el plazo de tres días.

La solicitud, como ha quedado expuesto, no solo debe demostrar la transferencia que solicita, también debe precisar y justificar la sede judicial donde

se pretende enviar la causa. Esta última petición, conforme al artículo 41 CPP, determina la competencia del órgano judicial: si la transferencia se solicita a un juzgado dentro del mismo distrito judicial, será resuelta por la Sala Penal Superior; si la transferencia se solicita a un distrito judicial distinto o se pide el cambio de radicación de la Sala Penal Superior –que entraña el conocimiento del juicio de apelación–, la decisión corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema.

4. Contienda de competencia

El conflicto o contienda de competencia surge entre dos o más jueces de la jurisdicción penal ordinaria [Leone]. El conflicto se presenta cuando dos o más jueces de igual jerarquía toman conocimiento simultáneo del mismo caso –conflicto positivo– o rehúsan tomar conocimiento de él –conflicto negativo–. Tal situación también tiene lugar en el caso de delitos conexos: dos o más jueces competentes para conocer de los diversos delitos cometidos en conexidad hayan iniciado simultáneamente diversos procesos penales [Saavedra Rojas]. Corresponde promoverla a los propios jueces, de oficio o a petición de las partes.

El artículo 42 CPP prevé el procedimiento incidental en caso de contienda de competencia cuando el juez afirme su competencia, y el artículo siguiente fija el procedimiento cuando el juez se inhibe de su conocimiento. Son, pues, dos supuestos de contienda de competencia.

En el caso del artículo 42 CPP el procedimiento es el siguiente: En primer lugar, el juez ha de tomar conocimiento cierto, de oficio o por instancia de las partes, que otro juez de la misma categoría conoce del mismo caso sin que le corresponda –es el presupuesto de su actuación–. En segundo lugar, emitirá un auto fundado que reafirme su competencia territorial y, en consecuencia, solicitará al otro juez la remisión del proceso, adjuntando al requerimiento copia de la resolución y los elementos de juicio pertinentes que permitan al juez requerido examinar con amplitud la petición que se le formula. En tercer lugar, el juez requerido tomará una decisión mediante auto fundado en el plazo de dos días hábiles, obviamente previo conocimiento de las partes. En cuarto lugar, si la decisión es aceptar el pedido del juez requirente remitirá el proceso a dicho juez, con conocimiento de las partes; si, por el contrario, no acepta el requerimiento del juez requirente, formará el cuaderno respectivo y lo elevará a la Sala Penal Superior en el término de tres días. Por último, la Sala Penal Superior decidirá dentro del quinto día de recibidos los autos.

En el caso de la contienda por inhibición, rige el artículo 43 CPP. Si el juez, mediante decisión fundada, se inhibe o acepta la inhibición instada por las partes,

por considerar que no es competente para conocer del proceso, remitirá copia de las piezas pertinentes al indicado órgano jurisdiccional si se trata de un proceso con reo libre y los actuados principales si se trata de un proceso con reo en cárcel. Es evidente que no existirá conflicto alguno si el juez rechaza la petición de las partes de inhibirse del conocimiento de la causa. Por otro lado, si el juez que recibe la causa también se inhibe –el principio de contradicción exige que el juez requiera la intervención de las partes para decidir lo conveniente–, es decir, promueve una contienda negativa, elevará las copias pertinentes de lo actuado o el principal en el plazo de un día hábil al Superior Tribunal para que resuelva –se entiende que el plazo para resolver, al igual que lo dispuesto en el caso anterior (artículo 42.2 CPP) también será de cinco días–.

El conflicto de competencia no es procedente cuando se trata de jueces entre los que existan condiciones de superioridad jerárquica porque en este tipo de casos siempre la decisión del superior prevalecerá sobre el criterio del inferior [SAAVEDRA ROJAS]. En consecuencia, conforme al artículo 44 CPP, si el juez toma conocimiento que su superior jerárquico conoce el mismo hecho punible o uno conexo, se limitará a consultarle mediante oficio si debe remitir lo actuado. Si, por el contrario, la iniciativa corresponde al juez jerárquicamente superior, ordenará al inferior la remisión de la causa.

El artículo 45 CPP regula el supuesto específico del juez penal que recibe la acusación fiscal –a él le corresponde inicialmente, formar el expediente judicial y dictar el auto de citación a juicio (artículos 136 y 355.1 CPP)–. Si dicho juez conoce que otro de igual jerarquía tiene otro proceso para audiencia sobre el mismo caso, podrá solicitarle se inhiba del conocimiento del caso si afirma su competencia. Si el juez penal requerido considera que la causa no le corresponde, remitirá las actuaciones al juez requirente; si, por el contrario, afirma su competencia, elevará el cuaderno a la Sala Penal Superior.

La regla general en contiendas de competencia, que puede extenderse a todos los supuestos en que interviene la Sala Penal Superior, o la Sala Penal Suprema en su caso –cuando el conflicto se da entre Salas Penales Superiores o entre juzgados que no pertenecen a un mismo distrito judicial–, está consagrada en el artículo 45.2 CPP. El plazo de decisión es dentro del quinto día de recibidos los autos, para lo cual se requiere la realización de una audiencia, con intervención de los interesados, es decir, de las partes –la resolución del Tribunal no necesita de una audiencia previa si no la impone el Código, artículo 123.2 CPP–. La audiencia se realizará con quienes concurran a ella, que es la regla asumida por el artículo 8 CPP.

5. Acumulación procesal

La principal consecuencia de la conexidad es la acumulación –es su respuesta procesal y su fundamento– y con ella la prórroga o desplazamiento de la competencia (*forum conexitatis*). La competencia, por esta razón, se unifica; se produce la unidad de la competencia. El tratamiento procesal de esta institución se encuentra en los artículos 46-52 del CPP. Ahora bien, es de distinguir dos supuestos de acumulación o reunión de delitos conexos [Calderón/Choclán]:

A. Conexión inicial. Se aprecia desde el comienzo del proceso. Desde el inicio de las averiguaciones entre los diversos hechos punibles o personas vinculadas a uno o más hechos punibles, la Fiscalía advierte alguno de los nexos establecidos en el artículo 31 CPP. La investigación, entonces, es única.

B. Conexión sucesiva. Puede tener lugar de dos maneras. **1.** Por extenderse el proceso al conocimiento de hechos punibles que hasta entonces no venía conociéndose por la misma Fiscalía o Juzgado Penal, en cuyo caso se amplía la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria o el auto de enjuiciamiento. **2.** Por acumulación de procedimientos seguidos ante otro órgano penal, en cuyo caso se aplican las reglas de los artículos 46-52 CPP; la regla básica es la prevista en el artículo 46 CPP: la acumulación tiene lugar observando las reglas de la competencia, de suerte que se modifica el contenido típico del proceso penal, y de ello resulta la reunión de varios procedimientos penales en un único proceso para una decisión única [Manzini].

El CPP solo ha previsto la acumulación de procedimientos, pero muy bien la conexidad, cuando es obligatoria aún más, puede producir la suspensión o aplazamiento de un proceso penal para aguardar la decisión sobre otros procedimientos penales actualmente en curso [Manzini].

En materia de acumulaciones dos son las reglas generales:

A. Tratándose de delitos plurisubjetivos: varias personas aparecen como autores o partícipes de un mismo hecho punible, la acumulación es obligatoria (artículo 47.1 CPP). Resulta evidente que, en este caso, si mediaren procedimientos en distinto estado, la consecuencia procesal inmediata de la acumulación, por su propio carácter obligatorio, es la suspensión del proceso más adelantado –lo que no quiere decir que la investigación preparatoria se paralice, sino que a su culminación no prosperará hacia la siguiente fase–.

B. En los demás supuestos de conexidad, la acumulación siempre es facultativa. Está sujeta a dos condiciones, positiva una y negativa otra: **(i)** las causas han de estar en el mismo estado e instancia; y **(ii)** no han de ocasionar grave retardo en la administración de justicia. Esta última condición se conecta con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y toma en cuenta los efectos lesivos, de diverso orden –centrados en la demora de la causa–, que pueda causar acumular procesos complejos tanto para el interés de la propia justicia como para el derecho de defensa de alguna de las partes.

Por otro lado, el artículo 50 CPP incorpora dos reglas de excepción a la acumulación procesal:

A. La acumulación es, de plano, improcedente cuando se trata de delitos sujetos a procesos por acción pública y procesos por acción privada. En consecuencia, no se pueden acumular o reunir procedimientos si uno está sujeto a las reglas del proceso común y otro a las del procedimiento por ejercicio privado de la acción penal.

B. A diferencia de otras legislaciones, también está prohibida la acumulación cuando un proceso se tramita en la jurisdicción ordinaria y otro en la jurisdicción militar.

La acumulación, respecto de la tramitación que la determina, puede ser decidida u ordenada de oficio o a pedido de parte. La decisión, en este caso un auto –requiere motivación para su pronunciamiento, artículo 121, § 1, CPC–, se adopta –al no estar prescripta la necesidad de una audiencia, artículo 123.2 CPP– previo traslado por tres días a las partes y se resuelve con la contestación o sin ella (artículo 90, § 2, CPC).

Cabe aclarar que la unificación procesal es el único efecto relevante de la acumulación. Las varias pretensiones punitivas que en origen habían dado lugar a otros tantos procedimientos penales separados permanecen como tales –el proceso es único solo externamente, pero internamente es plural, pues, aunque sea única la serie de actos a realizar, las posibilidades, cargas y expectativas de las partes se desarrollan respecto a cada objeto procesal– [ORTELLS].

La acumulación puede tener lugar en la etapa de investigación preparatoria, en cuyo caso la decide el juez de la investigación preparatoria, o en la etapa de enjuiciamiento, y su decisión corresponde al juez penal (artículos 48 y 49 CPP). No está prohibida, desde luego, la acumulación en la fase intermedia, en tanto

tiende "a mejor preparar el juicio" (artículo 350.1h CPP), de modo que se sigue el trámite especialmente previsto para esta fase, de carácter oral. Las decisiones son apelables. El efecto de la apelación no es suspensivo (artículo 418 CPP, *a contrario sensu*, y 90 § 2 CPC).

La acumulación por conexión inicial o sucesiva no es definitiva. Diversas circunstancias pueden determinar la separación de procesos conexos o de imputaciones o delitos conexos. Esta nota de flexibilidad, que a su vez explica el carácter facultativo de la acumulación, está recogida en el artículo 51 CPP. La discreción del juez, sin embargo, está jurídicamente condicionada a que "existan elementos suficientes para conocer con independencia"; además, siempre debe buscar celeridad en el procedimiento y la prontitud en la decisión de la causa. No existe continencia de la causa en este supuesto, que es la razón que justifica la conexidad, pues la decisión que ha de proferirse en relación con un proceso o imputación no ha de producir efectos de cosa juzgada en alguna de ellas [Quintero/Prieto] –es el caso de la conexidad estrictamente subjetiva en que la relación entre los distintos procesos la establece la intervención de un mismo y único imputado–en cuya situación procesal total no va a influir la sentencia del proceso avanzado, aun cuando fuere absolutoria [Creus]. El juicio sobre la suficiencia de los elementos de convicción es, desde luego, concreto, caso por caso; se analizarán las fuentes de prueba y los medios de prueba existentes y, preferentemente, la posibilidad de que puedan obtenerse y actuarse sin merma de su eficacia y unidad de sentido.

La separación de procesos o de imputaciones conexas, empero, no importa enervar las consecuencias de la conexidad, puesto que en todas las causas tendrá que intervenir el mismo juez o tribunal a quien le hubiese correspondido actuar en los procesos acumulados [Creus].

6. Inhibición y recusación

6.1. Definición y alcance

La inhibición y recusación, desde la perspectiva procedimental, dan lugar a una competencia por remisión como la denomina Carnelutti. Ello es así porque, en sustancia, implican derogación de las normas que regulan la competencia –no la composición o la investidura de la función jurisdiccional– [Leone]. Se origina en motivos subjetivos del juez –el juez se halla incurso en ciertas circunstancias, referentes a su relación con las partes o con el objeto procesal, que hacen prever

fundadamente un deterioro de su imparcialidad [ARMENTA]– y da lugar al desplazamiento de la competencia de una causa legalmente radicada en un juez determinado hacia otro juez. Esta es la razón, según se ha insistido, por la cual se aborda en el Título IV sobre cuestiones de competencia.

La inhibición es el derecho-deber que tiene el juez –aunque también los secretarios y quienes cumplen función de auxilio jurisdiccional– de dejar de conocer o de intervenir en un procedimiento cuando concurra alguna circunstancia que afecte a su imparcialidad, entendida como la ausencia del designio o prevención del juez de poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes o del interés del propio juez [MONTERO] –situaciones que podrían afectar su serenidad (*iudex suspectus*)–. La recusación, en cambio, es una facultad de las partes para interesar el apartamiento del conocimiento o intervención en un determinado proceso del juez de la causa –también de los secretarios y quienes cumplen función de auxilio jurisdiccional– en quienes concurra alguna circunstancia que afecte su imparcialidad [GARBERÍ]. Ambas instituciones constituyen el instrumento procesal establecido para afirmar y hacer prevalecer la imparcialidad judicial –que afecta a la jurisdicción como función, que no como potestad que es propia de la independencia– y, con ello, integra la garantía genérica del debido proceso (artículo 139.3 Constitución), de un juicio justo (STEDH Delcourt, de 17-01-70). La inhibición y la recusación, por tanto, son técnicas de garantía de la imparcialidad judicial [PICÓ]; buscan preservar la legalidad de las decisiones judiciales y evitar que motivos extraños al derecho provenientes del proceso puedan llevar al juez a desviarse de la legalidad en la toma de sus decisiones [AGUILÓ].

La imparcialidad es la situación en que se encuentra el juez, fuera por completo, real y aparencialmente, de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo [RUIZ VADILLO]. No basta que el juez sea realmente imparcial, o que se sienta así incluso. Para la conservación de su auctorictas ante la ciudadanía, es imprescindible que también "parezca" imparcial [NIEVA]. Compromete la imparcialidad toda sospecha razonable y fundada de que el juez, por cualquier motivo, pueda llegar a ser parcial –*uidex suspect*– (STSE 28-11-97).

Cabe precisar que los destinatarios de la imparcialidad, al igual que la independencia, no son los jueces mismos sino los ciudadanos y los justiciables, por lo que ambos principios se configuran como deberes de los jueces. Conforman la peculiar forma de cumplimiento del derecho, que el mismo exige a los jueces –ellos han de aplicar el derecho (actuar conforme al deber) y hacerlo por las razones que el derecho le suministra (motivado por el deber)–, de suerte que los motivos por los

que los jueces deciden –la explicación de la decisión– coinciden con la motivación –la justificación– de la decisión. La independencia y la imparcialidad, finalmente, protegen, de un lado, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados solo desde el derecho –legalidad de la decisión–; y, de otro lado, la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas –credibilidad de la decisión–. Así las cosas, las normas sobre inhibición y recusación, y otras como el régimen de incompatibilidades y las limitaciones al derecho de asociación de los jueces, son en definitiva intentos de salvaguardar la credibilidad de las razones jurídicas respecto a las decisiones jurisdiccionales. El deber de imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes desde dentro (o con motivo) del propio proceso jurisdiccional –el control de las influencias indebidas desde el sistema social es el ámbito propio de la independencia– [Aguiló].

Si bien, como se ha expuesto, la imparcialidad es subjetiva, lo que hace la ley es objetivarla y así establece una serie de situaciones, que pueden constatarse objetivamente –se funda en parámetros objetivos–, en virtud de las cuales el juez se convierte en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad [Montero]. El artículo 53.1 CPP, por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, ha predeterminado las causas de inhibición y recusación, bajo un listado único.

El contenido del derecho al juez imparcial ha sido definido, desde la doctrina del TEDH, seguida por la CIDH (SCIDH Herrera Ulloa, de 27-07-04), siempre apegada –por lo menos a partir de la STED Hauschildt, de 24-05-89– al caso concreto –examen de la intensidad o naturaleza de la intervención del juez, que implica desligarse de un criterio formal y optar por un criterio material o sustancial–, empieza con una idea-fuerza vital: las apariencias son importantes al momento de evaluar hasta qué punto un tribunal es o no imparcial (Sentencia Delcourt, de 17-01-70), en tanto que la imparcialidad es una garantía que se asienta en la necesaria confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática (Sentencia Piersack, de 26-10-84) –la Ejecutoria Suprema n.° 2458-2004/Puno, de 03-11-04, aceptó esta teoría, denominada teoría de la apariencia–, cuyas reglas no pueden interpretarse restrictivamente pues no encajarían con el objeto y la finalidad de la institución (Sentencia De Cubber, de 26-10-84); la interpretación ha de ser teleológica y flexible, de suerte que respetando la letra de la ley permite acoger todas aquellas circunstancias susceptibles de afectar la imparcialidad judicial [Picó].

Otra idea fuerza esencial es la distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva (en la primera etapa: Sentencias Piersack, de 01-10-82, y De Cubber, de 26-01-84). La imparcialidad subjetiva trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto –en cualquier instancia–, mientras la imparcialidad objetiva se refiere a si el juez ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. En una segunda etapa, el TEDH integró a la imparcialidad subjetiva una presunción: la imparcialidad se presume en tanto no se demuestre lo contrario (STEDH Morel de 06-06-00), y respecto de la imparcialidad objetiva precisó que exigía identificar hechos objetivos que autoricen a poner en duda la imparcialidad de los jueces o asegurar que existen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre esa imparcialidad (STEDH Zennari, de 06-11-03).

Esta distinción –imparcialidad subjetiva y objetiva– ha sido criticada por la doctrina, que considera que las causales de inhibición y recusación presentan un fundamento estrictamente subjetivo, afectan a la persona del juez, no al órgano judicial como tal, y contemplan una determinada relación de la persona del juez con las partes o con el objeto del proceso [LORENTE]. Estas tienen relación, de un lado, con la personalidad del propio juez y sus intereses directos o indirectos, y, de otro, por las funciones o cometidos que desempeña el juez en distintos órganos que le hacen conocer un asunto en diferentes etapas previas a la de juzgar o como juzgador en primera instancia y luego en apelación o casación [JIMÉNEZ ASENJO]. En consecuencia, la tacha de parcialidad será siempre subjetiva, pero su invocación, para que prospere, deberá probarse objetivamente ante el órgano jurisdiccional; solo datos objetivos son los que pueden servir para dilucidar la existencia de una causal de inhibición o recusación, de suerte que "las inquietudes subjetivas de sospecha [...] no constituyen un elemento determinante, pues es necesario establecer si ellas pueden considerarse como objetivamente justificadas" (Sentencia Nortier, de 24-08-93).

La jurisprudencia constitucional española y, por asimilación, la peruana, han dotado de un contenido distinto a la imparcialidad subjetiva y objetiva. La primera se refiere a las indebidas relaciones del juez con las partes –en las que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas–, mientras que las que evidencian la relación del juez con el objeto del proceso –propiamente, con los actos de investigación o con los actos de prueba, que son un sistema de representación de los hechos del pasado– afectan la imparcialidad objetiva –el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él– (por ejemplo, STCE n.° 162/1999, de 27-09-99).

Finalmente, no es admisible a las partes, en el marco de la buena fe procesal, reservarse una presunta recusación para utilizarla como motivo posterior de anulación de una sentencia si resulta desfavorable, cuando las causas de abstención tienen por finalidad apartar de la función jurisdiccional a aquella persona en quien puedan concurrir sospechas de prejuicio o parcialidad (STSE 18-10-97).

6.2. Sistema de recusación del CPP

El sistema de recusación recogido por el artículo 53.1 CPP es el mixto. Consiste en la previsión legal, por un lado, de un elenco de motivos o circunstancias concretas y específicas que justifican la separación del juez en quien concurre; y al mismo tiempo el establecimiento de una cláusula abierta, de inspiración italiana, definida en términos abstractos, sin especificar la concreta circunstancia o motivo que justifica la separación del juez [Galán], que dice: "Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad" (literal e del artículo 53.1 CPP).

El régimen recusatorio nacional, a su vez, desde sus efectos, adopta, conforme al ACPP, un sistema de *iudex suspectus*, no de *iudex inhabilis*, denunciables bien de oficio (inhibición) o a instancia de parte (recusación). El artículo 53.1 CPP y las demás normas del Capítulo V no trazan una diferencia entre el sistema de *iudex suspectus* y el de *iudex inhabilis*. La norma antes referida precisa una serie de motivos que justifican la exclusión del cargo por ministerio de la ley (literales a al e), sin introducir diferenciación alguna entre ellos. Así, entonces, el régimen de separación judicial receptado –que no diferencia el trato procesal entre los literales a - d con el literal e, que es el modelo germano– determina que las causales señaladas en la norma impiden que el juez que se halle incurso en causa legal de exclusión pueda realizar válidamente acto alguno en el proceso –el carácter de *ius cogens* que informa el derecho al juez imparcial justifica su irrenunciabilidad (STEDH Castillo Algar, de 28-10-98)–, aunque desde luego la apreciación de las causales variará según su entidad, al punto que la causal última, del literal 'e', si no se alega y prueba por las partes en forma oportuna, no podrá ser instada como un motivo recursal específico de vulneración del juez imparcial.

La protección de la debida imparcialidad judicial se atribuye al propio juez, así como también a los justiciables. La apreciación de la mayor o menor confianza que un juez concreto merezca a una parte es algo que solo a ella le corresponde determinar: así, si estima que un juez carece de la suficiente objetividad de juicio, puede denunciarlo mediante la recusación; y si no lo hace, es que, de manera

implícita, confía en la imparcialidad del juez, por lo que, posteriormente, no podrá hacer valer la posible falta de dicha imparcialidad –salvo que aparezcan hechos nuevos o desconocidos que justificarían otra recusación– [PICÓ].

Como quiera que el CPP optó por la tipicidad de las hipótesis de inhibición y recusación, que sin embargo incluye una causal abierta, la interpretación de las mismas ha de ser amplia y flexible con una clara primacía del método teleológico, en especial en esta última causal, de suerte que presidirá el entendimiento de esas normas la necesidad de afirmar la imparcialidad judicial como principio y garantía fundamental de la jurisdicción, y descubrir todas aquellas circunstancias que potencialmente puedan menoscabarla. Estas causales, a final de cuentas, se concentran psicológicamente en un control de las emociones del juez, de "afecto" y "odio", por lo que en clave de apariencias se establecen motivos radicados en vínculos personales, laborales o litigiosos [NIEVA].

6.3. Causas o motivos de inhibición y recusación

El artículo 53.1 CPP –y, por remisión, el artículo 54.1 CPP– regulan las causas de inhibición y recusación. Las cuatro primeras son específicas, y la última, que refleja el "temor de parcialidad", es genérica o abierta. Así se tiene:

A. **Interés, directo o indirecto, en el proceso.** Ha de ser del propio juez o de su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. El impedimento subsiste respecto del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriva; subsistirá incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos del matrimonio. El fundamento de esta causa es evidente, pues resulta indudable que los vínculos conyugales, equivalentes o de parentesco impiden al juez actuar con absoluta equidistancia entre las partes [GARBERI]. El interés directo surge cuando el juez y demás personas vinculadas están legitimados para ser, o haber sido, parte originaria en la causa en la que debe intervenir; el interés indirecto ha de fundarse en hechos extraprocesales –no puede deducirse de las actuaciones jurisdiccionales–, actual –contemporáneo al momento de plantearse la inhibición o recusación– y personal –no de carácter general, abstracto o colectivo– [PICÓ].

Este interés supone la posibilidad de que del proceso puede derivarse un beneficio –o, con más, amplitud, daño o provecho– al juez o a algún pariente –como consecuencia de su carácter de parte lesionada, de denunciante,

querellante o actor civil–, el mismo que puede ser económico o moral y debe referirse al proceso actual y no a otro [Leone]. Será directo cuando el juez o sus parientes son titulares de una relación dependiente de la relación deducida en el proceso, e indirecto cuando la decisión puede provocar efectos en la esfera patrimonial o espiritual del juez o de sus parientes.

B. **Amistad notoria, enemistad manifiesta o vínculo de compadrazgo.** Estas relaciones o vínculos, dimanantes de las relaciones personales y privadas del juez –fundada en relaciones extraprocesales–, han de ser con el imputado, la víctima o sus representantes, y deben ser especialmente intensas, no superficiales. En los dos primeros supuestos, se entiende que se trata de relaciones entre dos o más personas; no puede haber amistad –que importa lazos de gran confianza y afecto surgidos de una relación estable y continua– como tampoco enemistad –sentimiento de aversión u odio, que supone una antipatía hacia otra persona– de carácter unilateral –así, los sentimientos hostiles del imputado y demás interesados no permite presumir si más que el juez les retribuya esos mismos sentimientos [Manzini]–. La amistad o enemistad han de haber sido expuestas a través de actos directos y externos en forma pública, pero no solo por su publicidad, sino particularmente por la existencia de hechos o antecedentes que la causan –prima, pues, el criterio de la suficiencia: exteriorización del sentimiento, que debe ser de cierta entidad, por un lado, y constatación efectiva o acreditación del mismo–. Por todo ello, ambos supuestos deben ser susceptibles de verificación.

C. **Relaciones económicas, a título de acreedores o deudores, con las partes.** Se trata de un específico interés económico, de carácter patrimonial –relaciones de crédito–. De estas circunstancias, sin duda, se puede inferir un interés del juez en su resultado, bien en la victoria de su deudor a fin de perder garantías en el pago de su deuda, o bien en la victoria de su acreedor, con la esperanza de que este pudiera hacer su deuda más favorable [Galán].

D. **Intervención en la causa como juez o fiscal, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.** Montero califica esta causal, propiamente, como incompatibilidad de funciones procesales, que está signada por su dependencia del proceso –las circunstancias ajenas al proceso son causas que hacen a la imparcialidad–, referidas a aquellas actividades realizadas por el juez (i) en el proceso en su condición de juez o (ii) en una condición distinta de la de juez: fiscal, testigo o perito.

La aplicación de esta causa no suscita problema alguno en los supuestos en los que efectivamente se han confundido en una misma persona las funciones de investigador y de sentenciador –unipersonal o colegiado–. Las dificultades se originan cuando se trata de determinar si la participación en una determinada diligencia constituye o no actividad instructora, y también en los supuestos en que se pretende extender esta causal a los Tribunales a los que la ley les encomienda funciones diferentes de la investigación, pero relacionadas con ella, por ejemplo, la resolución de recursos interpuestos frente a decisiones del juez, bien sobre la práctica de diligencias, bien sobre el procedimiento o bien sobre la libertad de los imputados [GARBERI].

En su apreciación rige la denominada teoría de la valoración. Solo tienen entidad para comprometer la imparcialidad o la función procesal del juez o generar prevención en el juez que las adopta aquellas actuaciones en las que interviene cuyo presupuesto material consiste en la constatación de indicios racionales de criminalidad –se trata de los denominados actos de imputación–; no toda actuación procesal elevada a cabo en el proceso compromete *per se* la imparcialidad judicial, solo aquella que por su entidad puede provocar perjuicios en el ánimo del juez (STSE, de 28-11-97). Sin embargo, la propia jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, introduce varias matizaciones según se trata de una medida cautelar *ex novo* como en vía de impugnación –afirmado claramente por la STSE de 08-02-93, en la medida en que en alzada no se entra en contacto directo con el imputado ni con las pruebas, no son actos de instrucción (STSE de 03-11-95–, así como de un auto de procesamiento o de enjuiciamiento, bajo el criterio que debe apreciarse la extensión y naturaleza de las medidas adoptadas por el juez (STEDH Fey, de 24-02-93). Lo cuestionable será siempre la realización de aquellas actividades que impliquen averiguación, calificación o juicio sobre los hechos o constituyan una investigación directa de los mismos (STSE n.° 326/98, de 02-03-98: lo esencial estriba en que el relato del caso no ha sido construido ni preparado por el Tribunal), no habiendo tomado contacto con el material de hecho de la investigación –STSE n.° 1186/1998, de 16-10-98–.

Así, según la jurisprudencia del TEDH: **(i)** si el juez solo tomó declaraciones a testigos sin haber efectuado valoración alguna no cabe un apartamiento del proceso (STEDH Bulut, de 22-02-96); **(ii)** si se intervino en el auto de enjuiciamiento, como no es una declaración formal de culpabilidad,

en tanto que la apreciación preliminar de los datos disponibles no se equipara a constatar la existencia de 'sospechas particularmente reforzadas' sino a determinar si existen 'indicios suficientes', tampoco cabe un apartamiento del juez en el proceso (STEDH Saraiva de Carvalho, de 22-04-94); y **(iii)** si se confirman medidas cautelares personales no se incurre en sospechas de parcialidad en tanto en cuanto se apreciaron en forma sumaria los datos disponibles para determinar si a primera vista las sospechas de la Policía tenían alguna consistencia y permitían creer sobre un riesgo de fuga (STEDH Sainte Marie, de 16-12-92).

Los que pretende evitar esta causal es la incidencia del llamado en psicología sesgo de confirmación, que se produce cuando una persona que ya ha tenido oportunidad de sentar criterio sobre una materia previamente, se la pone a posteriori en disposición de tomar una nueva decisión sobre el mismo asunto [Nieva].

E. Temor de parcialidad. Tiene lugar cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad, en lo que solo basta una sospecha sujeta a una valoración razonable. Este motivo exige que como consecuencia de la actuación funcional en la causa de un magistrado se advierte razonablemente que esta expresa una afectación al deber de imparcialidad y una lesión consiguiente de los derechos e intereses legítimos de las partes procesales (Ejecutoria Suprema n.° 3726-2005/ Lambayeque, de 07-11-05), cuya valoración ha de ser global de la conducta del magistrado (Ejecutoria Suprema n.° 2204-2005/Arequipa, de 12-07-05).

Aquí se incluyen la adopción de medidas por el juez claramente arbitrarias, que contradicen todo fundamento procesal; cuando en conversaciones o declaraciones públicas adelanta opinión sobre el resultado del proceso, o formula comentarios críticos o reproches ofensivos contra el imputado o las otras partes procesales [Roxin y jurisprudencia del BGH que enumera]. Desde luego, como ha declarado la Suprema Corte de la Nación Argentina, las razones de delicadeza personal –de decoro– no son propias del proceso penal –sí del proceso civil– (Fallos, 320:519). Igualmente, como se estableció en el Acuerdo Plenario n.° 3-2007/CJ-116, de 16-11-07, la presentación de una demanda de habeas corpus o amparo o de una queja disciplinaria no justifica el apartamiento del juez.

6.4. Procedimiento de la inhibición y recusación

El procedimiento varía según se trate de la inhibición (artículo 53.2 CPP) o de la recusación (artículo 54 CPP). En ambos casos se origina un procedimiento incidental.

6.4.1. Inhibición

El propio juez insta su separación de la causa. A este efecto, lo hace por escrito con indicación expresa de la causal invocada –el juez está obligado a declararla, aunque no sea conocida–. Debe expresar los motivos que respaldan su decisión de apartarse del conocimiento de la causa, el pedido adopta la forma escrita.

En orden a la competencia funcional, la petición se presenta ante la Sala Penal Superior en el caso de jueces de la investigación preparatoria y jueces penales. Si se trata de un juez que integra la Sala de Apelación o la de Casación, aplicando la regla de la recusación, se planteará ante el mismo órgano colegiado, que se integrará por el llamado por ley (concordancia del artículo 57.1 CPP con los artículos 145-147 LOPJ). Cuando se trata de la inhibición de todos los integrantes del órgano colegiado conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por ley (artículo 57.2 CPP). De ese pedido, antes de la elevación al Tribunal competente, se debe poner la causa en conocimiento de las partes.

El juez que insta su separación debe formar el cuaderno respectivo insertando las copias certificadas pertinentes. El tribunal que decide lo hará inmediatamente, previo traslado a las partes por el plazo común de tres días. No se requiere audiencia ni informe oral de los defensores. Empero, en este último caso, o cuando las partes pidan informar sobre hechos, discrecionalmente, por la importancia del grado, mediante decisión inapelable, podrá concederse o denegarse el pedido de palabra (artículo 132 *in fine* LOPJ). La decisión del tribunal sobre la recusación es inimpugnable.

El artículo 55.2 CPP prescribe que, si las partes no están conformes con la inhibición, podrán interponer apelación ante el magistrado de quien se trata, a fin de que el superior inmediato decida el incidente dentro del tercer día. Esta regla, empero, no ha tomado en cuenta que la comunicación escrita del juez no solo no tiene la forma de auto, sino que la decisión corresponde al Tribunal Superior; el conocimiento de las partes de la inhibición no da lugar a impugnación alguna,

sino a la formulación de las instancias pertinentes –por su aceptación o rechazo– ante el referido tribunal. Lo mismo sucede en el caso de la recusación.

En consecuencia, tal apartado deviene inaplicable por la propia característica del procedimiento definido en la misma ley procesal. Se trata de un supuesto legítimo de interpretación correctora, que justifica que el aplicador se aparte de la norma en cuestión por su disconformidad formal o material en supuestos muy justificados [Aragoneses]. En el presente caso se trata de un supuesto de corrección formal, en función a la presencia de una norma en el propio Código que traza, en concordancia con las demás, el procedimiento aplicable.

6.4.2. Recusación

La separación puede ser instada por las partes –todas ellas– cuando el juez no se inhibe. Los requisitos del instamiento o declaración de recusación consisten en que, bajo sanción de inadmisibilidad –sanción procesal que impide el ingreso al proceso de un acto que cumplimenta los requisitos del tipo procesal correspondiente [Creus]–, debe **(i)** plantearse por escrito; **(ii)** precisarse motivadamente las causales que se invocan –indicación expresa de los fundamentos de hecho y de derecho, sin que sea suficiente la referencia genérica y abstracta de una de las causas que se halla tasadas en la ley–, si son varias han de plantearse al mismo tiempo (artículo 54.4 CPP), y estas solo pueden ser las previstas en el artículo 53.1 CPP –correspondencia entre la previsión legal y los hechos invocados por el recusante–; y **(iii)** adjuntarse –si los tuviere– los elementos de convicción pertinentes –traduce la exigencia de principio de prueba y persigue mayor rigor y seriedad en la interposición de la recusación–.

La ley fija un plazo legal para interponer la recusación, a cuyo vencimiento el pedido en referencia será declarado inadmisible. Se trata, en puridad, de una sanción de caducidad –extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la Ley [Couture]–. El artículo 54.2 CPP precisa que el plazo es de tres días de conocida la causal que se invoca. En términos negativos el párrafo final del citado artículo 54.2 CPP –es una norma de delimitación general– estipula que no se aceptará luego del tercer día hábil anterior al fijado para la audiencia, sea cual fuere la fecha de conocimiento de la causal. Solo el juez en este caso puede inhibirse, de oficio o ante la noticia de las partes –se entiende que, si se inhibe, procede recurso de apelación en aplicación del artículo 55.2 CPP–. Si se trata de los jueces de apelación o casación, la solicitud recursal será presentada dentro del tercer día

hábil del ingreso de la causa a la instancia, para lo cual las partes deben tomar previo conocimiento de la elevación de las actuaciones. La competencia funcional en este último caso está prevista en el artículo 57 CPP.

El procedimiento incidental consta de tres fases:

A. Leone denomina la primera fase del procedimiento de recusación como juicio superficial, que se dedica al examen de la admisibilidad de la demanda: observación de las formas insubsanables y de los plazos prescritos en la Ley –oportunidad procesal–. El juez recusado examina la admisibilidad del pedido y dicta la decisión de inadmisibilidad, si fuera el caso –supuesto de inadmisión *a limine litis*–, que se producirá siempre y cuando de forma evidente o manifiesta falte algún requisito de los ya puntualizados –su interpretación ha de ser restrictiva y su utilización excepcional–. El auto que emite, con las copias respectivas del incidente, se elevan al Tribunal Superior para su decisión final.

B. La fase de trámite se inicia solo si la recusación es considerada admisible por el juez recusado. Este, de ser así, tiene dos alternativas: **(i)** aceptar la recusación o **(ii)** rechazarla de plano. En ambos casos expedirá una resolución fundada, pues se trata de un auto –es el caso del juez unipersonal, pues si se trata de un juez que integra un órgano colegiado, emitirá un informe y el tribunal decidirá–. Si la acepta, las partes que no están conformes podrán interponer recurso de apelación, para que el Tribunal Superior inmediato decida dentro del tercer día, cuya decisión es inimpugnable (artículo 55.2 CPP). Si la rechaza, formará incidente y elevará las copias pertinentes en el plazo de un día hábil a la Sala Penal competente. La Ley no prevé que el trámite ante esta Sala incluya un momento instructorio, de actuación de pruebas sobre los motivos de la recusación, solo reconoce la prueba documental y documentada, aunque de cara al derecho a la tutela jurisdiccional es posible, aunque restrictivamente, como es unánime en el derecho comparado, la actuación de prueba testimonial o de otra índole, siempre que sea pertinente y estrictamente necesaria.

6.5. Efectos de la recusación de la inhibición y recusación

El trámite de la inhibición y la recusación, por imperio del artículo 20 CPP, no suspende el procedimiento, salvo el caso del juicio oral, en que se suspende la audiencia hasta la decisión del conflicto (artículo 20 CPP); con ello se pretende evitar un uso torticero de esta institución, que afectaría el normal desarrollo del

proceso principal. El principio general es que, una vez decidida la separación del juez que se inhibe o que es recusado, ya no podrá realizar acto alguno en el proceso; los que lleve a cabo serán nulos [Creus].

Por otro lado, el artículo 59 CPP prevé un segundo efecto, que en todo caso limita la regla general de no suspensión de la causa (artículo 20 CPP): solo podrá realizar todas aquellas diligencias previstas en el artículo 52 CPP: de carácter urgente e irrealizable ulteriormente o que no permitan ninguna prórroga. Esta última norma expresamente le autoriza a dictar dos tipos de resoluciones, vinculadas a la privación de libertad del imputado o, en su caso, a su excarcelación.

6.6. Extensión de la inhibición y recusación

El artículo 58 CPP prevé la extensión de las reglas de inhibición y recusación a los secretarios y a quienes cumplen una función de auxilio judicial en el procedimiento (se incluye al relator –artículo 261 LOPJ–, a los oficiales auxiliares de justicia –que asisten en sus funciones a los relatores y secretarios, artículo 271 LOPJ–, y a los martilleros, entre otros –artículo 281 LOPJ–; los peritos están sujetos a tacha –artículo 175.2 CPP– y la Policía Judicial, por su propia función, no es recusable). La decisión corresponde al órgano judicial ante el cual actúan. Serán reemplazados mientras se tramita el incidente. La decisión no es impugnable (concordancia del artículo 55.2 última frase CPP).

Los fiscales no son recusables, pero están obligados a apartarse de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición previstas en el artículo 53 CPP. Si no lo hace, el fiscal superior jerárquico, previa las indagaciones que correspondan, puede excluirlo de la causa y reemplazarlo (artículos 61.4 y 62.1 *in fine* CPP y 19 LOMP). Lo reemplazará el fiscal adjunto (artículo 23 LOMP).

PARTE TERCERA

LAS PARTES PROCESALES

LECCIÓN SEXTA

LAS PARTES PROCESALES: TEORÍA GENERAL

I. CONCEPTO

1. Alcances

La existencia de partes es de la esencia de todo proceso jurisdiccional –es consustancial a él–. El principio de contradicción y la idea de bilateralidad, como su presupuesto, hacen imposible concebir un proceso sin la noción de partes, a las que se le reconocen derechos autónomos en el procedimiento. La doctrina procesalista mayoritaria tiene muy en claro que el proceso penal no puede concebirse sin la noción de partes –solo cuando el proceso se configura como un *actus trium personarum*: proceso de partes iguales ante un tercero imparcial, se está ante un verdadero proceso [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]–. Este consenso es más sólido en los procesos penales acusatorios, como el nuestro.

Ahora bien, si se asume la clásica división, procedente del derecho procesal civil, entre parte en sentido material y parte en sentido formal, la noción de parte material es insatisfactoria porque en el proceso penal no existe una relación jurídica material integrada por los sujetos –activos y pasivos– que han participado en la infracción penal, de modo tal que estos (imputados y ofendidos) inevitablemente se convertirían en partes en el proceso. No puede decirse, asumiendo este punto de partida de carácter material, qué partes serían aquellos sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquellos frente a los cuales se solicita dicha tutela, por la peculiar naturaleza del *ius puniendi*, pues tal concepción estaría relacionada con una noción de tutela enraizada en el vínculo material como consecuencia del hecho punible, fundamento de la pretensión punitiva.

La concepción material de parte, con absoluta seguridad, no es de recibo tratándose del ofendido, a quien el derecho procesal penal no le reconoce derechos sobre el objeto penal del proceso, a la vez que impone la presencia del Ministerio Público –que interviene por imperio constitucional y legal, incluso otorgándosele

una preeminencia en la etapa de investigación preparatoria que relativiza la garantía de igualdad de armas, por lo menos en esta etapa procesal–, al que incluso no le permite una disposición absoluta sobre el objeto procesal, pues no tiene derechos subjetivos sobre la sanción penal. Desde tal perspectiva solo tendría la consideración de parte material el imputado, como parte pasiva del proceso, con plenos derechos subjetivos a la libertad [MONTERO] que puede verse afectado por una medida de coerción o la sentencia condenatoria. Tal limitación –inevitable del concepto material de parte al configurar únicamente como tal al imputado–, empero, no permitiría fundar la lógica del proceso penal, basado en los principios acusatorio y de contradicción [MUERZA].

Todo intento de hacer gravitar el concepto de parte sobre la idea de pertenencia del derecho material ejercitado llevará inexorablemente a negar la existencia de tal concepto en este proceso [ASENCIO].

2. Concepto

Así las cosas, solo puede regir en el proceso penal la noción procesal de parte, desligado de la idea de titularidad del derecho. Parte es, entonces, quien actúa en el proceso penal, y ejercita la acción penal y deduce la pretensión procesal, y quien se opone a ella [GIMENO]. Las partes solicitan al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional determinada y aportan alegaciones, pruebas y el material fáctico, asimismo participan de la contradicción, todo con independencia de la relación que el sujeto tenga con el fondo del proceso [ARMENTA]. Es claro, entonces, que la condición de parte está signada por la posición que se ocupa en el proceso penal, y no por los intereses que en él se deduzcan. Esta noción, que no parece aceptar el CPP, incluso tiene lugar durante la investigación preparatoria formalizada, pues, más allá de sus inevitables rasgos inquisitivos, no desconoce la efectividad de los principios de contradicción e inmediación y la necesidad del ejercicio de sus facultades y derechos para poder demostrar con éxito las razones y fundamento de sus pretensiones [RENEDO ARENAL].

La noción de parte material, por el contrario, se aplica cuando se dilucida el objeto civil: restitución del bien, reparación e indemnización (artículo 93 CP) como consecuencia de los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo [MORENO], que el CPP acumula obligatoriamente al penal, salvo renuncia expresa de la víctima o su interposición en un proceso civil autónomo (artículos 11 y 12 CPP), y que el CP exige su determinación conjuntamente con la pena (artículo 92 CP).

A partir de lo expuesto es evidente, desde la estructura dual del proceso, que toda parte ha de ser parcial –rasgo del que deriva su nombre–: sostiene un interés incompatible con el de su contrario. Si bien el Ministerio Público indaga los hechos que determinan y acreditan la responsabilidad o inocencia del imputado (artículo IV.2 TP CPP) o las circunstancias que permiten comprobar la imputación y las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado (artículo 61.2 CPP), ello no lo convierte en parte imparcial sino más bien en parte parcial ambivalente –la toma en consideración de circunstancias favorables para el imputado solo es relevante para la concreción de su propia pretensión procesal–, en la medida en que puede sostener una condena como una absolución en el ejercicio de la acción penal: si así sucediere, siempre que hubiera proceso, el fiscal tendría la posición de parte acusadora porque, si decidiera no sostener la acusación, habría que poner necesariamente fin al proceso y lo que perdería es su condición de parte [Banacloche].

II. REGULACIÓN

1. Descripción normativa

La Sección IV "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", que integra el Libro Primero "Disposiciones Generales" del CPP, regula la institución de las partes procesales. Consta de un total de cincuenta y cuatro artículos: 60-113. La referida Sección se divide en cinco títulos:

A. El Título I, dedicado al Ministerio Público y a la Policía Nacional (once artículos: 60-70). Se subdivide en dos capítulos, que abordan cada institución. El Capítulo I "El Ministerio Público" consta de siete artículos: 60-66. El Capítulo II "La Policía" consta de cuatro artículos: 67-70.

B. El Título III, dedicado a las personas jurídicas. Consta de cuatro artículos: 9093.

C. El Título IV, dedicado a la víctima (diecisiete artículos: 94-110). Se subdivide en tres capítulos. El Capítulo I "El agraviado" consta de cuatro artículos: 9497. El Capítulo II "El actor civil" consta de nueve artículos: 98-106. El Capítulo III "El querellante particular" consta de cuatro artículos: 107-110.

D. El Título V, dedicado al tercero civil (tres artículos: 111-113).

2. Denominación utilizada

Desde luego, no es decisivo que la Ley procesal utilice el vocablo parte para entender como tales a quienes actúan en él en función a la pretensión que deducen [MONTERO]. El CPP en el Libro Primero prefirió utilizar la expresión sujetos procesales para referirse al Ministerio Público, al imputado, al actor civil, al querellante particular, etc.; pese a que este concepto también incluiría al juez, que tiene un rol decisivo en el proceso penal –regulado en la Sección Tercera–. Sin la presencia de todos ellos –partes y juez– sería imposible desarrollar el proceso.

Así las cosas, son sujetos procesales las personas públicas y privadas que intervienen necesaria o eventualmente en su carácter de titulares del ejercicio de los poderes de jurisdicción, acción y defensa, puestos en acto ante la presencia de concreto objeto procesal penal [CLARIÁ]. Juez –que conoce y juzga–, acusador y acusado –que tienen la facultad de pedir, ya imposición de pena, ya absolución, formular los cargos y los descargos, ofrecer y producir prueba de sus afirmaciones, todo en persecución de sus respectivas expectativas, hacia la sentencia final– cumplen un papel primordial y esencial en el proceso penal. Sin ellos no hay proceso penal [MORAS].

La función predominante del juez es de equilibrio; la del fiscal es de cargo y, eventualmente, para el querellante particular y el actor civil; la del imputado y su defensor, así como para el responsable civil y la persona jurídica, es de descargo [SCHLÜCHTER].

Como quiera que la pretensión, como tal, no se plantearía y consolidaría luego de la etapa intermedia, pareciera que el CPP utiliza la expresión "sujetos procesales" al regular la etapa de investigación preparatoria (artículo 338.1 CPP), aun cuando también hace referencia al término intervinientes, que es un vocablo más amplio (artículo 337.4 CPP) y a la voz participantes (artículo 357.1a CPP), utilizada por la Ordenanza Procesal Penal Alemana, que comprende, además del juez y de las partes, a los órganos de prueba: testigos, peritos y terceros –productores de informes, aportadores de documentos, entre otros–, que cumplen un papel en el desarrollo del proceso [SCHMIDT]. Una sola vez utiliza el vocablo partes, cuando regula la denominada acción de tutela (artículo 71.4 CPP). En la etapa intermedia reitera la denominación de sujetos procesales (artículos 345.1, 350.1, 351.1, 354.1 y 355.5 CPP), aunque en una oportunidad utiliza la locución partes al fijar el contenido del auto de enjuiciamiento (artículo 353.2.d CPP). En la etapa de enjuiciamiento cambia de perspectiva y utiliza uniformemente la denominación partes (artículos 359.1, 361.1, 363.1, 364.1, 373.1, 375.2, 377.1,

378, 381.2 y 3, 385 CPP). En la etapa de impugnación utiliza el vocablo sujetos procesales en los preceptos generales (Sección I del Libro Cuarto) y la expresión partes para el recurso de apelación de sentencias y recursos de casación y queja (Sección IV, Título III, y Secciones V y VI).

La expresión sujetos procesales también se utiliza en el trámite de las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (artículo 203.2 CPP), en los actos de prueba anticipada (artículos 243.3, 244.1 y 245.2 CPP) y en las medidas de coerción (artículo 258 CPP), así como en las audiencias preliminares en sede de investigación preparatoria (artículo 8.2 CPP). También se emplea el vocablo sujetos procesales en el proceso inmediato (artículo 448.1 CPP), no así en los procesos de seguridad y por delito de ejercicio privado de la acción penal (artículo 458.1 y 462.3 CPP) en los que opta por la expresión partes, aunque en el proceso de terminación anticipada se utilice indistintamente ambos vocablos (artículo 468. 3 y 4 CPP).

III. CLASIFICACIÓN

1. Criterios de clasificación

La doctrina procesalista clasifica a las partes atendiendo tres criterios: **(i)** según la posición que ocupan en el proceso; **(ii)** según la necesidad de su intervención; y **(iii)** según el carácter de su intervención.

2. Partes y posición procesal

Desde los principios de dualidad, contradicción e igualdad en el proceso penal se necesita contar, como mínimo, con dos partes, una parte acusadora y una parte acusada, que ocupan funciones distintas e implicantes –es lo que se denomina estructura dual del proceso–, a quienes debe reconocérseles potestades de conocimiento y de actuación en pie de igualdad, sin privilegios irrazonables.

En tanto se reconoce como imprescindible dos posiciones procesales –es una exigencia básica para que el proceso exista como tal–, cada una de las cuales incluso puede estar integrada por más de un sujeto, se tienen partes activas y partes pasivas. Las primeras –partes activas o acusadoras– son aquellas que piden al juez la incoación del proceso y, en su momento, requieren la imposición de la sanción penal y de la reparación civil. Las segundas –partes pasivas o acusadas– son aquellas contra las que se dirige la acción y la pretensión procesal –soportan la actuación

procesal–, en cuya virtud se les pide una condena a una sanción penal y a una reparación civil –se oponen, por consiguiente, a la condena solicitada contra ellas–.

2.1. Las partes penales

Como partes penales –en función a la acción y a la pretensión penal–, el CPP en los delitos públicos solo admite la condición de parte acusadora al Ministerio Público (artículos IV del TP y 60 CPP) –tiene el monopolio de la persecución del delito: lo investiga y acusa ante el órgano jurisdiccional–, mientras que en los delitos privados solo acepta como parte acusadora al ofendido constituido en querellante particular (artículos 1.2 y 107 CPP). En este último supuesto pueden ser varios los querellantes particulares como consecuencia de que el hecho delictivo puede afectar bienes jurídicos de varios sujetos, de suerte que se constituirá un litis consorcio cuasinecesario, en la medida en que la ley no les obliga a una actuación conjunta. Desde la perspectiva de los acusados, el concurso en la comisión de un delito o la presencia de delitos conexos no configura litis consorcio pasivo alguno, sino una acumulación puesto que la sentencia deberá contener tantos pronunciamientos como acusados existan [MONTERO]: a cada sujeto se le imputa un delito distinto, aunque lo hayan cometido simultáneamente. El litis consorcio no puede ser necesario, en el sentido de que no pueda desarrollarse la investigación o celebrarse el juicio si no está presente alguno de los coimputados: el hecho de que falte uno de ellos no puede impedir que el proceso continúe para los restantes [BANACLOCHE].

Desde la perspectiva de las partes acusadas se reconoce, siempre, al imputado. Pueden existir uno o varios imputados, cuya denominación puede variar en el curso del proceso: implicado, procesado o inculpado, acusado y condenado. El imputado es el titular de la garantía de defensa procesal y sus derechos–presupuesto y derechos instrumentales (artículos I.2, II y IX del TP, y artículo 71 CPP), - y contra él se ejercen la acción y la pretensión penal. Sin él no puede existir o continuar el proceso penal.

El CPP también reconoce como parte pasiva a las personas jurídicas (artículo 90 CPP), cuya presencia procesal solo será posible cuando "el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo" (artículo 105 CP), las cuales pueden ser pasibles, si se cumplen esos presupuestos, de diversas medidas penales que pueden llegar hasta su disolución. Como tales son, asimismo, titulares

del derecho de defensa y, en lo pertinente, tienen los mismos derechos y garantías que se reconoce al imputado (artículo 93.1 CPP).

2. 2. Las partes civiles

Como partes civiles se identifican a todos aquellos sujetos que pueden sufrir los efectos materiales del fallo civil de la Sentencia penal [Gimeno]. La acumulación de la acción civil a la penal es, en principio, obligatoria, salvo que la víctima renuncie a la reparación civil o se decida a incoar en sede civil, independiente, la pretensión indemnizatoria (artículos 13 y 12.1 CPP).

La parte activa o acusadora es, en principio, el perjudicado por las consecuencias del delito, quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito (artículos 1.1 y 98 CPP). Solo él se puede constituir en actor civil, en tanto cumpla los presupuestos procesales civiles de la capacidad para ser parte, de actuación procesal y de legitimación activa (artículos 98 y 100 CPP). Cabe puntualizar que la víctima no es parte, mientras no se persone en la causa aprovechando las opciones que le ofrece el CPP [Pérez-Cruz Martín]. Una excepción se encuentra en el artículo 94.4 CPP que contempla la institución del actor social, que son las asociaciones en delitos colectivos o que afectan intereses colectivos o en los crímenes internacionales, que pueden ejercer los derechos y las facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que su objeto social se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito. La intervención de la víctima, desde el objeto penal, en tanto ostenta un interés legítimo en instar la condena del culpable, pues es la base de la estimación de su pretensión, ostenta la posición de coadyuvante [Gimeno]. El Ministerio Público, por su parte, tiene una función de sustituto procesal respecto del objeto civil, pues está obligado a instar la reparación civil, a menos que el perjudicado se constituya en actor civil o renuncie a ella (artículo 11.1 CPP).

La parte pasiva o acusada es el responsable civil. Este puede ser el imputado, como participante en la comisión del hecho punible, y el tercero civilmente obligado, a quien por imperativo de la ley y de la autonomía de la voluntad de las partes la responsabilidad civil se traspase, que será el caso de la responsabilidad *in vigilando* o *in eligiendo*, del asegurador y de la persona jurídica, a quien se le priva de los beneficios obtenidos como consecuencia del delito cometido en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes (artículos 95 y 104 CP, y 111.1 y 113.3 CPP).

3. Partes y necesidad de su intervención

En el proceso penal existen partes necesarias o imperativas y partes facultativas o contingentes. Las partes necesarias o imperativas son aquellas sin las cuales no puede configurarse un proceso penal, deben existir de forma obligada para que el proceso penal esté bien constituido. Las partes necesarias o imperativas son el Ministerio Público en los delitos públicos y el querellante particular en los delitos privados –activas–, y el imputado –como parte penal y civil– conjuntamente con su abogado defensor –pasivas–.

Las partes facultativas o contingentes son aquellas que pueden intervenir en el proceso, pero cuya intervención no es indispensable para que este se desarrolle normalmente [TOMÉ]. Serán, como partes civiles activas, el actor civil y el actor social; y como partes civiles pasivas, el tercero civil –se incluye al asegurador y a la persona jurídica–. Como parte penal pasiva puede estar la persona jurídica (artículo 105 CP).

4. Partes y carácter de su intervención

Las partes, atendiendo al carácter con el que actúan, pueden ser oficiales o públicas y particulares o privadas. Serán unas u otras en función a la naturaleza de la intervención que les respecta: en interés del Estado o de un interés particular [LORCA].

Así las cosas, solo será parte pública el Ministerio Público (artículo 159. 1 y 3 de la Constitución) pues defiende intereses públicos, del colectivo social, legalmente relevantes. El procurador público del Estado (artículo 47 de la Constitución), empero, defiende intereses privados, de contenido patrimonial, del Estado, por lo que solo puede intervenir como actor civil o como defensor del Estado como tercero civil.

Serán partes privadas todas aquellas que comparecen en el proceso para defender intereses privados. En esta categoría están comprendidas todas las demás partes, siendo de significar que en el caso del imputado y su defensor, como está de por medio el derecho a la libertad y de defensa, que son derechos fundamentales, el interés en juego rebasa su interés privado y se proyecta a la colectividad.

El Decreto Legislativo 1326, de 6-1-2017, reestructuró el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y creó la Procuraduría General del Estado. Como tal, instituyó la normatividad estatutaria de los Procuradores Públicos del Estado, encargados de la defensa jurídica del Estado, concebida como

una actividad de orden técnico legal, en atención a sus disposiciones internas, con la finalidad de aplicarlas en ejercicio de sus funciones acorde con el ordenamiento jurídico vigente (artículo 5 del Decreto Legislativo). Su Reglamento se aprobó por Decreto Supremo 018-2019-JUS, de 23 de noviembre de 2019.

Sin perjuicio de una acabada estructura administrativa, dirigida por la Procuraduría General del Estado, es de resaltar, a los efectos de Derecho procesal penal, y más allá de lo que el Código Procesal Penal le reconoce como agraviado o actor civil:

1. Que, desde una perspectiva interna, existen tres tipos de Procuradurías: **(i)** las nacionales (respecto de entidades que forman parte del Gobierno Nacional: Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos), las regionales y las municipales; **(ii)** las especializadas (defensa jurídica transversal y exclusiva de los interés del Estado a nivel nacional o internacional, en lo que respecta a la comisión de ilícitos de alta lesividad o materias que requieren una atención especial y prioritaria), y son ocho Procuradurías –aunque el Reglamento independizó la de extinción de dominio, y agregó la de arbitraje: artículos 52 y 50–, siendo las relevantes en sede penal: las especializadas en tráfico ilícito de drogas, terrorismo, lavado de activos, contra el orden público, de corrupción, y ambientales; y, **(iii)** las Ad Hoc –son temporales y asumen la defensa jurídica del Estado en casos especiales y relevantes– (artículo 25 del Decreto Legislativo).

2. Que tienen amplias potestades para garantizar el pago de la reparación civil, lograr acuerdos y transacciones en este punto, así como definir cuándo han de intervenir en los procesos, según análisis de costo beneficio –esto último resalta el rol vinculado al interés patrimonial del Estado tratándose de delitos en su agravio: impulsa y participa en las acciones destinadas a la obtención del pago de la reparación civil, de ser el caso, propicia su ejecución forzada (artículo 40.7 Reglamento), y, antes, solicita las medidas de coerción reales correspondientes–. Las Procuradurías Especializadas intervienen en los procedimientos de indagaciones preliminares o policiales, investigaciones preparatorias y en el proceso propiamente jurisdiccional (artículo 41 Reglamento), aunque se menciona que puede instarse las pena de multa y de inhabilitación, lo que desde luego no puede corresponderle –no es un tema de derecho administrativo propio de un procedimiento administrativo, sino una pena impuesta en el proceso penal–.

3. Que les corresponde prestar declaración como agraviado en representación del Estado –que puede delegar en sus subordinados–, ofrecer medios de prueba e interponer recursos.

El D. Leg. n.º 1068, de 28-07-08, y su Reglamento (D. S. n.º 017-2008-JUS, de 05-12-08), instituye la normatividad estatutaria de los procuradores públicos del Estado, encargados de la defensa jurídica del Estado con el fin de cautelar los intereses del mismo (artículo 22; del citado decreto legislativo). El procurador público representa al Estado; impulsa las acciones destinadas a la consecución de la reparación civil y su ejecución; participa en los procesos de colaboración eficaz; ofrece medios de prueba y de investigación; y, presta declaración preventiva (artículo 37, del citado Reglamento).

El procurador público, a su vez, está autorizado a delegar sus facultades a los abogados de la institución a través de escrito simple y, excepcionalmente, se puede delegar a los abogados de otra entidad del Poder Ejecutivo (artículo 37, inc. 5, del acotado Reglamento).

Los procuradores públicos especializados: **1)** en los delitos de tráfico ilícito de drogas, **2)** en delitos contra el orden público, **3)** en delitos de terrorismo, **4)** en delitos de lavados de activos y procesos de pérdida de dominio y **5)** en delitos de conclusión (artículos 40-49; del antes mencionado Reglamento) tienen, además, las siguientes atribuciones: **i)** participar en las investigaciones preliminares y Preparatorios realizados por el Ministerio Público y la Policía Nacional, en cuya virtud están autorizadas a ofrecer medios de prueba y de investigación, así como participar en su ejecución; **ii)** interponer "queja" contra la Disposición Fiscal que deniega formalizar la investigación –inculpación formal– (es del caso tener presente, conforme al artículo 334, apdo. 5, del CPP), que la "queja" es, en pureza, una instancia formal de elevación de la causa del fiscal superior en grado), **iii)** interponer los remedios y recursos impugnatorios que la Ley Procesal establece (nulidad de actuaciones, recurso de casación, recurso de apelación, etc.); y, **iv)** solicitar medidas de coerción y medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –si bien la Ley preceptúa que lo hará respecto del universo de medidas que existan, es de tener presente que ellas solo procederán respecto al objeto civil y a su debido esclarecimiento y aseguramiento, pues ese es el ámbito que el CPP fija al actor civil– (artículo 41 del Reglamento).

El artículo 41.4 del Reglamento preceptúa que el procurador público intervendrá en los en los incidentes referidos a la excarcelación del imputado. Tal atribución, sin embargo, no es posible. Primero, porque el CPP no reconoce la

intervención del actor civil en el objeto penal. Segundo, en lo específico, dado que las normas específicas vinculadas a la detención y prisión preventiva no contemplan su participación (artículos 271, 274, 276, 278, 279, 283 y 284). Tercero, puesto que esa norma –el reglamento– no tiene el nivel normativo para imponerse al CPP.

LECCIÓN SÉPTIMA

LAS PARTES ACUSADORAS

I. EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Concepto y configuración institucional

1.1. Concepto

El Ministerio Público es considerado por el artículo 158 de la Constitución como un órgano autónomo de derecho constitucional –lo que significa un complejo orgánico propio y distinto, de naturaleza pública, que no depende de poder alguno o de otra institución estatal– y que, por imperio del artículo 159 de la citada Ley Fundamental, es el encargado de promover la acción de la justicia en defensa de legalidad y de los intereses tutelados por el derecho –provoca el ejercicio de la potestad jurisdiccional; es un órgano requirente por antonomasia–. Se puede decir, entonces, que el fiscal es un funcionario guardián de la legalidad, que únicamente ha de servir al derecho [ROXIN]; como tal, debe intervenir siempre que estén en juego normas de carácter imperativo o los derechos fundamentales de los ciudadanos [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. El juez penal no juzga por sí mismo, sino solo a iniciativa del Ministerio Público, cuya intervención es el presupuesto necesario de la actividad jurisdiccional. En tanto ha operado "una expropiación del conflicto" [CHRISTIE], el Estado no solo asume el deber juzgar, sino que tampoco abandona la persecución de los delitos en manos de los particulares.

En sede penal, compatible con lo primero y especificando su misión constitucional, le corresponde el ejercicio de la acción penal y la conducción desde su inicio de la investigación del delito (artículo 159.4 y 5 de la Constitución). La persecución de los delitos, considerada ajena al ejercicio de la potestad jurisdiccional, requiere de un órgano público, no subordinado a las víctimas y distinto de los jueces, cuya existencia y actividad es una pieza fundamental del proceso penal basado en el principio acusatorio, y garantía imparcialidad y presupuesto necesario para que pueda afirmarse la tutela del derecho penal (*ubi non est actio, non est*

iurisdictio). Al Ministerio Público le corresponde contribuir, en la persecución penal, a la afirmación de la voluntad estatal, que orienta todos los poderes del Estado hacia la idea de la justicia material; participa en la defensa de la voluntad estatal para el correcto ejercicio del poder penal [Gössel]. El Ministerio Público se encuentra vinculado en su actuación funcional al orden jurídico constitucional y al principio de legalidad [Peña Cabrera Freyre].

La promoción del ejercicio de la acción penal está sometida al principio externo de legalidad u obligatoriedad: el fiscal, cumpliendo las disposiciones del ordenamiento jurídico, debe promover la acción penal en cuanto exista sospecha inicial simple, salvo los criterios de oportunidad legalmente configurados, referidos a la falta tanto de necesidad de pena cuanto de merecimiento de pena, definidos con arreglo al principio de proporcionalidad (artículo 2 CPP). Pero no solo eso; conforme a las disposiciones del CPP, los fiscales son los únicos conductores de la investigación del delito, considerada como una de las fases esenciales del proceso penal. Los fiscales han de llevar sobre sus espaldas la carga de probar la culpabilidad del acusado a la par de desarrollar, también, la actividad tendiente a la incorporación de la prueba que concierna a la dilucidación del litigio, quedando en manos del juez la latitud de la reacción penal que nuestra ley sustantiva ha discernido monopólicamente a la jurisdicción [Báez].

1.2. Institucionalidad del Ministerio Público

El Ministerio Público, bajo la dirección del fiscal de la Nación –que no es, propiamente, un funcionario político, sino una alta autoridad del Estado–, es un órgano independiente de la administración de justicia y autónomo de los demás poderes del Estado. No puede identificarse con el Poder Judicial porque: **i)** Desde la Constitución de 1979, constituye un poder independiente, con un diseño institucional propio y órganos de línea jerárquicamente estructurados; **ii)** no dicta resoluciones con calidad de cosa juzgada –tampoco puede realizar actos de prueba en sentido propio (artículo IV.3 TP CPP)–; **iii)** no limita el libre ejercicio de los derechos fundamentales (artículo V TP CPP), salvo los casos legalmente reglados, ni incidir definitivamente en el derecho a la tutela jurisdiccional [Moreno]; **iv)** sus principios organizacionales no son necesariamente los mismos, básicamente en lo referente a la independencia judicial, que se proyectan en los principios de unidad en la función y dependencia jerárquica –en esencia, expresados en la obediencia a directivas de actuación procedente del superior jerárquico, dentro del marco de la legalidad–; y, **v)** no puede identificarse con la Administración porque su labor está orientada a los criterios de verdad y justicia, básicamente por el principio de

legalidad y actuación objetiva; el fiscal no debe llevar a cabo los puntos de vista políticos y los objetivos del gobierno, sino aplicar el derecho [ROXIN].

Los principios institucionales que definen su organización, de carácter interno, son los de jerarquía y unidad en la función, a través de los cuales se pretende conseguir la uniformidad de la interpretación de la ley y la continuidad en la actividad por parte del Ministerio Público, independientemente de los cambios de los concretos fiscales que se vayan produciendo [MUERZA]. De igual manera, otros dos principios centrales son los de imprescindibilidad y buena fe [BARRAGÁN SALVATIERRA].

A. **Por el principio de jerarquía,** los fiscales aun cuando actúen independientemente en el desempeño de sus funciones, como integran un cuerpo jerarquizado, subyace la noción de subordinación ante los miembros del Ministerio Público de mayor grado, por consiguiente: **1.** Están sometidos al poder disciplinario de sus superiores [RN n.° 1795-2013 y 3099-2013], que incluso tienen la facultad de sustitución o reemplazo cuando "no cumplen adecuadamente con sus funciones o incurre en irregularidades" (artículo 62 CPP y 14 CPP). **2.** Deben sujetarse a las directivas o instrucciones, siempre legales, que le impartan sus superiores (artículo 5 LOMP) –la Fiscalía requiere de patrones de uniformidad–. Estas instrucciones están sujetas a dos características básicas: **(i)** su juridicidad, en consecuencia, no son de obligatorio cumplimiento las instrucciones antijurídicas, en cuyo caso debe informar en esos términos al superior que la dictó –están vinculadas a la Ley y al derecho–; y **(ii)** las directivas o instrucciones deben tener un contenido general en orden a la unificación de criterios de interpretación de la ley de racionalizar los recursos para la persecución de los delitos [BRUZZONE], radicada en dos ámbitos precisos: el principio de oportunidad y en los interrogantes técnico-tácticos de la persecución penal [ROXIN]. Las directivas, además, deben delinear pautas generales en pos de la represión del delito respetando acabadamente todos y cada uno de los derechos que se le conceden a los imputados durante el derrotero del proceso penal, así como también lograr una efectiva coordinación con las demás autoridades de la República [BÁEZ]. Este principio, en todo caso, tiene como límite insoslayable el principio de legalidad. **3.** La posición procesal de la institución en el caso concreto es la del superior jerárquico, que guía especialmente el sistema de recursos [Ejecutoria Suprema 3131-2014/Huánuco, de 27-04-15]. En efecto, la independencia de los magistrados del Ministerio Público no puede ser

expresada de la misma forma que los magistrados judiciales debido al principio de subordinación jerárquica de sus miembros. Ello significa que están sometidos a sus superiores jerárquicos [Granger].

La STC n.° 07717-2013-PHC/TC, de 09-06-15, reconoció la proyección procesal del aludido principio de jerarquía, que se define con la posición procesal del fiscal superior en grado que interviene en la impugnación. Sin embargo, limitó sus efectos a la exigencia de una motivación específica del órgano jurisdiccional para apartarse de la posición procesal del último fiscal bajo el entendido de que la opinión de los fiscales no vincula al juez y que la ausencia de una tal vinculación y el consiguiente aumento de la pena vulnera la interdicción de la reforma en peor.

Ahora bien, es correcto afirmar que el principio de jerarquía tiene evidentes efectos procesales. El más relevante se concreta en el sistema de recursos, en cuya virtud la posición procesal del fiscal superior en grado que interviene en el procedimiento impugnativo es la que corresponde al Ministerio Público como órgano público que actúa en el proceso penal. Siendo así, como el principio fundamental en materia de impugnación es el dispositivo –que da pie a los demás principios: *tantum devolutum quantum apellatum, congruencia y reformatio in peius*– no es posible, bajo ninguna circunstancia que el órgano jurisdiccional de revisión se desvincule del límite de la pretensión impugnativa cuando es del caso estimar el recurso acusatorio. No es un problema general del ámbito de las potestades jurisdiccionales, sino de límites referidos a la propia pretensión impugnativa, que es la que define la competencia del *Iudex Ad Quem*: el juez no pude exceder los ámbitos que fijan las partes cuando ejercen su derecho al recurso legalmente previsto.

B. **Por el principio de unidad en la función,** el Ministerio Público se concreta en cada oficina fiscal, no a título individual; es decir, todos los fiscales de la misma Fiscalía tienen igual competencia funcional para tratar el asunto penal encomendado, pero ellos representan a la institución, no a sí mismos. El indicado principio busca la unificación de criterios, y modos de actuación y proceder en la función fiscal [Rosas Yataco]. Esta impersonalidad en la acción de la Fiscalía permite, por ejemplo, que un fiscal puede proponer impugnación y otro, del mismo oficio u oficina fiscal, formalizarla, o que durante el desarrollo del debate –incluso de la causa en general– pueden turnarse los fiscales del mismo oficio [Leone]; cada fiscal actúa por propia competencia y, en su caso, el fiscal jefe del oficio sin perjuicio de la potestad

del fiscal de más alta jerarquía– puede renunciar a las impugnaciones propuestas por los fiscales adjuntos e invalidar cualquiera de sus iniciativas [MANZINI]. Obviamente este principio no alcanza a la decisión de Fiscalías de rango superior en el asunto concreto cuando intervengan en atención a los diversos recursos y lógicas funcionales del respectivo proceso penal, en cuya virtud prima el criterio del fiscal superior en grado y, de ser el caso, el inferior debe amoldarse a lo decidido por el superior. El fiscal superior en grado tiene competencia superior, potestad de alta dirección y vigilancia sobre los fiscales inferiores del distrito judicial donde actúan.

C. **Principio de imprescindibilidad.** Se sustenta en los principios de legalidad y acusatorio. La presencia del fiscal, una vez que se inicia la relación jurídica procesal, es imprescindible (artículo 159.4 de la Constitución). No puede continuar el proceso penal sin que el órgano persecutor del delito conduzca los actos procesales que le son propios en razón de su función. Su ausencia, cuando la ley establezca su obligatoria presencia, acarrea la nulidad del acto procesal o del procedimiento en su conjunto. Su par dialéctico, en términos de importancia y presencia en el proceso, es el abogado defensor.

D. **Buena fe.** La misión del Ministerio Público es la justicia, propiamente dicha, la tutela de intereses públicos (artículo 159.1 de la Constitución). Su función no es formalizar la investigación preparatoria en todos los casos que conoce. Por tanto, no tiene como objetivo ser un inquisidor, perseguidor o contendiente forzoso de los procesados, sino más bien, corresponde a la autoridad fiscal acusar cuando es debido y sobreseer cuando no hay indicios o sospechas suficientes de la ocurrencia de un delito o de la intervención delictiva del procesado. Debe evitar, en todo caso, que las reglas de un juego justo sean vulneradas [ROSAS YATACO].

2. Actividad y legitimación

2.1. Roles del Ministerio Público

El CPP confiere dos roles concurrentes pero sucesivos al Ministerio Público en cuanto titular del ejercicio de la acción penal: **(i)** conductor de la investigación preparatoria –la facultad de decisión relativa a la acusación o al sobreseimiento conferida al fiscal constituye una prerrogativa lógico-jurídica que obliga al Ministerio Público a la investigación del hecho [GÖSSEL]–; **(ii)** acusador en el juicio oral [GIMENO], "con obligación de intervenir permanentemente en

todo el desarrollo del proceso" (artículo 61.3 CPP). Otro rol, vinculado al recurso, es el de ser **(iii)** parte recursal en sede de impugnación.

El Ministerio Público se pronuncia a través de disposiciones, providencias, requerimientos y conclusiones (artículos 122 y 64 CPP). Las disposiciones y los requerimientos deben ser motivados. Las conclusiones traducen la justificación del fiscal en sus intervenciones orales realizadas en las audiencias. Las providencias, que se centran en aquellos ámbitos de exclusivo dominio del fiscal, al igual que los decretos judiciales, ordenan materialmente el avance de la causa.

2.1.1. Conductor de la investigación preparatoria

El rol del Ministerio Público, como conductor de la investigación preparatoria, de un lado permite acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal y, de otro, simplificar y dinamizar la tarea de investigación [Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica].

El CPP considera al Ministerio Público una institución clave para desformalizar la etapa de investigación. El sistema que instaura requiere que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal, haciéndolo más flexible, desarrollando trabajo en equipos, coordinando el trabajo policial. Además, el Ministerio Público debe desarrollar una política de control de la carga procesal para que el sistema procesal funcione con eficiencia y calidad, y debe jugar un rol decisivo en la promoción y protección de los derechos de las víctimas [Cubas].

En tal virtud, no solo **(i)** recibe las denuncias por la comisión de delitos públicos (artículo 60.1 CPP) y **(ii)** dispone la actuación actos urgentes e inaplazables para determinar la procedencia de la promoción de la acción penal –se sujeta al principio de legalidad–, a cuyo efecto puede ejecutarlos directamente u ordenar lo haga la Policía, cursándole las indicaciones correspondientes o directivas específicas (artículos 65.2 y 3, y 69 CPP), de tal forma, que se encargará directa, o vía delegación a la autoridad policial, de interrogar personalmente a los imputados y a los testigos, así como de informar sobre la situación legal de los primeros [Nieva]. Además, **(iii)** controla jurídicamente su desarrollo y define su estrategia. En su condición de titular de la etapa de investigación preparatoria, cuyo señorío ostenta, no solo **(iv)** decide qué hacer y el método que permita conseguir el objetivo de esclarecimiento, sino también **(v)** garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos, así como la regularidad de las diligencias con respeto a los derechos fundamentales (artículo 65.4 CPP). Asimismo, **(vi)** solicita al juez,

mediante el requerimiento respectivo, todas las medidas limitativas de derechos necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos y aseguramiento de las fuentes de prueba (artículo 61.2 última frase CPP), en tanto que solo puede realizar actos de investigación y aseguramiento no limitativos de derechos fundamentales, como también las medidas de coerción cuya finalidad es asegurar la eficacia del proceso y de la sentencia final, mediante la cual el órgano jurisdiccional –vía cognición sumaria– deberá evaluar para decidir su fundabilidad y, de esa forma, asegurar la efectividad de la sentencia a expedirse.

El rol de conductor de la investigación lo hace, sin duda, responsable de ella. Tres consecuencias acarrean esta posición institucional. **1.** Tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación: necesidad de realizar ciertas diligencias de investigación, provocar audiencias ante el juez de la investigación preparatoria, impulsar la continuación de los actos de investigación, declarar su cierre. **2.** Conseguir autorizaciones judiciales –medidas limitativas de derechos en general–. **3.** Responder frente a los perjuicios generados por la actividad de investigación y responder por el éxito o fracaso de las investigaciones frente a la opinión pública [DUCE/RIEGO].

Las actuaciones que lleva a cabo el fiscal en la investigación preparatoria son las que permiten la celebración del juicio oral en condiciones. Habida cuenta de que sería muy complicado, en muchos casos –aunque no en todos–, celebrar el juicio oral inmediatamente después de sucedidos los hechos, con frecuencia es necesario abrir una averiguación previa, muy precisa o acotada para recoger los vestigios materiales del delito y asegurar a la persona y bienes del sospechoso, así como realizar las diligencias de investigación en orden a la identificación de los responsables y la acreditación del hecho punible [NIEVA].

En su actuación como tal, autoridad imparcial y titular de la investigación preparatoria, el Ministerio Público está sometido a dos principios de actuación; esto es, principios que guían su actividad externa:

A. **Legalidad.** El fiscal se regirá únicamente por la Constitución, la Ley y demás normas que integran el ordenamiento jurídico. Tal sumisión impone al fiscal prescindir de cualquier influencia o interés, ya sea personal o externo, ajeno a los principios prefijados por el ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, el fiscal actuará con independencia de criterio, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general –nunca determinados o específicos, residenciados en un caso concreto– que emita la Fiscalía de

la Nación, básicamente en asuntos de política criminal de la institución o de unificación de criterios en cuestiones de orden penal o procesal [Doig].

B. Objetividad. El fiscal debe indagar con plena objetividad e independencia los hechos constitutivos del delito y realizar actividad de investigación sobre los hechos que determinen y acrediten la responsabilidad o la inocencia del imputado; las circunstancias que permitan comprobar la imputación y las que autoricen eximir o atenuar la responsabilidad (artículos IV.2 TP y 61.2 CPP). Esto último es posible porque el Ministerio Público, materialmente, representa el interés público de realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa [Gómez/Herce]. Como el fiscal debe vigilar la observancia de las leyes, no puede lógicamente tener un interés subjetivo en el caso concreto distinto de la correcta aplicación de la ley [Serra Domínguez].

2.1.2. Acusador público

El Ministerio Público como parte acusadora está encargado de solicitar la actuación del *ius puniendi*, siempre que legalmente corresponda. Mediante la acusación, cuando proceda, aun cuando no actúa derecho fundamental alguno, cumple con su obligación jurídico-pública de ejercitar la acción penal introduciendo la pretensión punitiva; y, con ello, mantiene la vigencia del principio de contradicción. La acusación –que delimita, objetiva y subjetivamente el ámbito del proceso– está condicionada a la existencia de base suficiente o de bastantes o idóneos elementos de convicción contra el imputado (artículo 344.1 y 2.d CPP). En esta condición de parte acusadora no solo debe sostener los cargos en todo el curso del proceso –si se cumplen, claro está, los requisitos y condiciones legales pertinentes–, sino que está autorizada a interponer los recursos y medios de impugnación legalmente previstos (artículo 61.3 CPP).

Si bien la Constitución admite una diferenciación entre fiscal acusador y fiscal dictaminador (artículo 159.3 y 5, de un lado; y apdos. 1 y 6 del mismo artículo 159 de la Constitución, de otro) –también prevé al fiscal investigador (artículo 159.4)–, esta función de fiscal dictaminador ha sido desterrada del proceso penal. Ya no se requiere dictamen previo para la decisión de las causas, como lo exigía la LOMP en sus artículos 83 y 91. El fiscal, según los artículos 64 y 122 CPP, en el ámbito del proceso penal, dicta disposiciones y providencias (en la investigación del delito), y formula requerimientos con sus respectivas conclusiones (petición de actos procesales a la autoridad judicial), siempre motivados y autosuficientes, sin

remisión a otros actos o decisiones, de la propia Fiscalía o del órgano jurisdiccional –con mayor razón cuando se trata de los que podemos denominar requerimientos estructurales: de sobreseimiento y acusatorio, en los que, con mayor exigencia, han de bastarse a sí mismos y en que el control judicial debe incidir en la correcta descripción del hecho imputado, en el mínimo sustento probatorio y en la logicidad de la argumentación en orden a su conclusión [D'ALBORA]–. La acusación es un requerimiento sujeto a una regulación específica (artículo 349 CPP), controlable judicialmente (artículos 350-351 CPP), e indispensable para el enjuiciamiento de un imputado (artículo 353 CPP) que, con anterioridad, fue inculpado formalmente mediante una Disposición de Investigación (artículos 336 y 349.2 CPP).

En caso que el fiscal no acuse y si esta posición es avalada por el fiscal superior en grado, la regla general, en virtud del principio acusatorio, es que no cabe otra alternativa al órgano jurisdiccional que aceptar esa postura [Ejecutoria Suprema RN n.º 2330-2012, de 30-01-13], salvo que el principio acusatorio entre en conflicto con otros bienes constitucionales, entre ellos, el derecho a la prueba y la debida motivación, en cuya virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad cabe anular esa decisión (STC n.º 4620-2009.PHC/TC, de 10-11-11).

2.1.3. Parte en el recurso

El Ministerio Público es la única autoridad que puede determinar la persecución del delito, persecución que incluso se proyecta en sede de impugnación –presentación de recursos acusatorios–. Por lo tanto, no es posible rebasar, como órgano público que es, lo que disponga sus autoridades en ese ámbito específico. Esto en atención a dos de los principios que orientan la función fiscal: el de jerarquía y la de unidad de la función. Así, entendido, el Ministerio Público es un cuerpo jerarquizado, en el que la posición del Superior prima frente a la del inferior (RN n.° 1347-2013-Lima de 01-04-14 y Queja n.° 270-2013-Lima de 17-01-14)

En el caso de los recursos –que obedecen al principio dispositivo–, interpuesta la impugnación por un determinado fiscal –y solo respecto de él– su viabilidad dependerá si el fiscal superior en grado comparte el criterio del inferior. Si no acepta su pretensión impugnativa, el recurso del inferior decae automáticamente, sin afectar por cierto a las otras partes procesales. En dicho caso el juez debe decidir –se comparta o no su criterio– por la posición del fiscal superior en grado (RN n.° 1614-2013-Pasco de 05-03-14).

2.2. Capacidad y legitimación del Ministerio Público

La fiscalía ostenta el monopolio de la acción penal tratándose de delitos públicos. Solo en los delitos privados, muy escasos –delitos contra el honor, contra la intimidad y lesiones culposas leves–, y en las faltas, se excluye la intervención del Ministerio Público y se la concede al ofendido por el delito, constituido al efecto en querellante particular.

Para el válido ejercicio de la acción penal, quien lo haga debe tener capacidad para ser parte y capacidad procesal. Tales exigencias se cumplen en los fiscales en tanto integran un cuerpo del Estado erigido en carrera fiscal, cuyo acceso, estatuto y funciones están definidos legalmente (tanto en la LOMP como en el CPP).

La legitimación activa que tiene el fiscal para intervenir en el proceso penal es originaria –parte de la Constitución y se desarrolla en la Ley–. Lo es en su consideración de defensor de la sociedad, aunque respecto del objeto civil solo es una legitimación derivada, pues actúa como sustituto procesal de la víctima: insta la reparación civil solo si la víctima no se constituye en actor civil, no renuncia a ella o no decide acudir a la jurisdicción civil (artículos 11.1, 12.1 y 13.1 CPP) [Gimeno].

2.3. Ministerio Público y Policía

La Constitución asigna al Ministerio Público la titularidad o conducción de la investigación del delito desde su inicio. Conducción –que es el vocablo utilizado por la Ley Fundamental– significa guiar o dirigir las tareas de investigación, y lo hace ya sea directamente –la Oficina Fiscal– o a través de la Policía. Asimismo, y paralelamente, la Constitución atribuye a la Policía Nacional la investigación del delito (artículo 166), pero precisa en el artículo 159.3 que, en la tarea de investigación conducida por la Fiscalía, la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos –esta, según Roxin, constituye una de sus más antiguas misiones–. El auxilio de la Policía en el desarrollo de los actos de investigación es pues imperativo; empero, la Policía Nacional también tiene un poder de investigación autónomo, de un lado, limitado a determinados actos de urgencia e imprescindibles en los primeros momentos de la investigación, sin perjuicio de la pronta comunicación a la Fiscalía, siempre sujetos a las directivas o indicaciones del fiscal –a fin de garantizar la validez y utilización de los mismos en sede jurisdiccional–, y, de otro lado, traducido en un conjunto de actos de averiguación que puede llevar a

cabo por iniciativa propia –poder de investigación no delegado– a la espera de la intervención efectiva del fiscal (artículos 67.1 y 68.1 CPP).

La dependencia funcional –que no orgánica– de la Policía es pues obvia y está normativamente impuesta, la cual permite al Ministerio Público influir en las investigaciones realizadas por aquella. Sin embargo, ello no significa minimizar el rol de la Policía ni que el fiscal reemplazará al Policía en la actividad criminalística y en el combate contra la delincuencia que le es propia –reemplazo, por lo demás, de imposible ejecución–. La coordinación, impuesta por el artículo 69 CPP, que incluso manda la elaboración conjunta de protocolos de actuación, es inevitable precisamente para garantizar la eficacia de la persecución penal; Ministerio Público y Policía Nacional son dos instituciones que están llamadas a cooperar [PERRON], sobre todo en los momentos iniciales de la investigación. Al fiscal le corresponde una función de dirección jurídica de las diligencias preliminares policiales; de aporte, definición y conformidad jurídica de la estrategia de investigación; de supervisión de la legalidad de la actividad policial en la investigación del delito –para evitar exclusiones de fuentes de prueba por ilegitimidad de su obtención–; y, de definición de aquellas diligencias legalmente admisibles y jurídicamente imprescindibles –cuya enmienda, subsanación, renovación y ampliación puede instar– para garantizar el éxito de su función acusadora. Ello no quita, desde luego, que la Policía Nacional, en virtud de su propia experiencia y riqueza profesional, brinde al fiscal recomendaciones en las estrategias de investigación del delito, como estipula el artículo 65.4 CPP.

En esta perspectiva se explica el artículo 69 CPP. Corresponde al fiscal de la Nación regular mediante Instrucciones Generales –que es el vehículo institucional en el que se expresa la misión de conducción de la investigación desde su inicio del Ministerio Público, tendente básicamente a estandarizar prácticas por categorías de delitos– los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de la investigación encomendada a la Policía Judicial –su función es de reglamentación específica, de fijar los detalles y reglas prácticas que han de conllevar las diligencias de investigación, obviamente con pleno respeto de la Ley, sin rebasarla ni desnaturalizarla–. Además, compete al fiscal de la Nación –primera autoridad del Ministerio Público– fijar las reglas internas que deben guiar las relaciones de los fiscales con la Policía Judicial, "para el adecuado cumplimiento de las funciones previstas en este Código", lo que importa profundizar el nivel de confianza y comunicación entre Ministerio Público y Policía.

La conducción funcional del Ministerio Público, desde luego no importa que los fiscales intervengan en la jerarquía interna de la Policía ni en su distribución

de trabajo; sus facultades solo se extienden a la realización de las diligencias de investigación, sin intervenir en la organización interna de la Policía, que mantiene su propia dependencia jerárquica e institucional; además, el Ministerio Público no está facultado para aplicar sanciones en caso de incumplimiento de sus directivas, ya que la Policía depende de su propia organización interna [Duce/ Riego].

2.4. Ministerio Público y excusa

El fiscal no es recusable. Empero, como está vinculado a la justicia y debe defender el derecho objetivo, en caso se presenten las causales de inhibición judicial establecidas en el artículo 53 CPP, está obligado a apartarse o excusarse de la causa (artículos 19 LOMP y 61.4 CPP), siempre –claro está– que incidan en la función del Ministerio Público y estén vinculadas a la actividad que en el momento está ejercitando el fiscal o habrá de hacerlo [Leone]. La Ley, con esta previsión, busca preservar el criterio de objetividad de la función fiscal. Su intensidad, sin embargo, es menos exigente que la del juez, pues el fiscal no puede prejuzgar porque no juzga, requiere; los únicos que juzgan, y por ese motivo pueden prejuzgar, son los jueces [Bruzzone].

No es claro si puede instarse la separación del fiscal en sede judicial, o que tal situación genere una nulidad de las actuaciones en las que intervino. Instar su separación por vía de un recurso jurisdiccional importaría homologar la necesidad de actuación objetiva con la recusación, lo que claramente no es de recibo, amén de equiparar el acto fiscal con el acto jurisdiccional. Lo que sí cabe, por imperio expreso del artículo 62 CPP, es un petitorio al fiscal superior jerárquico para instar su separación, sin que esa medida, en caso negativo, pueda posibilitar un recurso jurisdiccional –solo él valora, incensurablemente y sin ninguna formalidad, la viabilidad de la abstención [Manzini]. No es posible estimar que la no abstención es causa de nulidad de actuaciones –el principio de taxatividad no se cumple en este caso–; la incompatibilidad, por consiguiente, no tiene efecto procesal alguno.

2.5. Ministerio Público y facultades coercitivas

2.5.1. Medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos

Las medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos, en principio, están reservadas a la autoridad jurisdiccional (artículos VI del TP, 231 y 254 CPP). Como excepción, en los casos de urgencia y de peligro por la demora, es posible que la Fiscalía pueda limitar derechos, pero solo en determinados

supuestos taxativamente contemplados y con cargo a una inmediata resolución confirmatoria judicial.

Se trata, según el CPP, de las siguientes medidas:

A. **Incautación cautelar:** artículo 216.1.

B. **Videovigilancia:** artículo 207.1.

C. **Pesquisas, retenciones con esa finalidad y registro de personas:** artículos 208.1 (inspección), 209.1 (retención) y 210.1 (registro de personas).

D. **Examen corporal urgente bajo confirmación judicial ulterior y examen corporal nimio:** artículo 211.3 y 5.

E. **Incautación instrumental de bienes por peligro por la demora:** artículo 218.2.

F. **Exhibición y entrega de documentos no privados:** artículo 224.1.

G. **Aseguramiento de documentos privados:** artículo 232.

H. **Clausura, vigilancia de locales e inmovilización de bienes por urgencia o peligro por la demora:** artículo 241.

Las medidas coercitivas personales, que afecten el derecho fundamental a la libertad, llámese prisión preventiva (artículos 268-285 del CPP) y la detención preliminar judicial (artículos 261-267 del CPP), deben ser dispuestas necesariamente por un órgano jurisdiccional, salvo la detención policial en supuestos de flagrancia (artículo 259 del CPP) y el arresto ciudadano (artículo 260 del CPP).

2.5.2. Citación compulsiva

El artículo 66 CPP reconoce, asimismo, el poder de citación compulsiva del Ministerio Público, imprescindible para garantizar la obtención de información en el curso de la investigación preparatoria. En tal virtud, la Fiscalía puede citar a cualquier persona –imputado, agraviado, testigo, perito– para que declare y, en caso de incumplimiento, está facultada para disponer su conducción compulsiva. Esta medida restrictiva menor se levanta una vez realizada la diligencia que motivó la convocatoria del omiso y, en todo caso, antes de que transcurran 24 horas de su ejecución.

II. LA POLICÍA NACIONAL

1. Aspectos generales

La Constitución ha concentrado las funciones policiales en un organismo único y centralizado del Estado, integrado plenamente al Poder Ejecutivo y sujetao una organización similar a la castrense: la Policía Nacional (artículos 167 y 172). El artículo 166 de la Constitución reconoce a la Policía Nacional cinco grandes funciones, aunque pueden reducirse a las de Policía de Seguridad y Policía Judicial o de Investigación. En el ámbito de la primera, la más amplia y dinámica, se encuentran las funciones de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; proteger y ayudar a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; y vigilar y controlar las fronteras. Ellas, en su conjunto, cumplen una tarea de seguridad pública para proveer a la estabilidad del orden, a la tranquilidad colectiva y al normal desenvolvimiento de las instituciones [Sabatini].

En el ámbito de la segunda, que se puede calificar como una fase primaria de la administración de justicia penal, está la de investigar y combatir la delincuencia –la prevención de la delincuencia, también asignada a la Policía Nacional, es una actividad de seguridad–. Este ámbito, de carácter investigativo –que importa la averiguación de los delitos y el descubrimiento de los implicados en su comisión y las pruebas, e incluso otras funciones complementarias, como la custodia y conducción de los implicados dentro y fuera del ámbito de los órganos jurisdiccionales para que sean juzgados, y su contribución al cumplimiento de las penas (función de ejecución, en sentido amplio)–, que no puede realizar por sí mismo el Ministerio Público. Por ello es que se afirma que, sin la Policía, la administración de la justicia penal sería imposible [Pietro-Castro].

La movilidad de la Policía Judicial, su inmediación respecto a los hechos y su propia preparación en orden a la investigación delictiva, superior a la de fiscales y jueces, hacen de la Policía Judicial un elemento insustituible en los momentos posteriores a la comisión de un delito, en tanto es entonces cuando pueden realizarse actos que luego, caso de no llevarse a cabo, resultarán imposibles por irrepetibles en las diversas manifestaciones que comporta este concepto [Ascencio]. Es, pues, un órgano esencial de la persecución penal.

Ahora bien, siguiendo el histórico modelo francés, esta actividad investigadora orientada, como ya se anotó, a (i) descubrir los delitos –practicando las diligencias necesarias para comprobarlos, incluso recogiendo todos los efectos,

instrumentos o pruebas del delito–, **(ii)** impedir que se los lleve a consecuencias ulteriores, e **(iii)** identificar a sus autores y partícipes –tiende a reprimir hechos acaecidos–, expresa la idea de subordinación –funcional– de la Policía a la Fiscalía para los fines de la justicia penal [MANZINI]. Su exacta coherencia normativa se encuentra en el artículo 159.4 de la Constitución y el artículo IV del Título Preliminar del CPP: "El Ministerio Público [...] dirige y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional". Lamentablemente la Ley Orgánica de la Policía Nacional (Ley n.º 27238 de 22-12-99) y su Reglamento (Ley 27238, de 22-12-99, y D. S. 0008-2000-IN, de 06-10-00) no contempló esta noción de organismo auxiliar y la estrecha relación que ha de tener con el Ministerio Público en la investigación del delito [CUBAS].

Así las cosas, la función policial de investigación del delito, de policía judicial, es de carácter auxiliar o de colaboración con el Ministerio Público y, eventualmente, del juez –la Policía, en este ámbito, está obligada a cumplir las instrucciones de ambas autoridades jurídicas–. El fiscal, en este ámbito y durante la investigación preparatoria puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía (artículo 68°.2 CPP).

Es propia de esta función de policía judicial la nota de judicialidad –distinta, como es obvio, de la noción de acto jurisdiccional–. Como tal, contribuye a la realización efectiva del orden jurídico en su enfoque penal, de naturaleza administrativo-judicial [CLARIÁ], y se desarrolla, básicamente, con arreglo a las normas rígidas de la ley procesal –se inspira en criterios de legalidad [VIADA/ARAGONESES]–, a fin de satisfacer la actuación del derecho penal frente a quienes aparecen como agresores del mismo. Por ello es que se puede calificar esta actividad de estrictamente jurídica [VÉLEZ]; en consecuencia, el modo de actuación de la Policía de Investigación requiere que las diligencias que realicen observen estrictamente las formalidades legales –sin negar su acceso al imputado y su defensa (artículo 68.3 CPP)–, y que se labren en actas detalladas que se enviarán al fiscal (artículo 68.2 CPP).

La Ley de la Policía Nacional del Perú, que sucedió a la ley indicada anteriormente, Decreto Legislativo 1267, de 18-12-2016, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 026-2017-IN, de 15 de octubre de 2017 –el Decreto Legislativo 1451, de 16-9-2018, precisó la denominación de los órganos de la Policía Nacional del Perú y, pese a que se consideró, en el artículo II del TP de la Ley de la Policía Nacional del Perú, que ésta es un órgano de carácter civil al servicio de la ciudadanía, en su artículo 47 señaló que donde se decía "Alta

Dirección" debe decir "Alto Mando"; donde se decía "Director General" debe decir "Comandante General"; y, donde se decía "Comité de Asesoramiento" debe decir "Estado Mayor General", de típica connotación castrense–, de igual manera, no desarrolló esta función de auxiliar del Ministerio Público. Insistió, sin más, que para el cumplimiento de la función policial, entre otros, previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado (artículo III del TP), pero no en la relación de funciones y atribuciones no mencionó al Ministerio Público.

2. La función policial de investigación del delito

Acorde con la nota de dependencia funcional –que no orgánica– y del carácter auxiliar de las tareas investigativas de la Policía Nacional, el artículo 67 CPP prescribe que la Policía toma conocimiento de los delitos y da cuenta inmediata –es decir, en el plazo más breve posible– al fiscal. Sin embargo, debe realizar, por propia iniciativa, las llamadas diligencias de urgencia e imprescindibles. Estas configuran aquellas actuaciones de la Policía que son **(i)** de realización necesaria o apremiante, que no puede esperar y compele a su actuación, y **(ii)** que no es posible abstenerse de realizarla o evitar su debida y cumplida actuación.

El objeto de las actuaciones o diligencias de investigación es múltiple: **1.** Impedir las consecuencias lesivas del delito –cuya acreditación concomitante es obvia–. **2.** Individualizar a sus autores y partícipes. **3.** Reunir y asegurar los elementos de prueba –en puridad, las fuentes de prueba–. Este objetivo recoge las funciones genéricas de averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente, y aseguramiento de los instrumentos, efectos y pruebas del delito. Son las denominadas diligencias de prevención, esto es, las primeras diligencias –así las rotula, por ejemplo, el artículo 316.1 CPP– que han de practicarse una vez descubierto el hecho delictivo, las cuales deben comunicarse al fiscal, y cuya realización cesa cuando el fiscal se hace cargo efectivo de la investigación, a quien entregará todo lo practicado –la actividad de investigación autónoma de la Policía, por cierto, no culmina con la comunicación de la noticia del delito al fiscal, pero sí con su avocamiento efectivo–. En concreto, lo que la Policía realizará son todas aquellas diligencias conducentes al buen fin de la investigación, salvo las reservadas al fiscal [Gómez Colomer].

En la mayoría de los casos –cuando se tratan de diligencias objetivas, de constatación–, estos actos, en razón a las notas de urgencia y cuando pueden devenir irrepetibles, algo más que la mera irreproducibilidad material, se les atribuye un

cierto valor probatorio *per se*, ya que no es posible conferirlos a otra autoridad de investigación por el momento en que se verifican [ASCENCIO].

Las diligencias de prevención, que son las realizadas antes del avocamiento del fiscal, tienen lugar no solo respecto de los delitos públicos. También se llevan a cabo en los delitos privados y semipúblicos. En ambos casos esta tarea de ejecución de diligencias urgentes e imprescindibles también se practica *ex officio* por la Policía, sin perjuicio, en el caso de delitos privados, de la colaboración que brindará al juez cuando lo disponga, a tenor del artículo 461 CPP.

El artículo 67 CPP, además, expresa una idea central. La función de Policía Judicial es de dos tipos: de oficio y por comisión. La primera, de oficio, las diligencias se practican sin necesidad de autorización o mandato del Ministerio Público, sea cual fuere el delito presuntamente cometido –el conocimiento del hecho delictivo puede ser por denuncia del afectado o de un ciudadano o a través de sus propios órganos al advertir su comisión–. La segunda, por comisión, que tienen lugar una vez que actúa el fiscal, que son netas diligencias de investigación, de un contenido sin duda más amplio –no solo las urgentes e imprescindibles–; son las realizadas por orden del fiscal (artículo 330 CPP), cuyo apoyo es de obligatorio cumplimiento (artículo 67.2 CPP). En este último ámbito el fiscal ha de dictar directivas puntuales respecto de lo que debe actuarse en sede preliminar: precisión de su objeto y, en su caso, indicación de las formalidades específicas de las diligencias para garantizar su validez jurídica (artículo 65.3 CPP).

Esta normatividad pretende acabar con la situación de aislamiento de la Policía y de la fiscalía; no pueden quedar espacios opacos al conocimiento de la fiscalía ni actuaciones policiales al margen del control fiscal, con lo que se conseguía una mayor eficacia de las investigaciones penales, purgándolas *ab initio* de pruebas ilícitas [NIEVA].

3. Las atribuciones de la Policía de Investigación

Las atribuciones de la función de investigación de la Policía, como Policía Judicial, vale decir, la facultad que se da a los policías en razón al cargo que ejercen, están taxativamente establecidas en el artículo 68 CPP. Comprenden tanto la labor autónoma como la subordinada o por comisión.

El artículo 68 CPP instituye una fórmula más o menos completa de las diligencias que la Policía está facultada a realizar en sus funciones de Policía de Investigación o Judicial. El sistema que acoge es el de *numerus clausus*, aunque el literal n del apdo. 1 del citado artículo incorpora una regla de carácter indeterminado:

"las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados".

La distribución de estas facultades se ordena en función a la siguiente clasificación [Gómez Colomer].

A. Con relación a los delincuentes. Averiguar quiénes son los responsables de los hechos delictivos y, en su caso, practicar las diligencias orientadas en su identificación y capturándolos inmediatamente en los casos de flagrante delito.

B. Con relación al delito denunciado. **(i)** Recibir las denuncias y tomar declaración de los denunciantes; **(ii)** vigilar y proteger el lugar de los hechos para evitar que desaparezcan los vestigios y huellas del delito, recibir declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; **(iii)** recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes –solo será posible si está presente su abogado defensor–; **(iv)** practicar el registro de personas; **(v)** recoger y conservar tanto los objetos e instrumentos del delito como todo elemento material que pueda servir a la investigación; **(vi)** levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas; **(vii)** asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación y, en su caso, los pondrá a disposición del fiscal, quien instará la intervención del juez de la investigación preparatoria para definir la legitimidad de su inmovilización y disponer su incautación y entrega formal al fiscal; **(viii)** allanar lugares de uso público o abierto al público –en este caso, como es obvio, no se requiere orden judicial–; **(ix)** efectuar bajo inventario los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración; y **(x)** reunir cuanta información adicional de urgencia que permita la criminalística para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

C. Con relación a las víctimas. **(i)** Prestar el auxilio que requieran y **(ii)** informarles sobre sus derechos, cuanto interponga la denuncia y al declarar (artículo 95.2 CPP).

D. Con relación al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional. De un lado, se tienen los actos de auxilio, que consisten en seguir sus instrucciones y prestarles apoyo en la realización de actos de investigación (artículo 330 CPP) o en aquellos actos fiscales o jurisdiccionales en que sea necesaria su cooperación (por ejemplo, en la realización de pericias técnicas o criminalísticas, de identificación de personas o de aporte de información

en general). Por otro lado, se tiene los actos de ejecución, que son aquellas tareas vinculadas al ejercicio de la coerción y al cumplimiento de las órdenes fiscales y judiciales.

E. Como testigos. Como los actos de investigación tienen el valor de denuncia, no son definitivos –con las excepciones que oportunamente se precisarán– deben comparecer como testigos en el proceso penal.

A lo expuesto se agregan siete diligencias que, de uno u otro modo, importan una mínima restricción de derechos. Son las siguientes [CUBAS]:

A. El examen corporal del imputado (artículo 211 CPP), cuando se trata de mínimas intervenciones, siempre con conocimiento del fiscal.

B. El dosaje etílico, prueba de alcoholemia o informe alcoholimétrico (artículo 213 CPP), que es considerado es una típica intervención policial autónoma.

C. La exhibición e incautación de bienes (artículo 218 CPP), en supuestos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.

D. La revisión, aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos (artículo 234 CPP). Para lo primero requiere orden del fiscal. El aseguramiento es una consecuencia de la revisión, y será el fiscal quien inste la incautación judicial.

E. La incautación cautelar de efectos, instrumentos y objetos del delito (artículo 316 CPP), condicionada a que exista peligro por la demora.

F. El control de identidad (artículo 205 CPP), a cualquier ciudadano para requerir su identificación y realizar las comprobaciones pertinentes, con fines de prevención y averiguación del delito.

G. El control policial público (artículo 206 CPP) en vías, lugares o establecimientos públicos en delitos que causen grave alarma social.

Asimismo, el CPP reconoce a la Policía Nacional cuatro atribuciones, en el ámbito de la búsqueda de pruebas, que también importan una mínima restricción de derechos: videovigilancia, inspecciones y pesquisas, retenciones con fines de identificación, y registro de personas (artículos 207-210 CPP).

4. La función criminalística de la Policía Nacional

Entre las atribuciones, legalmente reconocidas, de la Policía Nacional se tiene, primero, realizar operaciones técnicas o científicas en la investigación del

delito; y, segundo, de modo general, reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística (artículo 68, literales g y m, CPP). Se entiende la criminalística como una disciplina auxiliar del derecho penal y procesal penal que se ocupa de los medios y procesos de comisión del delito y de los medios y procederes que permiten establecer, reunir, conservar y estudiar las fuentes de prueba-vestigios materiales en vista de la prevención, del descubrimiento del delito y de la identificación y determinación del grado de culpabilidad del agente delictivo [Bucheli de Osejo].

Su aplicación específica está prevista en el artículo 330.3 CPP, que prevé la inspección preliminar del fiscal en la escena del delito. Establece esa norma que el fiscal, al tener conocimiento de la comisión de un delito público, "podrá constituirse en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen". Este personal, que tendrá que ser especializado y de la propia Policía Nacional o, excepcionalmente, de la Fiscalía –en función a su organización interna y recursos logísticos, siempre escasos, por cierto–, tiene como objetivo coadyuvar de manera técnica y científica a la investigación del delito.

El D. Leg. n.° 1219, de 24-09-15, de fortalecimiento de la función criminalística policial, instituyó el Sistema Criminalístico Policial, que es el conjunto interrelacionado de unidades y subunidades de criminalística de la Policía Nacional que aplica los conocimientos, métodos y técnicas científicas en el estudio de los vestigios materiales encontrados en la escena del delito y otros, a cargo de la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional. Corresponde a los órganos del mismo practicar las pericias oficiales –propiamente, institucionales– y emitir los informes periciales de criminalística a efectos de la investigación que dirige el Ministerio Público. De este modo, ahora, toda actividad pericial criminalística solo puede realizarla los órganos técnicos criminalísticos de la Policía Nacional.

Con tal finalidad este Sistema contará con laboratorios de criminalística a nivel nacional y desconcentrados, y un cuerpo de oficiales y suboficiales de servicios especializados en las diversas disciplinas criminalísticas; además, contará con diversas especialidades forenses en sus campos ocupacionales de identificación, escena del crimen, laboratorio y gestión de la información criminalística.

En cuanto a la última especialidad, a su vez, posibilita (i) la institucionalización del Registro Nacional Criminalístico, que contiene una base de datos de las diversas especialidades criminalísticas y que permite el acceso, obtención y procesamiento de la información necesaria, con la finalidad de efectivizar la identificación policial y la función criminalística; (ii) la configuración de la Central de Información

Criminalística, que contiene los datos de los informes periciales producidos por el Sistema, con fines de investigación científica, apoyo en la investigación; y, por último, **(iii)** la creación del Banco de Evidencias de Interés Criminalístico, que contiene evidencias –vestigios materiales– previamente peritadas y calificadas de interés criminalístico, y que, luego de un proceso, adquieran la calidad de cosa juzgada.

La administración de estas tres instituciones, adscritas al Sistema, corresponde a la Dirección Ejecutiva Criminalística. Es preocupante, sin embargo, que el control de tan importantes datos que pueden afectar los derechos de las personas, en especial el de intimidad, esté a cargo, de modo exclusivo, de la Policía, dejando al margen al Ministerio Público, y sin articular mecanismos de control externo y de conocimiento de los afectados para tutelar sus derechos. Así las cosas, la falta de un adecuado control hace de dudosa constitucionalidad el manejo de la información criminalística.

Por último, respecto de la escena del delito, el artículo 10 del aludido decreto legislativo establece que exclusivamente el personal policial deberá aislar, proteger y vigilar los vestigios materiales o prueba física, a fin de conservar y mantener su originalidad, evitando su alteración, destrucción, contaminación o sustracción. Su acceso inicial corresponde al personal de peritos criminalísticos y médico legista, bajo conducción del fiscal. Tal previsión significa que es el fiscal quien dirige y dispone el personal que está en relación con la escena del delito, pero sus disposiciones deben comprender el concurso de peritos criminalísticos de la Policía Nacional y del Instituto de Medicina Legal.

III. EL QUERELLANTE PARTICULAR

1. Base legal

El Código Penal establece para unos cuantos tipos penales que su persecución se insta mediante acción privada (delitos contra el honor, contra la intimidad, lesiones culposas leves y corrupción al interior de entes privados: artículos 138, 158, 124.1 y 241-B del Código Penal). En plena correspondencia con el citado Código, el apdo. 2 del artículo 1 del Código Procesal Penal estipula que en los delitos de persecución privada la acción penal la ejerce el ofendido por el delito –es una simple restricción en la legitimación, no altera la naturaleza pública de la acción y está motivada por razones de política criminal en atención a la realidad social [GONZÁLES MONTES]–; la acción privada se ejerce ante el juez

y mediante la presentación de una querella –es su único modo de personación–, que no está sometida a condición de procedibilidad alguna. A su vez, la Sección IV del Libro Quinto del CPP instaura en estos casos un proceso especial –proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal–, con exclusión del Ministerio Público, donde la acusación es privada y se aplican los principios dispositivos y de aportación de parte. El querellante particular es la única parte acusadora.

2. Precisiones conceptuales

Es querellante particular la parte acusadora necesaria en los delitos privados –esta denominación no está relacionada con el carácter de la acción, sino con los presupuestos de persecutoriedad– que ejerce la acción, delitos en los que queda excluida la intervención del Ministerio Público –el ejercicio de la acción queda atribuido en exclusividad al ofendido, él ostenta el monopolio de la acción penal–. Se requiere que el agraviado resulte directamente ofendido por el delito en mención; es decir, ha de ostentar la titularidad del bien penal protegido y ser sujeto pasivo del delito –sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico ofendido [Quintero]–.

Para poder participar en el proceso penal, para ser parte, es menester que el sujeto tenga capacidad para ser parte –puede ser persona física o jurídica, según el delito en cuestión–, capacidad procesal –lo que implica que deberá actuar por medio de su representante legal si tiene limitada la capacidad de obrar– y postulación debida –por abogado– [Banacloche]. En el caso de los delitos contra el honor en que el ofendido haya fallecido o haya presuntamente muerto o exista una declaración judicial de ausencia o muerte presunta, el artículo 138 del Código Penal otorga esa capacidad procesal para ser parte a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, y por hechos que, inclusive, pudieron haber sucedido cuando el agraviado hubiera ya fallecido; fórmula que difiere a la posición adoptada en el artículo 75 del Código Penal Argentino, donde la ley legitima al cónyuge y sus familiares nombrados a perseguir hechos punibles contra el honor del ofendido, cuando la ofensa sucedió en vida [Maier]. Pero, además, junto a lo anterior, ha de concurrir el presupuesto de la legitimación activa que viene determinada precisamente por ostentar la titularidad de dicho bien jurídico. El ofendido por el delito es quien ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución), que, en el proceso penal, se manifiesta como un *ius ut procedatur* o derecho a que se incoe un proceso penal [Gimeno]. El titular del bien jurídico, en este caso, comporta en lo procesal el derecho al ejercicio conjunto de las pretensiones punitivas y de resarcimiento (artículo 107 CPP),

de lo que se desprende que si ejercita la acción civil *ex delicto* en la vía civil se entenderá extinguida la acción penal y no podrá intentar posteriormente iniciar ese proceso. La legitimación pasiva en estos casos corresponde a quien se atribuya la conducta delictiva, a quien se considere responsable del delito en agravio del querellante particular.

El artículo 108 CPP consagra como presupuesto procesal o requisito de actividad la exigencia de una querella para la iniciación de los procesos penales por delitos privados –es un acto procesal de postulación que asiste al ofendido por el delito, en tanto titular de la pretensión, mediante la cual solicita al juez la iniciación del procedimiento y la adquisición de la cualidad de parte acusadora [GIMENO]–; y, además, prevé bajo sanción de inadmisibilidad los presupuestos, requisitos formales y elementos materiales que debe contener el escrito de querella: identificación del querellante o de su representante –determinación de su capacidad y legitimación–, determinación de la legitimación pasiva –indicación de la persona contra quien dirige la acción–, relato circunstanciado del hecho y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión –causa de pedir–, precisión justificada de lo que peticiona –*petitum* o petición–, y ofrecimiento de pruebas. Esta, como quedó expuesto, se expresa siempre por escrito –adopta la forma escrita, requisito formal, y debe ir firmada por abogado, que expresa el presupuesto de postulación– y se interpone ante el juez penal unipersonal –presupuesto procesal de competencia del órgano jurisdiccional– (artículos 108.2 y 459.1 CPP).

El artículo 109 CPP reconoce las facultades del querellante particular. Se destaca su derecho de participar en todas las diligencias, ofrecer prueba, recurrir, e interponer cuantos medios de defensa y formular requerimientos en salvaguarda de sus derechos. Un derecho específico es la facultad de que pueda intervenir a través de un apoderado, lo que no significa que queda exento del deber de declarar –el testimonio es una carga pública y, salvo los casos de excepción (artículo 165 CPP), debe acudirse al llamamiento judicial [D'ALBORA]–.

En cuanto al mantenimiento en el proceso, el querellante particular podrá desistir expresamente de la querella –manifestación de voluntad en ese sentido–. El artículo 110 CPP también reconoce el "desistimiento tácito", que tiene lugar cuando no concurre, sin justa causa, a las audiencias, a prestar declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. Una regla para garantizar la declaratoria del desistimiento tácito es que la incomparecencia requiere de una justificación antes de la realización de las audiencias o, en todo caso, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha fijada para aquella. El efecto sustancial del desistimiento, expreso o tácito, es la renuncia a continuar haciendo

valer la pretensión; y en función al artículo 78.3 CP, la extinción de la acción penal –no solo la caducidad de la instancia–, que importa un sobreseimiento inmediato por mediar causa extintiva de la acción penal; el querellante no puede intentarla de nuevo (artículo 464.3 CPP).

IV. EL ACTOR CIVIL

1. Base legal

El artículo 92 CP estatuye que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena –esta última es una responsabilidad que solo es provocada por el delito [Armenta]–. Desde esta perspectiva, que impone la acumulación heterogénea de la acción penal y de la acción civil –acumulación del proceso civil y del proceso penal en un único procedimiento, atribuyendo la competencia para conocer del conjunto al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso penal [Gómez Colomer]–, el artículo 1.1 CPP dispone que el ejercicio de la acción civil corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; esto es, al que según la ley civil está legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito, que como tal se erige en una fuente de obligaciones civiles del que nace una obligación de reparación y resarcimiento (artículo 98 CPP).

La *legitimatio ad procesum* requiere que el perjudicado –quien ha experimentado el daño del delito [Florián]– se constituya en actor civil. Si lo hace –la ley no lo obliga– ya no puede presentar demanda indemnizatoria en la vía extrapenal (artículo 106 CPP), lo que se explica en resguardo de la interdicción del *ne bis in idem* al haberse consolidado, en este caso, un supuesto de pleito pendiente.

El ámbito de la acción o reparación civil está determinado en el Código Penal: la restitución del bien o, si no es posible, pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 93). Su presencia al lado de la acción penal se justifica por la conexidad objetiva entre la pretensión penal y la civil, al originarse ambas en el mismo hecho [Vélez Mariconde]. Esta es la opción por la que, finalmente, optó el *code d'instruction criminelle* francés de 1808, artículos 63 y ss. La sed de justicia y de castigo del culpable se limitaba simplemente a la reparación de los daños, pero no comprendían la imposición de pena alguna [Nieva].

2. Precisiones conceptuales

Actor civil es la persona perjudicada por el delito que ejercita la acción-pretensión civil en el proceso acumulado al penal [GÓMEZ COLOMER]. La figura del actor civil, su intervención, está circunscripta exclusivamente a los delitos públicos y semipúblicos, y, a diferencia del delito privado, se limita al objeto civil.

La posibilidad de actuación limitada a la reparación civil se justifica en que no se debe impedir a una víctima que, aunque deje en manos del fiscal la petición de pena, pueda defender en el juicio los derechos que le corresponden en relación con la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito [BANACLOCHE]. El Acuerdo Plenario n.º 5-2011/CJ-116, de 06-12-11, desarrolla ampliamente los alcances del actor civil.

El artículo 99 CPP regula el supuesto de concurrencia de peticiones: varios sujetos, invocando el mismo título, deciden constituirse en actor civil. La opción del Código asume dos niveles de respuesta: el primero, rige el orden sucesorio previsto en el Código Civil, de suerte que quien está más cerca excluye al más distante; y el segundo, en caso de que se encuentren en el mismo orden sucesorio, de no existir acuerdo explícito, el juez designa un apoderado común.

Al respecto, existe una acumulación heterogénea de acciones por cuanto una acción de naturaleza privada será tramitada y resuelta en un proceso ante un órgano de carácter penal. En efecto, se denomina acumulación heterogénea puesto que las pretensiones que se deducirán de forma acumulativa serán de diferente naturaleza, ello en la medida que, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se acepta que un mismo hecho histórico pueda generar responsabilidad civil y penal al mismo tiempo. El fundamento de esta acumulación de pretensiones se sustenta en: **(i)** economía procesal, en la medida que la sustanciación de la pretensión civil en el proceso penal evita la instauración de un proceso civil posterior, genera ahorro de tiempo y reducción de esfuerzo por parte de la administración de justicia como del justiciable; **(ii)** evitar pronunciamientos contradictorios por la ruptura de la continencia de la causa, en la medida que exista entre ambas acciones relación de conexión causal u objetiva por cuanto se basan en un mismo acontecimiento histórico; **(iii)** la pronta reparación del perjudicado por el hecho delictivo [ARNAIZ].

Dado que la acción que se ejercita es de naturaleza civil, privada, está regida por los caracteres propios del principio dispositivo. La capacidad para ser parte y la procesal es la propia de los procesos civiles; la postulación exige abogado. La legitimación activa viene determinada por el hecho de ser el titular del derecho que se ejercita: perjudicado por la conducta delictiva.

La constitución en actor civil requiere de una demanda o solicitud en forma, que debe realizarse –oportunidad procesal– antes de la culminación de la investigación preparatoria (artículo 101 CPP), esto es, antes de que se dicte la disposición de conclusión de la investigación preparatoria o de que el juez dicte el auto que ordene la conclusión de la misma (artículos 342 y 343 CPP). Emitida una de las dos decisiones, desde luego, siempre queda a salvo el ejercicio de la acción resarcitoria en el fuero civil [D'Albora]. Como requisito formal la demanda o solicitud de constitución en actor civil se presenta por escrito ante el juez de la investigación preparatoria –en este último caso se trata de un presupuesto procesal del órgano jurisdiccional–.

El apdo. 2 del artículo 100 CPP prevé, bajo sanción de inadmisibilidad, los presupuestos, requisitos formales y elementos materiales que deben contener la demanda o solicitud: identificación del actor civil o de su representante –determinación de su capacidad y legitimación–, determinación de la legitimación pasiva –indicación de la persona contra quien se va proceder: imputado y, en su caso, el responsable civil–, relato circunstanciado del hecho y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión resarcitoria –causa de pedir–, precisión justificada de lo que peticiona –*petitum* o petición–, vinculada –está claro– al monto de la reparación civil que insta, y ofrecimiento de pruebas que acrediten su derecho. La inadmisibilidad de la instancia, obviamente, no impide el ejercicio de la acción ente la jurisdicción civil; la resolución que la dicta no produce cosa juzgada material [Llobet].

La constitución en actor civil requiere de una expresa resolución judicial que la admita. Con tal finalidad, el juez de la investigación preparatoria debe recabar información al fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y, a continuación, recibida la información del fiscal, notificarles de la solicitud en curso. Se requiere de una audiencia para dilucidar el mérito de la petición escrita de quien ejerce la pretensión civil (artículo 102.2 CPP), cuya tramitación está prevista en el artículo 8 CPP, siempre que alguna de las partes, dentro del tercer día hábil, hubiera manifestado su oposición escrita debidamente fundamentada. Una norma específica del trámite es la prevista en el apdo. 1 del artículo 102 CPP: la resolución que decide sobre esta solicitud se emite dentro del tercer día, la cual es apelable (artículo 103 CPP).

Las facultades del actor civil son particularmente extensas (artículos 104 y 105 CPP): **(i)** conocer de las actuaciones, **(ii)** ser escuchado antes de cada decisión que implique extinción o suspensión de la acción penal –siempre que lo solicite–, **(iii)** deducir nulidad de actuaciones, **(iv)** ofrecer medios de

investigación y de prueba, **(v)** participar en su actuación, intervenir en el juicio oral, y **(vi)** interponer medios impugnativos. La única limitación que tiene es que el ámbito de su intervención se circunscribe al objeto penal, en concreto: pedir la sanción penal –incluye, por su carácter penal, las consecuencias accesorias–, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, y requerir medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no están referidas al objeto civil. El actor civil coadyuva con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe; él tiene un interés legítimo en esclarecer ambos aspectos, pues sin la prueba del objeto procesal penal, no existe título de imputación civil [GIMENO], más allá de la diferencia de los criterios de imputación civil y penal. Como se trata de una acción privada, de contenido patrimonial, procede el desistimiento en cualquier estado del proceso. El actor civil que se desiste solo está impedido de ejercer la acción indemnizatoria civil en otra vía si el desistimiento operó después de la acusación fiscal (artículo 106 CPP); solo en este último caso el desistimiento importa la renuncia de la acción civil.

Es claro, de otro lado, conforme lo ha reconocido la Ejecutoria Suprema RN n.º 1538-2005, de 20-06-05, que en el proceso penal de ejecución no hace falta que la víctima se haya constituido en actor civil.

3. Víctima y Proceso Penal

3.1. Aspectos Generales

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]. 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]– 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], 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 ésta se separa de la indemnización económica [SORIA]–.

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 70 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].

Por tanto, a lo largo de la historia, tres lemas ejemplifican el estatus de la víctima: protagonismo, neutralización y descubrimiento [García Pablos de Molina]. 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 re-creación de nuevas de convivencia futura entre víctima, victimario y sociedad (sus representantes) [Sampedro].

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].

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], 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]. 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]). 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]. 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].

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]. Lo cual, empero, 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 redunda 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].

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 afirmaría serenidad y objetividad a la aplicación del Derecho penal –a costa, empero, 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].

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, o 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].

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]– 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 resolutiva, 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". Ésta 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]. 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].

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].

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].

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 haba 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].

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].

Es de 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/Ramos]. 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.

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 núm. 40/34, de 24-11-1985 –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 núm. 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25-10-2012, 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].

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).

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].

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

1.° 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 aquél *plus* de afectación de la generalidad que contiene todo hecho punible [MAIER]. En estos casos, se entiende, es posible colocar la reparación delante de la pena, pues ésta 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, presenta problemas por las antinomias que de hecho crea por la mezcla de ambas perspectivas [SILVA SÁNCHEZ].

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]. Este criterio busca integrar la orientación a la víctima en la lógica de la función del derecho penal [García Cavero] y define el efecto de la reparación como atenuación de la pena o, incluso, como posibilidad de substitución de la pena [Polaino Navarrete], 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]. El reemplazo de la pena por la restitución es, por consiguiente, una paradoja que empero 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]–. 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]. 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 sólo 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].

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 aquél [JESCHECK/ WEIGEND].

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]. La unilateralidad en la perspectiva del enfoque referido a la víctima debe evitarse cuidadosamente, como ayer lo fue respecto de la resocialización [HIRSCH]. 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].

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].

2.° 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.° 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.° 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].Todo, como veremos, indica que sí.

3.° La creación de institutos procesales que privilegien la reparación a él debida.

3.2. Víctima y reparación

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].

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].

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.

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 14 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.

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].

En definitiva, cabe tener claro que los que 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 los que 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].

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 medias 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 CPP)– [Quispe Farfán]; 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 con resultado 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–. Y, **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.

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]. 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 querella ante el Juez en los delitos privados, cuanto para constituirse en actor civil en delitos públicos y en querellante 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, sólo poco está en juego [HIRSCH].

El conjunto de derechos procesales de las víctimas, que luego de precisarán, tiene como regla básica que debe reconocérseles el derecho a que se investiguen las denuncias que presenten, que se realice una investigación serie 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].

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 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).

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 16 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, de 16-6-2005, 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). Es 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, de 2-7-2002); así como, utilizarse el recurso de la anticipación de prueba (STJUE, asunto Pupino vs. Italia, de 16-6-2005) [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).

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 número 30364, de 23-11-2015, y su Reglamento por Decreto Supremo número 009-2016-MIMP, de 27-7-2016).

Segundo, la realización de intervenciones corporales a las víctimas. El artículo 212 del Código Procesal Penal, 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 aquél que haya sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un delito y no puede, por otra vía, obtener compensación alguna [Eser]–); 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 cuentan 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.

La reparación, conforme al 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 prejuicio 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]– (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, empero, 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 ésta 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]. 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].

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].

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].

3.3. Víctima e intervención procesal

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]. Y, como quiera que los criterios de imputación civil son distintos del penal, y atento a que la acción civil es *ex damno*, 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).

Empero, 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?

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.

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 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 naturaliza privatística del ilícito civil (Sentencia de Casación – Italia, de 20-2-1987)–. 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]. 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 defienda 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].

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.

Finalmente, en la jurisprudencia del Código Procesal Penal de 2004 se ha venido discutiendo los poderes impugnatorios del actor civil cuando media sobreseimiento y sentencia absolutoria.

La Sentencia Casatoria núm. 413-2014/Lambayeque, de 7-4-2015, 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 núm. 1969-2016/Lima Norte, de1-12-2016, 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 de 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.

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).

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); y, **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.

LECCIÓN OCTAVA

LAS PARTES ACUSADAS

I. EL IMPUTADO

1. Concepto

El imputado es la parte pasiva necesaria penal del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente a la privación de libertad, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia [MORENO CATENA]. Contra él se dirigen, fundamentalmente, las actuaciones procesales [VEGAS]. Constituye la suya una posición defensiva, en la que también participa, por lo general, un abogado defensor; ambos ocupan una posición común: la defensa frente al reproche formulado por el Ministerio Público [SCHLÜCHTER]. La regulación está en el Libro Primero, Capítulo I, del Título II del CPP: artículos 71-79 CPP.

El interés del imputado se custodia afirmando el principio de la personalidad, lo cual dimana tanto de la presunción de inocencia y del principio acusatorio (que integra la garantía del debido proceso), cuanto de la garantía de defensa procesal. Se tiene desde este principio, como ya se examinó oportunamente, las reglas de **(i)** prohibición del procedimiento *ex officio* y de **(ii)** limitación fáctica del fallo –que integran el principio acusatorio–, así como **(iii)** la regla de la incoercibilidad del imputado. Esta última regla concibe al imputado como un sujeto procesal incoercible. Ello no significa que no se lo pueda detener, incomunicar, custodiar por la fuerza pública. En su forma más amplia, plantea la imposibilidad de poner en ningún caso al imputado en la necesidad de destruir o confirmar por sí su estado de inocencia, y en su aplicación concreta significa que no se puede constreñir al imputado a actuar en su contra, ni se le puede impedir toda legítima actividad que tienda a su defensa. De esta regla, de relevancia constitucional, se derivan como corolarios las siguientes reglas: **(i)** prohibición de influencias de cualquier modo para obtener del imputado prueba en su contra; **(ii)** prohibición de exigir prueba

de descargo al imputado –probar, para él, no es una carga, sino un derecho y nada más que un derecho–; y, **(iii)** necesidad de que el imputado actúe estando libre en su persona –lo cual, por cierto, no impide su custodia cuando comparece al acto estando detenido o cumpliendo prisión preventiva, medida que en todo caso debe ser la excepción– [Clariá].

La condición de imputado –legitimación pasiva– se adquiere cuando se es objeto de una imputación por la comisión de un hecho punible, directa o indirecta, formal o informalmente. Se pierde cuando finaliza el proceso: absolución, con la misma sentencia firme; y, condena, cuando culminan las actuaciones procesales de ejecución forzosa. La Constitución (artículo 139.14) no exige un acto formal de imputación, solo exige que la persona, perfectamente identificada y determinada, sea citada o detenida por la autoridad. Su debida identificación ha sido abordada en el Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116, de 13-10-06.

Se discute el carácter del acto de imputación que permite reconocer formalmente a una persona el estatus de imputado. El elemento en mención, que integra el contenido esencial del concepto de imputado, parecer ser, en estricto derecho, la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 336 CPP), que otorga la dimensión propiamente procesal a quien antes solo fue un imputable –palabra de Carnelutti– o sospechoso –el vocablo implicado se utiliza en el argot policial–, en tanto en cuanto aún no se constituyó la relación jurídico-procesal. El sospechoso –sometido a una indagación preprocesal– puede o no llegar a ser imputado: sujeto pasivo del proceso penal. Tal precisión, desde luego, no supone –desde lo que se denomina imputación impropia, que es meramente descriptiva, no técnico-dogmática– que aquel carezca de derechos y garantías frente a los órganos encargados de las diligencias preliminares –policiales o fiscales–, pues la Constitución y el CPP se los reconoce, y con amplitud –aunque ha de entenderse que estos engloban el núcleo esencial del derecho de defensa, básicamente el de defensa técnica y la efectividad de su participación en las indagaciones– [Renedo Arenal].

El término que el "imputado" o "encausado" cabe vincularlo a la progresiva incriminación del sujeto en el curso del procedimiento penal, depende del grado de conocimiento que se tenga acerca del autor del hecho punible. Se construye a partir de los cuatro niveles de conocimiento:

A. **Posibilidad.** Aptitud, potencia, vocación de que algo exista o suceda, es decir, quien por alguna circunstancia –oportunidad, medios o motivo–, puede pensarse que participó en la comisión del delito;

B. **Probabilidad.** Cualidad fundada de que algo pueda suceder, esto es, cuando la posibilidad de haber cometido un delito se consolida al parecer en la investigación de algún hecho que lo relaciona con él;

C. **Verosimilitud.** Apariencia de verdadero o con posibilidad de ser creído, vale decir, como consecuencia de lo investigado, al desecharse otra hipótesis incriminatoria alternativa, es viable articular un relato de hechos donde aparece como partícipe del hecho delictivo; y,

D. **Certeza.** Conocimiento seguro y evidente de que algo es cierto, es el último grado en la convicción y el conocimiento, en cuya virtud cualquier hipótesis alternativa sobre un hecho es inadmisible.

Al primer nivel se corresponde con el implicado o sospechoso, al segundo nivel con el indiciado, al tercer nivel con el inculpado, al cuarto nivel con el acusado, y al quinto nivel con el condenado [BANOCLOCHE].

2. Capacidad

Los requisitos subjetivos para ser imputado, como en el proceso civil, son capacidad para ser parte y capacidad procesal; también se incluye la legitimación.

2.1. Capacidad para ser parte

Esta noción indica, procesalmente, quién aparece como sujeto activo del delito: el imputado –aptitud para ser titular de los derechos y deberes propios del sujeto pasivo–. Responde a la exigencia de quién puede ocupar la posición de imputado en el proceso penal. Desde el punto de vista del derecho penal tal capacidad solo puede atribuirse a las personas físicas vivas –la muerte del imputado es una causal de extinción de la acción penal, ex artículo 78.1 CP–, aunque este alcance está en crisis con lo dispuesto por los artículos 104 y 105 del Código Penal respecto de las personas jurídicas, que expresan ciertamente un relajamiento del aforismo *societas delinquere non potest.*

2.2. Capacidad procesal

En general, es la aptitud para realizar válidamente actos procesales; vale decir, es la aptitud mental y corporal para seguir el procedimiento y poder hacer valer en él las propias razones [GÓMEZ ORBANEJA]. En el derecho procesal penal –reflejo del derecho penal– la falta de capacidad procesal no guarda relación con la plenitud en el ejercicio de los derechos civiles, sino que, en lugar de estar basada

en razones jurídicas, como en el proceso civil, está relacionado con una situación de hecho como es la aptitud natural para seguir en el procedimiento penal y valorar adecuadamente las actuaciones que en él realice [Ferreiro]. Se refiere a la imposibilidad de hecho de intervenir conscientemente en el proceso. Hace referencia, de este modo, a la minoridad, y a la anomalía psíquica grave, a la grave alteración de la conciencia, a la grave alteración en la percepción y, en general, a cualquier enfermedad que impida la actuación, esa actitud mental y corporal necesaria para actuar en juicio. Cabe precisar, sin embargo, que la minoridad –artículo 20.2 CP– y la anomalía síquica grave en general –artículo 20.1 CP– prohíbe, en todo caso, que esos sujetos puedan ser objeto de acusación, puesto que se convierten más que en un óbice para la condena, en un óbice de procedibilidad [Banacloche].

Propiamente, sin embargo, en el proceso penal no se plantea una capacidad que pueda suplirse mediante un representante legal –no se toma en cuenta para nada la capacidad jurídica de obrar, o para el ejercicio de los derechos, en el sentido del derecho civil–. Por consiguiente, el único caso de incapacidad procesal que establece la ley es la inimputabilidad, sin desconocer, por cierto, los casos de enfermedad duradera, que constituye un óbice para la prosecución de la acción penal. El menor puede actuar válidamente en el proceso para alegar esta circunstancia y lograr la resolución judicial de inhibición (artículo 74 CPP) [Moreno Catena]. Es de aclarar que la inimputabilidad genera la incapacidad procesal del sujeto, pero no porque tengan esa consideración sustantiva, sino porque la persona carece de la aptitud necesaria para intervenir en el proceso y, naturalmente, no es posible suplir la incapacidad de la parte pasiva; es decir, de comprender el significado del proceso penal [Quintero Olivares].

El CPP regula dos situaciones con relación a la anomalía psíquica de tipo grave:

A. **Anterior al delito.** Como es causa de inimputabilidad, se dispone la realización, por el juez de la investigación preparatoria o el juez penal, de un examen por perito especializado. Una vez recibido el informe pericial, previa audiencia, con intervención de las partes y del perito, si se considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad y que esta continúa: se procede a la incoación del procedimiento de seguridad. Este último requiere un juicio previo de peligrosidad. Por el contrario, si el juez se persuade de que el imputado no es inimputable, ordenará continuar el proceso (artículo 75 CPP).

B. **Sobrevenida.** Es posible que la enfermedad sobreviniera después de cometido el delito: el juez de la investigación preparatoria, de oficio o a solicitud de parte, ordenará un examen por perito especializado. Una vez evaluado el examen, previa audiencia con citación de las partes y del perito, si el juez constata la enfermedad que le impide continuar con la causa, suspende la causa hasta que la evolución de la enfermedad haga posible iniciarlo. En este caso dispondrá, si correspondiere, el internamiento del imputado en un centro hospitalario especializado.

En ambos casos, como cuando el imputado sufre de alguna enfermedad, evacuado el dictamen pericial, previa audiencia con intervención del perito respectivo, el médico legista, especializado en psiquiatría, puede ordenarse el internamiento en un centro hospitalario estatal –salvo defectos de infraestructura y especialización, en los que puede disponerse la atención en una clínica privada (artículo 77 NCP)–. El internamiento hospitalario será objeto de informe trimestral, sin perjuicio de que se disponga un examen pericial oficial en cualquier momento. El informe hospitalario o clínico servirá para renovar el internamiento o disponer su cese o variación.

2.3. Legitimación pasiva

Legitimado pasivamente está todo aquel que adquiere la condición de imputado. Es una mera cuestión de hecho, basta la imputación para conferirle legitimación; no hace falta una resolución judicial ni un emplazamiento formal. A partir de la imputación puede intervenir en el procedimiento, procurando su defensa. No es necesario nada más.

El imputado al final del proceso puede ser absuelto, pero ello no podrá suponer que ha actuado sin legitimación; solo significará que el juicio sobre su culpabilidad se ha resuelto negativamente. Es por ello posible adquirir y perder la legitimación a lo largo del proceso. Cuando la imputación desaparece, desaparece también la legitimación pasiva, y el sujeto habrá de salir del procedimiento penal [MORENO CATENA].

2.4. Postulación

Rige la regla general de la necesidad de que el imputado ha de ser defendido por abogado defensor. Se trata, por tanto, de aquella exigencia legal de que el imputado, y otras partes con capacidad procesal, comparezcan defendidas por un

abogado a fin de poder realizar válidamente actos procesales. La defensa técnica en sede penal tiene jerarquía constitucional y convencional –es, además de una garantía constitucional, un requisito que se impone al órgano jurisdiccional, en cuya virtud no pueden realizar el proceso e imponer penas si no existe abogado del imputado [Montero Aroca]–. El fundamento de este requisito estriba en la existencia constitucional de que la tutela jurisdiccional ha de ser efectiva sin que en ningún caso se produzca indefensión o, con más precisión, de la garantía de defensa procesal, por lo que, debido a la complejidad actual, tanto del derecho material, como del procesal, se le ocasionaría una indefensión material al ciudadano, a la vez que se infringiría el principio de *igualdad de armas*, si se le permitiera acceder a un proceso personalmente, pudiéndolo hacer, provisto de abogado, la contraparte [Gimeno].

Lo expuesto no obsta a reconocer que ciertos actos, personalísimos, han de ser realizados por el propio imputado: actos de comparecencia, de declaración, de fijación de su identidad, sin perjuicio de aquellos actos propios de su autodefensa. En lo demás, se entiende que la intervención del abogado es preceptiva, señaladamente para la declaración del imputado (artículo 71.2d CPP).

3. Derechos

El imputado tiene derechos de actuación activo –de participación– y pasivo frente al poder estatal, asimismo de protección frente a los medios de comunicación.

3.1. Derechos de participación

También se les denomina derechos de actuación activos. Son:

A. **Constitucionalmente.** Se consagra a través del derecho de audiencia judicial, producto del derecho a la tutela jurisdiccional, al punto de que el imputado no puede ser pasible de un juicio en ausencia (artículo 139.3 y 12 de la Constitución). La Ley Fundamental garantiza la oportunidad de ser oído conforme a la ley, es decir, debe hacerlo valer en el modo y forma de ley –presupuesto de su ejercicio es la citación en debida forma del imputado–. Es de incluir, además, la garantía del debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución), y el respeto a su dignidad, así como de la garantía de defensa procesal, en especial del principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*: no se le debe forzar a declarar contra sí mismo, del que debe ser informado por

la autoridad penal, y debe declarar según su libre voluntad, cuya lesión determinará la prohibición de utilización del material obtenido.

B. **Legalmente.** El imputado tiene garantizado los derechos de instrucción de derechos, defensa material y de asistencia letrada, desde las primeras diligencias. Asimismo, se le reconoce el derecho de información –y, también, de efectivo cumplimiento por la autoridad fiscal– de seis derechos instrumentales de defensa: **(i)** conocimiento de cargos, **(ii)** comunicación de su estado de detención a quien designe, **(iii)** asistencia letrada, **(iv)** abstención de declarar y, si quiere hacerlo, de presencia y asistencia de un abogado defensor –incluso, se le tiene reconocido el derecho de ampliar su declaración cuando lo juzgue conveniente (artículo 86.1 CPP), siempre que no sea dilatorio o malicioso y se encuentre en tiempo hábil para hacerlo–, **(v)** de no ser tratado coactivamente ni sometido a técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, y **(vi)** de ser examinado por un médico cuando su estado de salud así lo requiera. Asimismo, cuando es interrogado tiene derecho a la comunicación de cargos y de las pruebas en su contra, a que pueda contar con un defensor, y a la actuación probatoria (artículo 87 CPP).

Adicionalmente, y en vía complementaria, el imputado tiene expedita una específica garantía de tutela jurisdiccional, concebida como una protección jurisdiccional especial a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria frente a las actuaciones de persecución penal, que no tengan origen jurisdiccional. Está contemplada en el artículo 71.4 CPP.

El objeto de esta garantía procesal, analizada ampliamente en el Acuerdo Plenario n.º 4-2010/CJ-116, de 16-11-10, abarca tres ámbitos:

A. El derecho de información de los derechos legalmente reconocidos –y su concreción en un acta–, previstos en el apdo. 2 del citado artículo 71 CPP.

B. El reconocimiento y efectividad de los derechos legales, que obviamente son aquellos seis fijados en el citado artículo 71.2 CPP y en el artículo 87 CPP.

C. La imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales.

Es de tener presente que estos tres ámbitos de la acción de tutela, por su carácter genérico, no reemplazan ni pueden ser articulados indistinta y, menos, conjuntamente con los remedios jurídicos que el CPP reconoce específicamente al regular las medidas de coerción y de búsqueda de pruebas y restricción de derechos o cuando prevé los pertinentes medios de impugnación.

El juez de la investigación preparatoria tiene una intervención activa frente a una solicitud de tutela: indagar sumariamente la realidad de los hechos alegados por el peticionario, citar a una audiencia con el concurso de las partes y decidir. En lo pertinente, se seguirán las reglas del artículo 8 CPP. El juez tiene poder de subsanación de la omisión –si la conducta denunciada fuere omisiva–, así como de corrección y protección, según si la conducta denunciada fuere comisiva o activa y merezca, adicionalmente, una medida judicial de satisfacción para superar la violación legal establecida.

3.2. Derechos de actuación pasivos

Es claro que el imputado es objeto de la coacción estatal en tanto debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas, contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal. En este sentido es también un medio de prueba; pero, igualmente, es un sujeto procesal dotado de derechos autónomos dentro del proceso –según ya se ha detallado–. Desde la consideración del imputado como sujeto pasivo, su posición jurídica, sin embargo, está dotada de numerosas protecciones [Roxin].

Son los siguientes:

A. **Declaración voluntaria.** El imputado tiene derecho a que no se emplee contra él métodos coactivos ni se le someta a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad (artículo 71.2e CPP). No se puede atentar contra su autonomía personal, a la vez que se debe salvaguardar su dignidad y observar el principio de proporcionalidad.

B. **Interrogatorio objetivo.** El imputado tiene derecho a que, previamente, se le invite a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho imputado. El interrogatorio, a continuación de su exposición, será directo. Las preguntas serán claras y precisas, no ambiguas, capciosas o sugestivas. Está prohibido coaccionarlo (artículo 88.3 y 4 CPP). Cuando hay fatiga o falta de serenidad, debe suspenderse la declaración (artículo 88.6 CPP).

C. **Respeto de su dignidad.** El imputado declarará siempre libre, sin esposas u otros medios de seguridad, y sin la presencia de otras personas que las autorizadas a asistir. Si está preso, el interrogatorio se realizará en recintos cerrados para impedir la fuga o atentados contra la seguridad de las personas (artículo 89.1 CPP). En igual sentido, en juicio oral debe comparecer sin ligaduras ni prisiones, acompañado de policías (artículo 367.6 CPP). Por

último, aun cuando sea objeto de la coacción estatal, solo está obligado únicamente a tolerar las medidas instrumentales restrictivas de derechos y nunca a colaborar activamente para su realización.

D. Derecho a la presunción de inocencia. El fiscal debe probar los cargos. La prueba que justifique una condena debe ser legal, legítima y suficiente, valorada conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, razonada y razonablemente. En esa línea, la Policía está autorizada a informar a los medios de comunicación acerca de la identidad del imputado detenido, mas no mostrarlo como culpable del delito, ni a utilizarlo como un "logro" institucional (artículo II.2 del CPP). Este respeto al imputado, de cara a salvaguardar la presunción de inocencia que le asiste, cobra especial importancia en la fase de diligencias preliminares respecto a delitos contra el patrimonio.

3.3. Derechos de protección frente a los medios de comunicación

Los derechos del imputado deben ser respetados no solo por los poderes coercitivos del Estado, sino también por los medios de comunicación –llámese prensa, radio y televisión–.

Es necesario hacer un juicio de ponderación, orientado por el principio de proporcionalidad, entre los derechos del autor punible y la libertad de información periodística, pues es claro que no existe un derecho absoluto de informar. En particular se debe diferenciar: **i)** antes de la condena, se debe tener presente la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada. Conforme a ella, son inadmisibles la información con mención del nombre, una imagen u otros datos que permitan la identificación. La prerrogativa de habilitación que tiene la Policía de informar a los medios de comunicación acerca de la identidad de los imputados en un hecho punible –contenida en el artículo 70 del CPP– debe ser interpretada restrictivamente y en consonancia con el artículo II.2 del CPP, el cual prohíbe que un funcionario o autoridad pública presente a una persona como culpable de la comisión de un delito o brinde información en ese sentido **ii)** posterior a la condena, es inadmisible la referencia del autor cuando esta es reiterativa y mancillante en su honor, pues pone en peligro su resocialización.

Se debe cuidar la doble estigmatización al imputado, en cuanto a que tanto los medios de comunicación como el poder correctivo estatal equiparen la imagen del procesado como si ya estuviese condenado.

Respecto al problema del prejuzgamiento a través de los medios de comunicación, debe analizarse no solo en cuanto afecta los derechos del imputado, sino hasta qué medida vulnera la imparcialidad del órgano jurisdiccional que no solo juzga y sanciona, sino que emite medidas coercitivas provisionales [Roxin].

4. Deberes

Comprenden los deberes positivizados de moralidad procesal y de asistencia al llamamiento de la autoridad.

4.1. Moralidad procesal

Si el imputado altera el orden en una actuación procesal, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla con la sola intervención de su abogado y demás partes. Según la naturaleza de la diligencia, se sancionará al imputado con su exclusión de la diligencia y la continuación de la misma con su defensor y con las demás partes –es el caso de una diligencia personal, que requiera su ineludible intervención porque debe exponer lo conveniente en su desarrollo– (artículo 73 CPP). En la audiencia pública, incluso, se le puede expulsar (artículo 364.4 CPP).

4.2. Presencia y Ausencia del imputado

La presencia del imputado es para el juez un deber ineludible y para el imputado un derecho no renunciable que, por tanto, puede calificarse de derecho-deber [Montero]. La indispensabilidad de la presencia del imputado para la ejecución del acto es propia del juicio oral (artículo 367.1 CPP), no para la investigación preparatoria. El principio de audiencia debe ser interpretado en el Proceso Penal en su sentido estricto: es necesario "oír" efectivamente al imputado, básicamente, porque es un elemento fundamental de convicción y por los derechos que subyacen en el proceso [Vegas]. Si el imputado no concurre al juicio –no lo hace justificadamente– se le declara contumaz (artículo 367.3 CPP). Frente a una citación de un acto procesal distinto del juicio oral, la inasistencia determina, de un lado, la conducción compulsiva, conforme al artículo 291.2 CPP (reo con comparecencia simple), o, de otro, la revocación de la medida y dictación de la medida de prisión preventiva cuando está sujeto a comparecencia restrictiva (artículo 287.3 CPP).

La obligatoriedad de este derecho-deber para el reo y deber para el juez determina la declaración de ausencia o contumacia cuando se no se asiste a los

llamamientos de la autoridad (artículo 79 CPP). La ausencia o la contumacia son declaradas por el juez, a instancia del fiscal o de las demás partes –principio de rogación–, siempre previa constatación. Es necesaria una resolución judicial fundada, que tiene carácter constitutivo, pues crea un estado de ausencia o de contumacia. Está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente y presupone el correcto emplazamiento judicial [Acuerdo Plenario n.º 5-2006/CJ/116, de 13-10-06]. La contumacia o la ausencia, según el caso, es una situación jurídica que produce determinados efectos en el proceso penal, por lo que no se puede hablar de un proceso en contumacia o en ausencia, sino de procesos seguidos en contumacia o en ausencia [GÓMEZ ORBANEJA].

A. La *contumacia* requiere que se constate que el reo tuvo conocimiento del requerimiento de la autoridad, fiscal o judicial, y pese a ello no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales, luego de una segunda citación, como se anotó en el aludido Acuerdo Plenario. El artículo 79.1 CPP fija algunos supuestos específicos, adicionales, de rebeldía: fuga del centro de detención o prisión, no obedece una orden de detención o prisión, ausencia del lugar de residencia o designado por la autoridad.

B. La *ausencia* se declara, previa constatación, cuando el imputado está en paradero desconocido y no aparezca evidencia suficiente de que conozca del proceso.

Los efectos de la declaración de contumacia o ausencia son conducción compulsiva –no afecta el mandamiento de detención y prisión preventiva– y nombramiento de defensor de oficio o del propuesto por un familiar suyo, quien será su representante técnico: podrá presentar todo tipo de medio de defensa. No se suspende la etapa de investigación preparatoria ni la etapa intermedia, pero en juicio oral debe archivarse provisionalmente el juicio, aunque puede ser absuelto –en caso de pluralidad de imputados la suspensión del proceso respecto del ausente o contumaz no los comprende–. Esto último significa que el CPP acogió el sistema de la suspensión del proceso –propiamente, del juicio oral–, no el de la autorización de la continuación del mismo, a reserva de que si el imputado comparece posteriormente pueda utilizar determinados remedios rescisorios contra la sentencia dictada en contumacia o ausencia [ESCUSOL].

Cesa la ausencia o contumacia: **(i)** una vez que se presente a juicio, y **(ii)** cuando se realicen las diligencias que requieran su intervención (artículo 79.6 CPP).

II. EL ABOGADO DEFENSOR

1. Concepto

La palabra "abogado" deriva del latín *advocatus*, que significa 'llamado a' o 'llamado para'. Según la Real Academia Española, es el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico. La presencia de letrado – defensa formal o técnica– es predicable de todos los sujetos del proceso –a excepción hecha del Ministerio Público y de la Procuraduría Pública, que no necesita de la postulación [Vegas].

La defensa es una parte procesal, dialécticamente opuesta a la acusación, integrada por dos sujetos procesales: el imputado y su abogado, titulares de los derechos constitucionales de la libertad y de defensa. El imputado tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, y como es un sujeto de la actividad probatoria ha de intervenir con plena igualdad y bajo el principio de contradicción. La defensa no se limita a los defensores, comprende también la defensa material o auto patrocinio, y la defensa formal o patrocinio del defensor [Gimeno]. El imputado deberá contar siempre con la asistencia técnica necesaria; asistencia que, además, deberá ser efectiva (STCE 13/2000, de 17 de enero).

2. Posición procesal del abogado defensor

La misión del defensor consiste en aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista, así en la cuestión de hecho como en la jurídica, favorables al acusado. Él debe hacer valer de la mejor manera posible todos los hechos que hablen a favor del imputado y todos los derechos conferidos a él. Es independiente de la voluntad del reo, pues su deber de defenderlo no cesa porque no quiera defenderse ni que se le defienda.

El defensor cumple una función pública porque hace valer la presunción de inocencia –y, dado el caso, también todas las circunstancias que favorecen al culpable– y, en sentido jurídico, garantiza y vela por la legalidad formal del procedimiento. Pero también, en armonía con ello, sirve exclusivamente al interés del imputado, en la medida en que ese interés se dirija a ser defendido de la mejor manera posible. Es, pues, un órgano de la administración de justicia al exclusivo servicio de los intereses del imputado admitidos legalmente [Roxin], lo que no significa que sea dependiente del órgano judicial, y, menos, de la fiscalía.

3. Derechos y deberes del abogado defensor

El artículo 84 CPP reconoce al defensor un conjunto de derechos o, mejor dicho, de poderes, para cumplir su misión de auxilio técnico-jurídico y de representación técnica del imputado. Son diez potestades, en un listado no cerrado: **1.** Asesoramiento al reo desde el primer momento, **2.** Interrogatorio directo, **3.** Acudir a un experto para el desarrollo de una diligencia, **4.** Participación en todas las diligencias –salvo del coimputado en la investigación preparatoria–, **5.** Aportación de medios de investigación y de prueba, **6.** Presentar todo tipo de peticiones, **7.** Acceso a las actuaciones fiscales y judiciales, y obtener copia de ellas, **8.** Entrevista con su defendido, **9.** Amplia libertad de expresión, **10.** Interposición de cuestiones previas y prejudiciales, así como de recursos y demás medios de defensa. Es de precisar que el abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan la administración de justicia.

Entre los principales deberes del abogado frente al imputado están el de guardar el secreto profesional y realizar una defensa adecuada en el proceso. El secreto profesional es un derecho consagrado en el artículo 2 num. 18 de la Constitución, del cual se pueden extraer las siguientes pautas de observancia en el proceso penal: **i)** el defensor no está autorizado a revelar las comunicaciones, ni las asesorías que le brinda al procesado, **ii)** El Ministerio Público no puede citar u obligar a declarar al defensor a preguntarle sobre los hechos objeto de investigación, salvo que sea copartícipe del mismo.

Los demás deberes del abogado, reconocidos en el artículo 288 de la LOPJ, son, entre otros: **i)** actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados, sin que esto importe, en ningún caso, quebrar el secreto profesional; **ii)** patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; **iii)** defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; **iv)** actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice; **v)** desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para él; **vi)** cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente; **vii)** abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga; **viii)** consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales; y, **ix)** denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía.

La actuación de abogado en el proceso penal y los actos procesales donde él forma parte están regidos por los principios de legalidad y acusatorio. Su ejercicio en tribunales está condicionado a **i)** tener título de abogado; **ii)** hallarse en ejercicio de sus derechos civiles; **iii)** tener inscrito el título profesional en la Corte Superior de Justicia correspondiente; y **iv)** estar inscrito en el Colegio de Abogados del distrito judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el distrito judicial más cercano (artículo 285 de la LOPJ).

El abogado que ejerce con un título falso es pasible de recibir una sanción penal por el delito de ejercicio ilegal de la profesión (artículo 363 del Código Penal). Asimismo, el defensor que, después de patrocinar a una parte en el proceso judicial, asuma la defensa de la parte contraria en el mismo proceso, es objeto de una pena privativa de la libertad no mayor de dos años (artículo 421 del Código Penal).

4. Defensor voluntario y defensor necesario

El imputado tiene derecho de asistencia letrada, de designación de un abogado defensor de su confianza, designación que no puede ser cuestionada o no aceptada por el fiscal o juez. Si no lo nombra o no tiene recursos para hacerlo, el Estado debe proveerlo en aras de garantizar la legalidad de la diligencia y el debido proceso. El artículo 80 CPP menciona al Servicio Nacional de la Defensa de Oficio.

La defensa necesaria es aquella indispensable para que el acto procesal o la diligencia adquieran eficacia. Un supuesto es la declaración del imputado (artículo 86.2 CPP). También es necesaria la intervención del defensor en todas aquellas diligencias susceptibles de preconstituir o anticipar prueba y, por cierto, en las etapas intermedia y de enjuiciamiento. En estos casos la presencia e intervención del defensor constituye un requisito legal, dimanante al principio de igualdad de armas.

El patrocinio de varios imputados por un defensor o Estudio Asociado es posible si no existe incompatibilidad de defensa entre ellos (artículo 81 CPP). En este último caso, la defensa puede realizarse por cualquier abogado asociado; la notificación comprende a todos y cada uno de ellos. La intervención conjunta de abogados es posible, pero en una diligencia solo interviene uno.

5. Reemplazo, exclusión, sanción, sustitución y expulsión del abogado defensor

El nombramiento de un abogado por el imputado dura mientras este último no le ratifique su confianza y proceda a sustituirlo, sin expresión de causa.

Se pueden presentar en el curso del proceso las siguientes circunstancias:

A. Si el abogado no concurre a una diligencia, y esta es inaplazable: se le reemplaza por otro designado por el reo o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia. Es el artículo 85.1, segundo párrafo, del CPP, contempla cuáles son las audiencias inaplazables. Es una regulación *numerus clausus*. Las audiencias son los siguientes: prisión preventiva (artículo 271 CPP), control del requerimiento de sobreseimiento y audiencia de control de sobreseimiento (artículo 345 CPP), audiencia preliminar o control de acusación artículo 351 CPP), Juzgamiento o plenario (artículo 367 CPP), audiencia única de incoación del proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva (artículo 447 CPP) y audiencia única de juicio inmediato (artículo 448 CPP).

B. La exclusión procede cuando el abogado no asiste injustificadamente a la diligencia para la que es citado, esta no tiene el carácter de inaplazable. En el término de 24 horas el reo debe designar otro defensor o de lo contrario se le nombrará uno de oficio, reprogramándose la diligencia por única vez.

C. A pesar de la renuncia, el abogado debe realizar los actos urgentes para impedir la indefensión del imputado. La renuncia debe ser comunicada al juez en el término de 24 horas antes de la realización de la diligencia.

D. El abogado defensor que no concurre o que abandona injustificadamente una diligencia, será sancionado por el juez o colegiado competente. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior para que conozcan la aplicación de la Sanción y al Colegio de abogados del distrito para que ejecute la sanción (artículo 85 CPP).

E. La sustitución del defensor también procede cuando es expulsado el reo y este se solidariza con su patrocinado y abandona la diligencia (artículo 73.2 CPP).

F. El defensor puede ser expulsado de la Sala de Audiencia, previo apercibimiento, en cuyo caso será reemplazado otro defensor en el plazo de 24 horas; la expulsión procede cuando se altera el orden y el respeto en la Sala de Audiencias (artículo 364.2 CPP).

III. LA PERSONA JURÍDICA

1. Planteamiento

Cuando un delito se comete tras una persona jurídica –en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo en encubrirlo (artículo 105 CP)–, esta es pasible de medidas de carácter penal, en tanto implican una limitación coactiva de sus derechos. Asimismo, cuando el delito se comete por sus dependientes o funcionarios en el ejercicio de su actividad, siempre que sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria, es pasible de la medida de carácter civil de privación de beneficios causalmente vinculados al hecho delictivo (artículo 104 CP); integra la reparación civil.

Esta incorporación de la persona jurídica en la comisión de delitos –más aún cuando expresamente se las considera como sujetos activos del delito y responsables penales– se debe a la frecuencia con la que se cometen delitos en el ámbito societario originarios por la vida económica que somete a las empresas y a sus directivos a una gran presión; y, a la obligación estatal de incrementar la eficacia del proceso penal, dado que la mera responsabilidad personal impide en muchos casos poder imputar claramente el delito a una persona física [Asencio].

Así las cosas, no hay duda de que la persona jurídica es un sujeto pasivo del proceso, propiamente ha de ser parte procesal. Primero, porque contra ella puede recaer una medida penal (artículo 105 CP); segundo, porque en el curso del proceso puede ser pasible de una medida de coerción (artículo 313 CPP); y, tercero, porque contra ella recae una imputación específica conforme a los presupuestos estatuidos en el artículo 105 y 105-A del CP, por lo que es necesario dotarla de la cobertura necesaria en los mismos términos que los que el sistema otorga cuando la imputación recae sobre una persona jurídica [Espinoza Goyena]. En esos términos se pronunció el Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, de 13-03-09.

2. Incorporación como parte del responsable civil

En tanto en cuanto concurran, prima facie, los supuestos previstos en los artículos 104 y 105 CP, las personas jurídicas deben ser emplazadas e incorporadas al proceso, a instancia del fiscal. Es evidente, por lo demás, que al amparo de las exigencias dimanantes de la garantía de tutela jurisdiccional que el actor civil pueda reclamar su incorporación en los supuestos del artículo 104 CP.

El fiscal, como consecuencia del principio acusatorio, es quien debe formular un requerimiento motivado. La incorporación para ser parte en la causa puede tener lugar después de la expedición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta antes de dar por conclusa la investigación preparatoria. Formalmente, el requerimiento fiscal debe estar debidamente fundamentado: identificación y domicilio de la persona jurídica, relación de los hechos, fundamentación legal. La fundamentación del *petitum* y de la *causa petendi* debe formularse en debida forma.

El procedimiento de incorporación es el previsto en el artículo 8 CPP. Su espacio culminante es la realización de una audiencia con asistencia de las partes y de la propia persona jurídica emplazada (artículo 91 CPP). Rigen las reglas de representación regular de la persona jurídica para su intervención en el procedimiento de incorporación como parte.

3. Procedimiento ulterior

Emitido el auto de incorporación de la persona jurídica, el órgano social de esta designará un apoderado judicial, que no puede ser el imputado por los mismos hechos –se ha seguido en este ámbito el modelo francés–. De no hacerlo, previo requerimiento por un plazo de cinco días, lo hará el juez de la investigación preparatoria (artículo 92 CPP). La persona jurídica está en libertad de designar como representante en juicio a la persona física que así lo considere, para lo cual ha de guiarse por criterios de confianza en la persona elegida y de conveniencia.

Es importante tener en cuenta, aunque no está expresamente legislado, que no corresponde designar como representante en juicio a una persona física que debe declarar en la causa como testigo de cargo, a fin de evitar el fraude que consistiría en que la persona jurídica nombre a esta persona, en cuyo caso su posición sería ambigua, pues, de un lado, como representante no podría declarar contra la persona jurídica –a esta le asiste el derecho al silencio y a la no incriminación– y, de otro lado, como testigo estaría obligada a declarar con la verdad sobre los hechos del proceso, favoreciendo incluso la posición procesal de la parte acusadora. El nombramiento debe recaer, en consecuencia, en una persona cuya versión, objetivamente, no sea importante y útil de cara al tipo de hechos juzgados, de modo que deba ser convocada como testigo; y, a la vez, que su designación no pueda colisionar con la indispensable relación de aquella en la estructura de la persona jurídica, de tal suerte que su presencia en la causa garantice una defensa efectiva de la misma.

Por otro lado, se discute si el auto que se pronuncia sobre la incorporación de una persona jurídica es apelable. Como no existe una regla específica –que existe en el caso de decisiones sobre la incorporación del actor civil y el tercero civil: artículos 103.1 y 112.3 CPP–, rige la regla general del artículo 416.1d CPP, por lo que el auto que incorpore o desestime la incorporación la decisión judicial es apelable con efecto no suspensivo (artículo 418.1, *a contrario sensu*, CPP).

4. Derechos y garantías

Para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, la persona jurídica tiene poderes equivalentes al imputado, en tanto que, como parte procesal, tiene que resistir las medidas de coacción que la jurisdicción penal considere necesarias para la realización de la justicia [Peña Cabrera Freyre]. Ostenta, por ello, legitimación originaria para defenderse y actuar en el proceso penal. Empero, la falta de personación o rebeldía no importa la declaración de contumacia ni la suspensión del juicio: la sentencia condenatoria puede comprenderla (artículo 93 CPP); al ser considerada la persona jurídica como parte procesal no solo se le debe reconocer derechos –los del imputado– sino también obligaciones, y si no las cumple se le debe de sancionar en estricta consonancia con la legalidad procesal [Neyra].

Será del caso de cuidar el nombramiento del apoderado judicial y homologar sus poderes con los del abogado del contumaz o ausente, según el artículo 79.3 CPP. En efecto, como en cualquier otra fase de su vida jurídica, será necesaria que represente a la persona jurídica una persona física, con quien debe entenderse las autoridades públicas de persecución penal y los otros sujetos que intervengan en el proceso penal [Gascón]. Se parte de la premisa de que la persona física en sí misma no es parte del proceso, pues esa condición la ostenta la persona jurídica representada; por eso no puede ser objeto de detención, ni prisión preventiva ni de cualquier medida de coerción, sea de índole personal o patrimonial [Gascón].

A pesar de que la persona jurídica en estricto no es autora de los hechos de referencia –que tratan de las concretas conductas cometidas por una o más personas físicas que son susceptibles de tipificarse como uno de los delitos contemplados en el CP– puede formular alegaciones y puede proponer prueba respecto de ellos en forma plena, como parte del ejercicio de su derecho de defensa.

Asimismo, la plenitud de sus facultades defensivas se mantiene no solo en primera instancia, sino también en la fase de impugnación de la sentencia. En efecto, la aplicación de las reglas generales sobre el gravamen para recurrir debe

permitir que la persona jurídica condenada impugne tanto en apelación como en casación los pronunciamientos de la sentencia que le conciernen a ella directamente (en relación a los hechos internos y a sus consecuencias jurídicas). En esta línea de ideas, es posible apoyar la tesis de que, inclusive, la persona jurídica puede proyectar su impugnación sobre los pronunciamientos del Tribunal en relación con el delito base y con sus consecuencias jurídicas, aun cuando la persona natural no haya recurrido o haya dado un ámbito material o enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos.

Se trata una interpretación que, desde el punto de vista normativo, se encuentra sustentada en lo dispuesto en el artículo 408.3 del CPP que regula la extensión del recurso de impugnación: "La impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos personales" [GASCÓN].

5. La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

La regla del artículo 105 del CP, que previó **consecuencias accesorias** contra las personas jurídicas en tanto el hecho punible fuere cometido en ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, se modificó parcialmente con la entrada en vigor de la Ley 30424, de 21-04-2016, modificada por el Decreto Legislativo 1352, de 07-01-2017, y la Ley 30835, de 02-08-2018, denominada "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas", reglamentada por el Decreto Supremo 002-2019-JUS, de 09-01-2019.

Este complejo normativo presenta tres notas características fundamentales: **1. Objetivamente,** según el artículo 1, solo está vinculado a cinco tipos delictivos del Código Penal asociados a la corrupción pública (colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo internacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias), a cuatro figuras del delito de lavado de activos artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106 y al delito de financiamiento del terrorismo (artículo 4-A del Decreto Ley 25475) –no tiene, pues, un carácter general y, por ende, en para los demás delitos rige el citado artículo 105 CP–. **2. Subjetivamente,** conforme al artículo 2, está referido a las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta. **3. Materialmente,** atento a lo dispuesto por el artículo 3, la responsabilidad

administrativa de las referidas personas jurídicas por la comisión de los delitos antes mencionados se concreta cuando se hubieren cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto; ya sea **a)** por sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias; **b)** por la persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de la persona jurídica, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización; o, **c)** por la persona natural antes citada, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas señaladas en el primer punto han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control la actividad encomendada. El criterio de imputación es, por tanto, distinto del fijado en el artículo 105 CP.

De otro lado, las medidas administrativas aplicables son las de: **1.** Multa. **2.** Inhabilitación, que comprende: **a)** suspensión de sus actividades sociales; **b)** prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; **c)** prohibición para contratar para el Estado. **3.** Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, clausura de sus locales o establecimientos, temporal o definitivo. **4.** Disolución (artículo 5). También, en vía complementaria, se incluyó la medida de intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores por un período de dos años (artículo 6). La consecuencia accesoria que puede dictarse, acumulativamente a las medidas administrativas, es la de decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito (artículo 11).

Esta legislación, además, prevé un sistema propio de circunstancias agravantes y atenuantes, así como, igualmente, un conjunto ordenado de criterios de aplicación e individualización de las medidas administrativas y de directivas específicas para la suspensión de su ejecución. Asimismo, como eximente de responsabilidad administrativa, se prevé la implementación de un modelo de prevención *(compliance)*, siempre que éste se haya configurado antes de la comisión del delito y se trate de un modelo de prevención adecuado a la naturaleza, riesgos, necesidades y características de la actividad de la persona jurídica. Este modelo consiste en la implementación de medidas de vigilancia y de control idóneas **(i)** para prevenir los delitos antes mencionados o **(ii)** para reducir significativamente el riesgo de su comisión (artículo 17). La verificación o comprobación de la efectividad de este modelo de prevención corresponde a la Superintendencia del Mercado de Valores, cuyo informe técnico es determinante para el procesamiento penal (artículo 18) –se erige, primero, como un requisito de

procedibilidad y, segundo, como una **pericia institucional** (Octava Disposición Complementaria Final). Además, la ley reconoce un proceso previo de certificación por terceros, debidamente registrados y acreditados, a fin de garantizar la realidad de unas bases mínimas de efectividad del propio modelo de prevención (artículo 19).

Procesalmente se aplican las normas, ya examinadas, de los artículos 90 al 93 CPP, bajo el criterio rector de que las personas jurídicas gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen al imputado –es, por tanto, parte pasiva en el proceso penal y, como tal y en lo pertinente, con todas las posibilidades, cargas, derechos y obligaciones correspondientes– (Tercera Disposición Complementaria Final). Igualmente, en el acto oral se preguntará a su apoderado judicial, una vez instruido de sus derechos –intimación–, si considera a la persona jurídica autora del hecho punible acusado y responsable de la reparación civil, así como si acepta los cargos o los niega, de suerte que es posible una sentencia conformada; también puede someterse al proceso especial de terminación anticipada (Tercera Disposición Complementaria Final). La persona jurídica, en todo caso, puede ser asistida por la defensa pública, si así lo requiera, bajo los alcances de la Ley del Servicio de Defensa Pública (Cuarta Disposición Complementaria Final).

Finalmente, la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria incorporó una medida de coerción real –aunque la denominó, rompiendo la nomenclatura del Código Procesal Penal, medida cautelar–, en el artículo 313-A CPP, adicional a las fijadas en el artículo 313.1 CPP. Se trata, propiamente, de una medida anticipada, que consiste, indistintamente, en la prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza del delito perpetrado, favorecido o encubierto, o en la suspensión para contratar con el Estado, por un plazo no mayor de la mitad del tiempo fijado para las medidas de carácter temporal previstas en el artículo 5 de la Ley. Como se trata de una medida de coerción real o patrimonial, cuya naturaleza, por opción del legislador, es administrativa, no penal –puede ser instada, en consecuencia, por el Ministerio Público o el actor civil, que en todos los casos será el Procurador Público del Estado– requiere tanto el *fumus comissi delicti* (sospecha suficiente) como el *periculum in mora* consistente no solo en los riesgos de ocultación de bienes o de insolvencia sobrevenida, sino también el de obstaculización de la averiguación de la verdad, que es un peligro propio de las medidas personales penales.

IV. LAS PARTES CIVILES

1. Planteamiento

En la medida que el hecho punible haya ocasionado un daño en la esfera patrimonial de algún sujeto del derecho, y este no haya renunciado o reservado el ejercicio de la acción civil en el proceso declarativo civil correspondiente –salvo su silencio e inactividad, en cuyo caso interviene el Ministerio Público como sustituto procesal–, es posible estimar que, pasivamente, existen partes a las que es de emplazar en el proceso penal. La responsabilidad civil excede al de los responsables penales y comprende a otras personas que, sin ser responsables penalmente, lo son civilmente.

El responsable civil es la parte pasiva de la pretensión civil acumulada al proceso penal –la denominación de responsable civil trae causa en la necesidad de distinguirlo del imputado frente a la cuestión civil–. Es la persona contra la que se dirige el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, es decir, la persona que, en su caso, deberá hacer frente a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios [Vegas Torres]. Su capacidad y legitimación –al igual que en el caso de la parte civil activa– se rige por las reglas comunes del derecho civil y el derecho procesal civil, ostentando toda la capacidad de actuación procesal para defenderse de la pretensión de resarcimiento. La acción civil, en cuanto acción de carácter privado, solo se puede solicitar en el proceso a instancias de quien es su titular, para lo cual además tiene que existir un tal proceso en curso [Creus]. Se requiere de una solicitud expresa, debidamente fundamentada, para la incorporación de los responsables civiles distintos del imputado.

En la inmensa generalidad de los casos se confunde el rol de imputado con el del responsable civil, pues, en la medida en que los daños surgen como consecuencia de la comisión de un delito, su autor es responsable simultáneamente en la esfera del derecho penal y del civil de daños. Así lo estipula el artículo 92 CP.

Responsable civil directo es, entonces, **(i)** el imputado: autor o partícipe del hecho punible que ha generado un daño resarcible –la acción de reparar el daño alcanza solidariamente a todos los responsables del hecho punible (artículo 95 CP), sin perjuicio de la acción de repetición que pueda realizar quien pagó el íntegro de la reparación civil frente a los otros responsables (artículo 1983 del Código Civil)–. También tendrá este carácter, aunque no es autor o partícipe del delito, todo aquel que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito: **(ii)** las empresas de seguro y hasta el límite del convenio por los hechos del

autor (artículo 113.3 CPP) [VEGAS TORRES], así como **(iii)** la persona jurídica en los supuestos del artículo 104 CP.

Respecto de las empresas de seguros, el llamamiento puede realizarse tanto por el damnificado como por el propio imputado. No puede traerse a juicio al asegurador si el proceso no se ha incoado contra el asegurado, y tampoco puede continuarse la acción contra el asegurador si se ha desistido de la demanda contra el asegurado. La acción que el damnificado –o, en su caso, el fiscal– dirige contra el asegurador es directa y, como tal, le confiere la calidad de parte procesal, en tanto garante del cumplimiento de la obligación resarcitoria debida por el asegurado, dentro del límite pacto en el contrato de seguro [LOUTAYF/COSTAS].

2. El tercero civil responsable

También es responsable, siempre solidario, por los daños cometidos por los autores y partícipes del hecho punible aquel que, según el derecho civil, deba serlo (artículo 95 CP). Es el responsable civil indirecto –junto con el responsable civil directo: imputado y compañía de seguro, desde un enfoque sustancial, son civilmente demandados–. La base de esta afirmación se encuentra en la responsabilidad aquiliana: la persona jurídica respecto del funcionario o dependiente, los supuestos de culpa civil *in vigilando, in eligiendo o in educando* –al elegir a los dependientes o al supervisar su actuación–, en relación a los hechos de personas que se encuentran bajo su guardia, custodia o que mantienen una determinada relación jurídica con un tercero.

Para la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria se requiere de la presencia de dos requisitos: **(i)** Que el infractor penal y el presunto responsable civil subsidiario estén ligados por una relación jurídica o de hecho, por un vínculo, en virtud del cual el responsable penal principal se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenta con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario o indirecto. **(ii)** Que el delito que genera una y otra responsabilidad –directa o subsidiaria– se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, tarea o cometido confiados al infractor penal, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación [FERREIRO].

Le corresponde resistir la pretensión reintegradora patrimonial hecha valer en el proceso penal –que se funda en el hecho incriminado y no en un hecho distinto ni en cualquier otra relación de derecho civil–, sea por el damnificado

constituido en parte civil o, en su defecto, por el Ministerio Público. Se ubica, así –al igual que la empresa de seguro–, al lado del imputado y en cierto modo en consorcio con él, como demandados, si contra ambos se dirige la pretensión privada [Clariá].

3. Incorporación como parte del responsable civil

En tanto en cuanto concurran, *prima facie*, los supuestos previstos en el Código Civil –criterios de imputación del derecho civil– (rige el Código Penal, en tanto norma específica, respecto de la persona jurídica), el responsable civil, directo o indirecto –que puede ser persona natural o jurídica– debe ser emplazado e incorporado al proceso, a instancia del fiscal o del actor civil. Será tanto, como ha quedado expuesto, el tercero civil como el responsable civil directo no imputado. El vínculo que existe es de solidaridad pasiva, salvo el caso especialísimo de la persona jurídica en los supuestos del artículo 104 CP, que tiene un carácter subsidiario.

La legitimación activa la ostentan el fiscal o el actor civil. Ellos formularán un requerimiento o solicitud motivada. Podrá presentarse luego de la expedición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta antes de dar por conclusa la investigación preparatoria. Como requisitos formales de la solicitud se exigen nombre y domicilio del emplazado, relación de los hechos, fundamentación legal. La fundamentación del *petitum* y de la *causa petendi* debe formularse en debida forma. Se debe cuidar de precisar el vínculo jurídico, de derecho civil, con el imputado. Ahora bien, como se trata de una cuestión civil la pretensión puede dirigirse no necesariamente contra todos, sino contra uno de ellos.

El procedimiento de incorporación es el previsto en el artículo 8 CPP. Se requiere audiencia con asistencia de las partes y del tercero civil emplazado (artículo 91 CPP).

4. Procedimiento ulterior

Emitido el auto de incorporación del responsable civil, adquiere la condición procesal de parte al igual que el actor civil. Por tanto, se le notificará para que intervenga en el proceso, con copia del requerimiento y conocimiento del fiscal para que le otorgue la intervención respectiva. Solo es apelable el auto que deniegue el pedido de constitución en parte pasiva al tercero civil (artículo 112.3 CPP).

Si es legalmente llamado y no comparece, será también parte y el proceso se le seguirá en rebeldía sin necesidad de declaración formal alguna [CLARIÁ].

5. Derechos y garantías

Para la defensa de sus derechos e intereses legítimos patrimoniales, el responsable civil tiene poderes equivalentes al del imputado; ostenta, por ello, legitimación originaria para defenderse y actuar en el proceso penal (artículo 113.1 CPP). Empero, la falta de personación o rebeldía no importa la declaración de contumacia ni la suspensión del juicio. Basta la correcta notificación. La sentencia condenatoria, emitido el auto de incorporación y notificado correctamente, puede comprenderla y deberá someterse a los efectos indemnizatorios fijados en ella (artículo 113.2 CPP).

El asegurador, como la ley le impone el cumplimiento de la reparación civil según los riesgos cubiertos en el contrato de seguro, está autorizado a ejercitar ampliamente su derecho de defensa. Puede interponer todo tipo de defensas, resultantes o no del contrato de seguro, salvo las nacidas luego del siniestro. Estas pueden estar vinculadas tanto **(i)** al hecho causante de la responsabilidad –existencia del hecho, responsabilidad civil del imputado o tercero civilmente demandado, la extensión del daño, el monto de la condena, etcétera– como **(ii)** a las resultantes del contrato de seguro –oponer la falta de pago oportuna de la prima por el asegurado, la suspensión o la no cobertura del reclamo, la exclusión del riesgo, etcétera– [LOUTAYF/COSTAS].

V. AUDIENCIAS Y SU CLASIFICACIÓN

Dentro de la institución de los actos o actuaciones procesales y en armonía con los principios procedimentales de oralidad, inmediación, concentración y publicidad, se tiene la necesidad de realización de audiencias, desde luego bajo la conducción material del juez. El reproche penal y las incidencias del proceso se discuten en forma oral –la audiencia es imprescindible tratándose de actuaciones que tengan por finalidad la emisión de sentencias o autos equivalentes, y necesaria, si la ley lo determina, en los demás casos (vid.: artículo 123 CPP)–. Impuesta la audiencia como paso previo a la decisión judicial, no solo rige el principio de oralidad, también los de inmediación, concentración y publicidad en cuya virtud el fiscal y las demás partes, aunque obligatoriamente sus defensores, deben estar presentes e intervenir activamente en la presentación del punto objeto del debate,

en la actuación de la prueba –si correspondiera– y en la alegación oral sobre lo debatido.

La audiencia se define como aquel acto con relevancia jurídica de carácter complejo que se produce en el seno del proceso (y, excepcionalmente, antes de producirse su incoación), en el que intervienen las partes procesales –y, eventualmente, otros participantes procesales, como los órganos de prueba–, donde se producen los actos de presentación del punto o tema objeto de la diligencia, de ejecución de las pruebas, de alegatos sobre el material probatorio ella o sobre el punto materia de debate, y de decisión tras la culminación de la fase de alegaciones –en algunos casos la resolución será necesariamente oral e inmediata en la misma audiencia (v.gr.: artículo 271.2 CPP, referida a la prisión preventiva); y, en otros, la resolución será escrita y se emitirá en el plazo legalmente previsto por la disposición legal correspondiente (es la regla general, y tienen como eje regulatorio los artículos 8.4 –norma clave de las audiencias preparatorias–, 392.2, 420.7, 432.4 y 443.5 CPP).

En nuestro sistema procesal se conocen cuatro clases de audiencia, según la etapa procesal en la que tienen lugar. Son las audiencias preparatorias (de la etapa de investigación preparatoria), las audiencias preliminares (de la etapa intermedia), la audiencia principal (del juicio oral, juzgamiento o enjuiciamiento) y las audiencias de impugnación (de apelación, casación y revisión).

De una u otra forma, las audiencias están sujetas a principios procedimentales comunes. Destaca, obviamente, el principio de oralidad: las pruebas personales, las presentaciones del caso o tema debatido –incluso, su propia determinación final, del que los actos escritos son mero anticipo no definitivo del objeto de la diligencia– se ejecutan mediante la palabra hablada, que es la forma de expresión de los sujetos procesales; la decisión del incidente o del caso se decide en forma oral. La presencia personal de las partes y de la prueba, en determinados casos, puede exceptuarse y realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar (inicialmente adoptado en Italia en 1992, para presos y detenidos muy peligrosos, y luego en Francia en 2001: STSE de 5 de octubre de 2006) que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa [Garberí]. La inmediación, en esta lógica, es necesaria –la decisión es la ineludible consecuencia de un debate realizado por las partes en presencia del juez, de suerte que se cumple el principio procesal de contradicción y que quien debe decidir es el juez que intervino en la audiencia–. Lo mismo sucede con el principio

de concentración, en cuya virtud todas las actuaciones de la audiencia deben realizarse, además de forma oral e inmediata, ordenada, concisa y clara; siendo de entender que las partes comenzara sus alegaciones o conclusiones haciendo referencia a los hechos del caso, relevantes para su decisión, según su pretensión, y luego formulara sus fundamentos jurídicos en apoyo a su posición procesal –no es posible, obviamente, que en estas alegaciones se introduzca alteraciones o modificaciones respecto de sus pretensiones– [FUENTES SORIANO]. A esto último es lo que se denomina **"unidad de acto"**, es decir, sin interrupción temporal hasta la terminación de las actividades respectivas [ORTELLS], a lo que contribuye la concisión y claridad de las exposiciones de las partes.

El principio de publicidad es particularmente problemático en las **audiencias preparatorias** –igualmente en las **audiencias preliminares** de la etapa intermedia–. El Código no dice nada al respecto. El artículo I.1 TP CPP solo menciona el derecho a un **juicio público** desarrollado conforme a las reglas que él determina, de suerte que hace mención a las **audiencias principales**, de enjuiciamiento. El punto en debate es el artículo 324 CPP que establece la reserva de la investigación, en cuya virtud de las actuaciones que se realizan en la etapa de investigación preparatoria solo podrán enterarse las partes de manera directa o través de sus abogados –es lo que se denomina secreto externo de la investigación preparatoria–.

La solución a este conflicto se resuelve de conformidad con el **principio de proporcionalidad**. Recuérdese que el artículo 139.4 de la Constitución estatuye como garantía jurisdiccional la **publicidad de los procesos** y que su limitación solo puede ser establecida mediante una disposición con rango de ley. La publicidad surgió como garantía frente a la arbitrariedad judicial y como mecanismo para fundar una mayor confianza en la impartición de justicia [ARMENTA], pero que se predica de otras fases procesales, no de la investigación preparatoria (STCE 62/1982, de 15 de octubre)–. Tratándose de la investigación preparatoria, ésta se justifica, no tanto en función al conocimiento de las partes de lo sucedido en la investigación, que se integra con la garantía de defensa procesal (STCE 176/1988, de 4 de octubre), sino en la necesidad de asegurar el éxito de la investigación [GIMENO]; esto es, de evitar filtraciones a terceros de las actuaciones investigativas [CALDERÓN – CHOCLÁN], que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba (STSE 779/2008, de 21 de noviembre). Por tanto, más allá de las prohibiciones que para el juicio oral recoge la Ley Procesal (artículo 357 CPP), que por razones obvias son aplicables al presente caso, siempre deberá tomarse en cuenta si una audiencia pública, en la que se discuta algún punto trascendente de la causa, puede o no

perjudicar el éxito de la investigación, es decir, provocar la fuga o la perturbación de las fuentes de prueba. Por tanto, si este riesgo no es relevante, la audiencia será pública –la relación entre publicidad y reserva es de regla/excepción, por lo que su contenido y extensión debe interpretarse restrictivamente [Armenta]–.

Un requisito subjetivo de la audiencia es la presencia de las partes. Éstas han de tener capacidad –tanto para ser parte como de actuación procesal–, legitimación –especial relación con el punto materia de discusión en la audiencia, con el objeto de la misma–, y postulación –la necesaria asistencia de Abogado– [Asencio Mellado]. En el caso del defensor y en relación a su posible inasistencia se hace una clasificación de las audiencias en aplazables e inaplazables, a los efectos de su reemplazo, otorgando un plazo mínimo al imputado o haciéndolo inmediatamente por un defensor que en ese acto designe el imputado y esté presente o por el defensor público. Estas últimas son seis, y están taxativamente identificadas en el artículo 85.2 in fine reformado CPP: audiencias preparatorias de prisión preventiva (artículo 271); audiencias preliminares de control de sobreseimiento (artículo 345); audiencias preliminares de control de acusación (artículo 351); audiencias principales de enjuiciamiento (artículo 367); audiencias únicas de incoación del proceso inmediato (artículo 447); y, audiencias únicas de juicio inmediato (artículo 448).

PARTE CUARTA

ACCIÓN PENAL, ACCIÓN CIVIL Y OBJETO PROCESAL

LECCIÓN NOVENA

ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL

I. ACCIÓN PENAL

1. Aspectos generales

1.1. Concepto

La acción penal, reconocida por el artículo 1 CPP, es considerada por la Ley Procesal como un poder jurídico público [De La Oliva] que impone el derecho constitucional y cuyo ejercicio regula el derecho procesal [Vélez Mariconde], que se ejercita a través del Ministerio Público o del ofendido por el delito, quien pone en conocimiento al juez la incoación de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 459 CPP) o una noticia criminal, a partir de la cual este, **(i)** o registra la inculpación y nace la posibilidad de control o jurisdicción preventiva o de garantía, **(ii)** o dicta una resolución motivada y fundada sobre su admisión o sobre la finalización del proceso penal.

En sede penal, a diferencia de la acción civil, únicamente puede hablarse de acción como poder y solo en sentido abstracto [Carnelutti]. El poder jurídico de acción importa, en su inicio, provocar la formación del proceso y, luego, de mantenerlo vivo a fin de que quien lo ostenta pueda ser y actuar como parte acusadora. La acción va dirigida al órgano jurisdiccional para que en nombre y como representante del Estado sancione el acto delictivo. Además, la acción como poder jurídico es autónoma, es decir distinta del derecho de penar que al Estado corresponde [Alcalá Zamora].

1.2 Alcance

Este poder jurídico será un derecho deber en el caso del Ministerio Público (artículo 1.1 CPP), íntimamente relacionado con sus funciones públicas. La Fiscalía debe ejercer la acción penal ante la sospecha razonable de la comisión de

un delito público (artículo 329.1 CPP), dada su especial misión de defender la legalidad (artículo 159.1 Constitución), aunque más que un derecho se trata de una obligación que gravita sobre los miembros del Ministerio Público de defender a la sociedad, a la víctima y al principio de legalidad.

Será un derecho en el caso del directamente ofendido en los delitos privados (artículo 1.1 CPP), que se ejerce a través de la querella –derecho subjetivo disponible– (artículo 459.1 CPP). Este derecho potestativo está informado por el principio de oportunidad, al otorgar al ofendido un derecho a la no perseguibilidad del delito. Es una cualidad personal e intransferible. Solo el ofendido por el delito puede erigirse en parte acusadora y, a la vez, apartarse del proceso que inició (artículos 78.3 CP y 464.2 CPP), así como, en su caso, provocar la extinción de la responsabilidad penal declarada judicialmente mediante el perdón (artículo 85.4 CP).

La ciudadanía no tiene un derecho de acción penal; los ciudadanos no son sujetos de la acción penal. Solo pueden dirigirse al órgano jurisdiccional el Ministerio Público en delitos públicos y el directamente ofendido en los delitos privados. Ello en modo alguno limita el derecho de petición de los ciudadanos para comunicar, vía denuncia, al Ministerio Público –que es una autoridad pública– la comisión de delitos públicos (artículo 326.1 CPP).

El Ministerio Público promueve la acción penal a través de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336 CPP), mientras que el ofendido en los delitos privados lo hace mediante la querella (artículos 1.1 y 459.1 CPP). En ambos casos se comunica al juez de la investigación preparatoria la presunta comisión de un delito y se le atribuye, bajo determinados parámetros legalmente configurados, el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo propio del CPP es que sus presupuestos no están sometidos al control jurisdiccional en el primer supuesto –la concordancia de los citados artículos 3 y 336.3 CPP no da lugar a dudas–, en el caso del Ministerio Público. Tal control, sin embargo, se afirma en el caso del ofendido en delitos privados, en cuya virtud el juez ha de juzgar si el hecho denunciado no constituye delito, si la acción ha prescrito o si versa sobre hechos punibles de acción pública; únicamente si los hechos parecen delictivos y punibles tiene sentido el proceso y la existencia en él de una parte acusadora [DE LA OLIVA].

La regla general es, entonces, que el fiscal –siempre en los delitos públicos– es quien tiene la facultad de promover, por sí mismo, el proceso. Actúa con discrecionalidad técnica: debe discriminar si se encuentra o no ante un hecho que

puede constituir delito para promover la acción o abstenerse de hacerlo [Creus], siempre que aprecie que existen indicios reveladores de su existencia (artículo 336.1 CPP).

Lo expuesto equivale a afirmar que el sistema del ejercicio de la acción penal acogido por el CPP es el de la acusación oficial, con monopolio del Ministerio Público, que solo tolera, por razones político-criminales y de proporcionalidad, la titularidad del ofendido en los delitos privados.

1.3. Contenido

El contenido de la acción penal consiste en provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento, así como de actuar como parte a todo lo largo del proceso. El poder jurídico público de acción no conlleva la exigencia de la obtención de una sentencia de condena con un contenido determinado (teoría concreta de la acción), es solo un mero *ius ut procedatur* –derecho a la jurisdicción–, a que el Estado le conceda protección jurídica. Lo expuesto hace, sin más, que la actividad judicial importe una prestación debida al actor.

El *ius ut procedatur* es diferente del *ius puniendi*, que pertenece al derecho material y que depende solo del acto punible y de las condiciones de la punibilidad. Su contenido se encamina hacia el desarrollo reglado de la actividad jurisdiccional, a que se dicte una resolución judicial sobre el objeto procesal. Esta separación entre ambas nociones hace posible que un imputado sea perseguible pero no punible, y que primero se verifique si existe el poder jurídico de perseguir, y, si este no existe, no debe tenerse en consideración el hecho y su punibilidad [Beling].

El proceso penal es un proceso de selección, a través del cual se van destilando las noticias criminales hasta el punto de hacer llegar al juicio oral tan solo aquellos delitos previamente determinados, con autor conocido y presente en los autos, y con respecto al cual no concurra la evidencia sobre la existencia de alguna causa de extinción o incluso de determinadas de exención de la responsabilidad penal [Gimeno].

2. Modalidad de ejercicio

La titularidad de la promoción de la acción penal la tiene el Ministerio Público en régimen de monopolio en los delitos públicos –aunque es necesario recordar que no siempre fue así, pues históricamente este poder lo ha ejercido el rey, luego el

juez instructor, hasta llegar al Ministerio Público, que recién en la Constitución de 1979 adquirió autonomía constitucional separada del Poder Judicial–. La ejerce de oficio o a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona mediante acción popular –en este caso, como se ha dejado expuesto, se trata de un mero derecho de petición que se insta, y culmina, mediante una denuncia–. Se concreta a través de la emisión de una Disposición, conforme a los artículos 3 y 336 CPP: Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

El ejercicio de la acción es privada, exclusiva o absoluta, en los delitos privados, y se ejerce mediante querella (delitos contra el honor, intimidad, lesiones culposas leves). La legitimación activa corresponde al ofendido, y la forma de ejercicio es mediante la querella. El ofendido es el titular del bien o interés tutelado por la norma penal transgredida, por el sujeto pasivo del delito –el perjudicado, en cambio, es quien sufre en su esfera patrimonial los efectos nocivos de la acción delictuosa, convirtiéndose en acreedor o titular de la pretensión civil de resarcimiento– (artículo 94.1 CPP). Al agraviado –ofendido o perjudicado– se le debe realizar el denominado ofrecimiento de acciones, según el artículo 95.2 CPP.

En estos casos el Estado no se limita a conceder al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino que le acuerda un derecho que condiciona y enerva por completo la potestad pública. La acción procesal le es concedida porque es el único medio de hacer valer el derecho sustancial que la ley le confiere: el derecho de provocar la represión con exclusión de otra persona [VÉLEZ MARICONDE].

La acción penal privada puede ser también "relativa o no exclusiva". Surge de la comisión de un delito semipúblico, en cuyo caso el monopolio del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal. A diferencia de los delitos privados, el ofendido no goza de la disponibilidad de la pretensión penal, pues solo el Ministerio Público está legitimado para sostenerla (artículo 1.3 CPP). El Código Penal solo reconoce los delitos semipúblicos puros, no los semipúblicos con interés privado [GIMENO].

En estricto derecho, en los delitos semipúblicos el ofendido no tiene propiamente el ejercicio de la acción penal, sino una facultad preprocesal, anterior al proceso y también sustantiva, que es la facultad de provocar la promoción de la acción penal. El ofendido juzga sobre la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal; la ley deja a su arbitrio la apreciación de los intereses familiares y

sociales que pueden estar en pugna; le acuerda la facultad de instar la promoción de la acción, no la promoción misma [Vélez Mariconde].

3. Principios informativos

Tres principios son fundamentales: oficialidad, legalidad e irrenunciabilidad. El primero responde a la pregunta: ¿quién persigue el delito? El segundo ¿bajó qué regulaciones se produce la persecución del delito? El tercero ¿es posible poner fin anticipadamente a la acción penal?

A. **Principio oficial.** La persecución penal constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público. No es necesario que una persona, natural o jurídica, lo impulse [Baumann]. Según el artículo 159.5 de la Constitución, la persecución penal corresponde al Ministerio Público. Hay dos limitaciones y una excepción [Gómez Colomer]: **1.** Delitos semipúblicos; **2.** Delitos cometidos con ocasión de la función pública cometidos por altos dignatarios; **3.** Delitos privados, como excepción.

B. **Principio de legalidad u obligatoriedad.** Es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, mediante el cual la Fiscalía está obligada a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista caracteres de delito [Gómez Orbaneja], siempre que existan concretos indicios fácticos de un hecho punible [Tiedemann], es decir, cuando lo considere procedente. Este principio está asegurado por el procedimiento para forzar la acusación (artículo 346.1 CPP) y por la amenaza penal del artículo 404 CP que sanciona el delito de encubrimiento personal [Roxin]. Son remedios que articula la ley para evitar el error del fiscal y garantizar la vigencia de la legalidad penal y procesal penal.

C. **Principio de irrenunciabilidad.** Este principio determina que la acción penal, una vez promovida, debía continuar necesariamente hasta alcanzar su fin por los medios procesales establecidos, sin la posibilidad de hacerlo cesar anticipadamente o por vías alternas. Este principio en la actualidad ha perdido vigor a raíz de que, bajo el principio acusatorio, el fiscal puede proponer terminar anticipadamente el proceso penal (artículo 468 y siguientes del CPP), o bajo criterios de oportunidad (artículo 2 del CPP), no formalizar el inicio del proceso penal. En suma, es posible, aunque en reglados supuestos –cada vez más numerosos– que el Estado renuncie al ejercio de la acción penal una vez iniciada.

4. Características

El ejercicio de la acción penal es, siempre, de carácter público, no solo porque expresa un deber constitucional –Ministerio Público– y un derecho a la tutela jurisdiccional –ofendido o querellante particular–, sino porque obliga al Poder Judicial a garantizar un proceso debido y dictar una resolución definitiva que decida sobre la pretensión deducida con arreglo al derecho objetivo.

Tratándose de delitos públicos, la acción penal es indivisible e irrevocable. La indivisibilidad de la acción penal significa que alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. La irrevocabilidad de la acción penal significa que el órgano actor no tiene facultad para desistir; iniciado el proceso, no tiene más que un fin: la sentencia [FLORIÁN]. En los delitos privados y en las faltas se permite desistimiento y transacción, lo que importa la extinción de la acción penal (artículo 78, § 1, CP).

La acción penal se extingue, según el artículo 78 CP, en casos de muerte del imputado, prescripción, amnistía y cosa juzgada. La extinción importa la autolimitación de su potestad punitiva [VILLA STEIN], en consecuencia, impiden el inicio o la prosecución del proceso penal [GARCÍA CAVERO].

5. Las causales de extinción de la acción penal y los presupuestos procesales

5.1. Interrelación entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal

El artículo 78 del CP regula, como señala su enunciado normativo, las causales de extinción de la acción penal –dice "acción penal", no "delito", de suerte que, como apunta García Cavero, su tenor [u orientación] procesal es obvio–. Este precepto menciona expresamente cinco supuestos: muerte del imputado, prescripción, amnistía, derecho de gracia y cosa juzgada –en función a todos los delitos–, así como otros dos supuestos: desistimiento y transacción –en el caso de los llamados "delitos privados"–. Desde tal perspectiva, el artículo 6 del CPP incorpora como excepciones la cosa juzgada, la amnistía y la prescripción; asimismo, el artículo 4 del CPP reconoce la cuestión previa para denunciar la omisión de un requisito de procedibilidad, que exige, por ejemplo, la querella en delitos privados, la aquiescencia de la víctima en delitos semipúblicos, el informe de la autoridad en determinados delitos (ambientales, financieros, etc.), la autorización parlamentaria en delitos cometidos por congresistas y otros altos funcionarios públicos: acusación constitucional e inmunidad. La vigencia

de la jurisdicción peruana –la extraterritorialidad–, como presupuesto procesal vinculado al órgano jurisdiccional, se plantea propiamente, atento a lo señalado por Gómez Colomer, como una cuestión de competencia atípica.

La doctrina no es conteste en el entendimiento de los denominados "presupuestos de la punibilidad" y "presupuestos procesales", y en su adscripción, en función a la identificación de cada concreta institución, al derecho penal o al derecho procesal penal. La razón de la diferencia reside en determinar si se trata de categorías referentes a la cuestión de la culpabilidad (expresión entendida en sentido anglosajón o procesal) —referida a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad– y de la pena –otras condiciones o causas de exclusión de la punibilidad–, en cuyo caso corresponderá al derecho penal material [Volk]. Todo aquello que no está comprendido en estas categorías, se puede entender como **presupuestos procesales** –dicen Roxin/Schünemann–; de ellos depende la admisibilidad de todo el proceso o ciertas etapas del proceso, es decir, obstaculizan o impiden la persecución penal. Aunque, siempre es del caso reconocer que, de uno u otro modo, en ambos casos se incide en la cuestión de la pena y en valoraciones político-criminales.

Los **presupuestos de la punibilidad**, explica Stratenwerth, condicionan la necesidad de protección del orden social –más allá de la realización culpable del delito–; la punibilidad, apuntan Berdugo–Arroyo y otros, es un nuevo eslabón en la teoría del delito, que se caracteriza por limitar la intervención penal sobre la base de perseguir determinados objetivos de política criminal, de suerte que al merecimiento de pena se agrega la **necesidad de pena**. Y, los **presupuestos de la procedibilidad**, como puntualiza Cuello Contreras, engloban todos aquellos supuestos en los que, por razones de economía procesal (en el sentido de razones situadas más allá de los bienes penalmente protegidos en concreto), no conviene que la maquinaria procesal se ponga en marcha.

Existen, aclara Stratenwerth, soluciones penales y procesales para los delitos de bagatela (artículo 68 CP: exención de pena, y artículo 2 CPP: principio de oportunidad). En estos casos, revela Roxin, el legislador, mediante disposiciones meramente facultativas, dejó en manos del fiscal y, excepcionalmente, del juez mayor libertad para decidir la no represión del injusto culpable, pues no quiso recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena.

Como esta técnica, insiste Stratenwerth, no siempre es suficiente en razón de variadas circunstancias adicionales del caso particular, se reconocen en el derecho penal sustantivo otras tres categorías: **(i) condiciones objetivas de punibilidad** (por

ejemplo, requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido, artículo 215 in fine CP), **(ii) causas personales de exclusión de la pena** (v.gr.: expresiones injuriantes de un congresista y delitos patrimoniales de parientes: artículo 93, párrafo 2, de la Constitución y artículo 208 del CP), y **(iii)** causas de eliminación de la pena (por ejemplo, impunidad por desistimiento voluntario: artículo 18 CP).

De todas ellas depende el derecho de penar del Estado –pertenecen, en términos de GALLAS y SCHMIDHÄUSER, al **complejo o situación del hecho** y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídico-penal–, por lo que es de rigor distinguirlas de las **condiciones de la persecución penal** (o condiciones de perseguibilidad), que atañen solamente a la admisibilidad del proceso penal –a sucesos que están situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho–, lo que desde luego no significa que al estar referidas también a la pena son ajenas al derecho procesal. Por consiguiente, como postula Roxin, "*...las circunstancias que excluyen la pena y que por su falta de vinculación con el complejo del hecho no están sujetas a la prohibición de retroactividad* [artículo 103 de la Constitución], *o cuya apreciación se encomienda al arbitrio de las autoridades encargadas de la persecución penal sin vinculación a la determinación legal, pertenecen al Derecho procesal*".

5.2. Legislación nacional

En el CPP se conciben, desde una estimación **procesal**, los puros presupuestos de la persecución penal, que son **(i)** la cuestión de competencia para la denuncia de la falta de jurisdicción peruana por incumplimiento de las disposiciones de los artículos 1 al 4 del CP, **(ii)** la falta de autorización de la autoridad administrativa o política –para jueces y fiscales: decisión del Fiscal de la Nación; y, en los delitos contra los derechos de autor, delitos ambientales, delitos contra funcionarios del sistema financiero y delitos contra la formalización de la propiedad: informe de la autoridad técnica–, **(iii)** la falta de autorización de la víctima en delitos semipúblicos (corrupción al interior de órganos privados) y la falta de querella en los delitos privados (lesiones culposas leves, contra el honor, contra la intimidad, lesiones culposas leves y corrupción privada), (iv) la muerte del imputado, y **(v)** la cosa juzgada.

Desde una consideración **material**, ya como presupuestos de la punibilidad, por integrar mayormente el **complejo del hecho**, lo que justifica su tratamiento en el Código Penal, son **(i)** la prescripción [con reservas] y **(ii)** la amnistía –**el derecho de gracia**, incluida como tal por el artículo 118.21 de la Constitución como una atribución del Presidente de la República, al lado del indulto y de la

conmutación de penas, por incidir en razones distintas del complejo del hecho, es de configurarla como un presupuesto de la persecución penal–, aunque, como manifiesta Jescheck, están ordenadas o dispuestas desde el punto de vista jurídico-procesal, y así lo señala el CPP, como un obstáculo procesal.

II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. Concepto y justificación

El principio de oportunidad es aquel mediante el cual, en aparente contraposición al principio de legalidad –su par dialéctico–, se autoriza al fiscal a optar entre promover el ejercicio de la acción penal o abstenerse de hacerlo, archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito. Permite al fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza [Roxin]. En síntesis, es la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia aun cuando concurran las condiciones ordinarias para perseguir y castigar [Cafferata Nores].

También puede conceptualizarse como la facultad que tienen los órganos de persecución penal, atento a un fundamento que así lo amerite, de no iniciar una investigación formal, de suspenderla, renunciarla, modificarla o de solicitar su extinción sin necesidad de arribar a una sentencia final [Jauchen]. Como se aprecia, el factor de disposición de la acción es la nota característica de esta institución.

El principio de legalidad responde a la idea de retribución: castigo, sin excepción, a todo aquel que violó la ley penal. En cambio, el principio de oportunidad apunta a la idea de prevención: el castigo está asociado a su necesidad social [Gimeno]. Conforme a las teorías relativas, se le atribuye a la pena una utilidad social y una justificación en orden a una finalidad preventiva. En consecuencia, su función esencial es evitar la comisión de delitos, en la medida en que se le reconoce un efecto disuasivo tanto respecto a terceros como al propio delincuente, evitando que reincida [Hurtado Pozo].

El principio de oportunidad, sin embargo, ha de conjugarse con el pleno respeto de dos principios esenciales en un Estado constitucional: el principio de

igualdad y el principio de proporcionalidad [LÓPEZ BARJA]. En tal virtud, en un caso concreto es posible renunciar al castigo estatal cuando los motivos de prevención o el interés público no lo exigen, al amparo de una decisión razonable, uniforme y previsible, distante de cualquier arbitrariedad. El artículo 159 de la Constitución –promoción del interés público tutelado por la ley– autoriza restricciones al principio de legalidad, así, por ejemplo, configurar el interés público desde el derecho del imputado a obtener una más expeditiva resocialización, y de la víctima, estimulando una pronta reparación, previa conformidad negociada.

En atención a lo expuesto, la nota característica de su aplicación es la excepcionalidad, lo cual no quiere decir que solo en pocos casos se aplicará el principio de oportunidad, sino que deberá hacerse en los casos que se ajusten a la ley y pueda sustentarse en uno o más fundamentos de utilidad objetiva, que hagan razonable aplicar un criterio de oportunidad, lo que debe explicarse detalladamente en la disposición fiscal [ANGULO ARANA].

2. El artículo 2 CPP

El principio de oportunidad está contemplado en la ley procesal –el artículo 2 del CPP ha sido modificado por la Ley n.° 30076 de 19-08-13 y se encuentra vigente en todo el territorio peruano–, lo que constituye su presupuesto previo y básico. El modelo nacional se ha inclinado por un principio de oportunidad reglado en oposición al discrecional. Se articula a través de un catálogo cerrado, más o menos amplio, de supuestos en los que el Ministerio Público está facultado para dejar de ejercitar la acción penal. Además, tiene un carácter discrecional, aunque jurídicamente vinculado, en cuanto puede articularse si se dan los requisitos que la ley prevé. Su aplicación puede instarse de oficio por la propia Fiscalía o por pedido del imputado. La progresión del procedimiento para aplicar el principio de oportunidad, en todo caso, está sujeto al consentimiento del imputado; su renuncia en cualquier momento del trámite, antes que se haya dictado la respectiva disposición fiscal, impide su continuación.

2.1. Criterios de oportunidad

El citado artículo reconoce dos grandes grupos de expresión del principio de oportunidad: **1.** Por razones de pena natural –falta de necesidad de pena– y de insignificancia o de interés disminuido en la persecución penal –falta de merecimiento de pena–, inspirados en el modelo germano. **2.** Por acuerdo reparatorio.

2.1.1. Primer grupo

A. Falta de necesidad de pena. El agente se ha visto afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta innecesaria –pena natural–. Como el imputado se ha castigado a sí mismo al sufrir las graves consecuencias de su delito, la pena no resulta necesaria. A final de cuentas, la pena que podría imponerse por el hecho en cuestión sería siempre menor o irrelevante al daño que efectivamente ya se ha sufrido el autor del delito, de suerte que esta no cumpliría sus fines [Sánchez Velarde]. El CPP ha fijado un límite objetivo, con base en el principio de proporcionalidad: el delito no debe ser reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Se trata, en este caso, de un principio de oportunidad "puro", pues cuando es declarado por la Fiscalía no existen condiciones que el imputado deba cumplir.

B. Falta de merecimiento de pena. Presenta dos supuestos: delitos bagatela y mínima culpabilidad –*minimis non curat praetor*–. Se atiende a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad, en concordancia con la falta de interés público en la persecución, siempre que el imputado repare el daño ocasionado –la reparación integral a la víctima entendida ampliamente es, pues, un presupuesto indispensable para la viabilidad de la renuncia a la pena y al proceso–. Se considera, por un lado, aquellos hechos típicos cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia; y, de otro, aquellas formas de realización insignificante de delitos que merecen ser desviadas a otras formas de control social [López Masle].

(i) La **escasa lesividad** del delito perpetrado tiene como referencia su consideración de menor importancia debido a la valoración punitiva que de él ha hecho el legislador. En todo caso lo bagatelario del delito se concreta en dos límites objetivos. En primer lugar, debe tratarse de infracciones punibles cuya sanción en su extremo mínimo no sea superior a dos años de pena privativa de libertad. En segundo lugar, están excluidos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

(ii) El **interés público** si bien es un concepto jurídico indeterminado, requiere de una concreción jurídica, que no puede lesionar los valores constitucionales en juego. Desde la prevención especial el interés

público estará presente cuando, sin la sanción, se puede esperar que el sujeto vuelva a cometer otros delitos, siendo alguno de sus indicadores los antecedentes penales, la convicción hostil del sujeto frente a la sociedad o el desconocimiento consciente de la autoridad. Desde la prevención general será del caso tener en cuenta la defensa material del ordenamiento jurídico, el significado del bien jurídico lesionado, la necesidad de prevenir hechos punibles y del reforzamiento del sentido de seguridad de la población, el interés de la generalidad en la aclaración del fondo criminógeno del hecho concreto y la posición del perjudicado en la vida pública. Otras circunstancias que pueden decaer el interés público serían el tiempo considerable transcurrido entre la comisión del hecho y su esclarecimiento, así como una duración extraordinaria e injustificada y perjudicial para el procesado. Por el contrario, afirmaría el interés público la comisión constante de la misma clase de delitos [PERDOMO TORRES].

(iii) La **mínima culpabilidad** se objetiva en todos aquellos supuestos de exención incompleta de responsabilidad penal (artículos 14, 15, 21, 22 y 25 CP), unidos a la ausencia de interés público en la persecución, siempre que el delito no esté conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o se cometa por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Este primer grupo de supuestos o criterios de oportunidad configuran lo que se denomina: principio de oportunidad "bajo condición", por cuanto la abstención de la promoción de la acción penal permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones. Estas consisten en la reparación de los daños y perjuicios ocasionados –consolidados a partir de una disposición de la Fiscalía o de un acuerdo con la víctima–. Su incumplimiento determina la inculpación formal.

El procedimiento para garantizar la satisfacción del interés de la víctima se insta de oficio o a pedido de parte. Importa la citación de ambas partes, salvo que exista acuerdo previo notarial. El objetivo es llegar a un acuerdo, pero si no es posible, el fiscal fijará la reparación que corresponda, así como determinará el plazo de su cumplimiento, que no excederá de nueve meses. Si el imputado no cumple con satisfacer la reparación, se instará la acción penal. Visto en este marco, el principio de oportunidad se concibe como un archivo de las actuaciones por la falta de importancia del conflicto penal en cuestión [LLOBET], en cuyo caso se trata de una medida exclusivamente fiscal, sin intervención del órgano jurisdiccional.

Distinta será la solución si la supresión del interés público demanda un pago adicional a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de reglas de conducta del artículo 64 CP. El archivo por oportunidad será decretado, a instancia del fiscal, por el juez de la investigación preparatoria, que resolverá previa audiencia. La intervención del citado juez también se produce, en uno u otro caso, cuando ya se formuló acusación fiscal y sea del caso renunciar al recurso de la pena (artículo 350.1e CPP).

En todos los casos en que corresponda decidir al juez de la investigación preparatoria, la amplitud del control que le corresponde está en función a un estricto juicio de legalidad sobre los requisitos que condicionan el ejercicio de este poder discrecional al Ministerio Público, a quien la Constitución le reserva la titularidad del ejercicio de la acción penal, tales como las características y peculiaridades de los delitos susceptibles de renuncia, así como los supuestos legales, bajo pautas de razonabilidad –que no incluyen el reemplazo del criterio del fiscal–, que determinan la presencia de interés público, de grave afectación al agente por las consecuencias de su delito y de mínima culpabilidad [Bovino].

2.1.2. Segundo grupo

Es el acuerdo reparatorio, en cuya virtud se excluye el proceso y la aplicación de una pena como consecuencia de este en tanto en cuanto exista acuerdo entre las partes tendente a reparar el daño ocasionado por el delito. El artículo 2.6 CPP identifica taxativamente los trece delitos dolosos que pueden integrarlo, así como incorpora todos los delitos culposos. La referencia a determinados delitos se limita o excepciona cuando estos han afectado a una pluralidad importante de víctimas o cuando los delitos en cuestión concurran con otros delitos, salvo –en este último supuesto– si se tratare de delitos de menor gravedad, o cuando se trata de delitos que afecten bienes jurídicos indisponibles. La ley, por error, menciona, delitos disponibles. Es imperativo, entonces, por coherencia y para cumplir con la finalidad de la ley, llevar a cabo una interpretación correctora.

La iniciación del procedimiento es de oficio o por iniciativa de parte (imputado o víctima). El objetivo es llegar a un acuerdo entre imputado y víctima, que el fiscal estime razonable –por lo que su intervención activa es necesaria–, en cuyo caso dictará la correspondiente Disposición de abstención. La audiencia de acuerdo reparatorio solo puede tener lugar con la concurrencia de imputado y víctima. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el fiscal promoverá la acción penal, es decir, dictará la Disposición de

Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. La inconcurrencia de la víctima no impide este criterio de oportunidad, pues el fiscal, conforme a la concordancia de los apdos. 3 y 6 *in fine* del artículo 2 CPP, puede fijar la reparación que corresponda y que deberá cumplirla el imputado. Es evidente, con arreglo al apdo. 7 *in fine* del artículo 2 CPP, que, si existe un acuerdo privado entre imputado y víctima, en tanto se ha celebrado en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, no será necesaria la audiencia, salvo que el juez, en aras de la defensa del interés público en la reparación integral, considere irrazonable los términos del acuerdo privado.

2.2. Momento procesal

Si bien la sede natural del principio de oportunidad son las diligencias preliminares –subfase procesal eventual de la investigación del delito–, en las que el señorío del fiscal sobre el procedimiento penal es absoluto, también puede tener lugar en sede de investigación preliminar formalizada –subfase procesal que se inicia cuando el fiscal ya promovió la acción penal mediante la emisión de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.1 CPP)– según lo autoriza el apdo. 7 del artículo 2 CPP, a partir de la cual el control jurisdiccional sobre el curso de la acción penal es pleno, pues el juez es la única autoridad que puede disponer su archivo o prosecución. El límite es la emisión de la acusación fiscal.

En sede de investigación preparatoria formalizada la resolución judicial de sobreseimiento por oportunidad se dictará previa audiencia, con citación de las partes: fiscal, imputado y agraviado –no se requiere que se constituya en actor civil–. La incoación del trámite judicial de sobreseimiento requiere previa petición del Ministerio Público, y la decisión sobre la misma necesita de la aprobación del imputado. Es claro que se exige la posición favorable del fiscal y del imputado. La presencia del agraviado no condiciona la realización de la audiencia, y su pretensión en modo alguno evita una decisión judicial favorable al sobreseimiento por oportunidad.

El artículo 350.1e CPP, emitida la acusación fiscal, permite que en la etapa intermedia del proceso penal también se pueda solicitar el sobreseimiento por oportunidad. En este caso, el procedimiento será el propio de la audiencia preliminar previsto para controlar la acusación fiscal (artículo 351 CPP); y regirá en lo pertinente las disposiciones de trámite previstas en el artículo 2 CPP, en orden a la concurrencia o inconcurrencia de las partes. Es obvio que, en este supuesto,

como el fiscal es el titular de la acción penal, fuera de los casos del artículo 68 CP –que sin duda es un supuesto de oportunidad, de exención de la pena, que el juez puede aplicar *ex officio*–, es imperativa la aceptación del fiscal, en tanto la oportunidad pertenece al campo de actuación privativa del Ministerio Público, titular de la acción penal.

Como ya se ha puntualizado, cuando sea menester la decisión judicial para suprimir el interés público en la persecución, el juez de la investigación preparatoria, previa audiencia –con citación de las partes y del agraviado–, y a pedido del fiscal y anuencia del imputado, decidirá lo pertinente, y de ser el caso dictará auto de sobreseimiento por oportunidad (artículo 2.5 CPP).

III. ACCIÓN CIVIL EX DELICTO

1. Concepto

Es ejercida en el proceso penal con el fin de obtener una reparación del daño causado por la comisión de un delito (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 25). El delito es una especie de acto ilícito. La conducta que la ley penal califica de delito es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados [Gómez Orbaneja/Herce Quemada]. La causa de la acción civil –definida la acción, en este caso, como derechos subjetivos públicos a obtener una tutela jurisdiccional, que no participa del contenido ni de los principios de la acción penal [Riefá/Richard/Riaño]– es el daño que emana del hecho delictivo, que puede ser objeto del proceso penal y está vinculada al objeto esencial y principal –el hecho punible– por una conexión heterogénea. El derecho a la acción civil, que nace de la sospecha de la comisión de un delito, se circunscribe a aquella conducta que ha causado injustas consecuencias negativas o daños y perjuicios– [De La Oliva].

La acción, en rigor, no *es ex delicto, sino ex damno*. La Corte Suprema ha establecido que "en nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido este como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al daño emergente y el lucro cesante, y daños extrapatrimoniales al daño moral y al daño de la persona" (Casación Civil n.° 12-2000/Lima Norte. *El Peruano*, 25-08-00). En esa línea, cierto sector de la doctrina indica que la propia denominación legal *ex delicto* sería incorrecta, pues, evidentemente, el fundamento de esta responsabilidad civil no radicaría

en el delito en sí, sino, como ocurre en general, en un daño [SILVA SÁNCHEZ]. Conforme a lo expuesto, no cabe duda que del delito o falta puede nacer también una pretensión civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible [PÉREZ/FERREIRO/PIÑOL/SEOANE].

Las normas que la disciplinan gozan de naturaleza civil, no penal, cualquiera que sea la ley en la que se contemplen sus disposiciones. La acción civil es independiente de la penal –aunque los hechos históricos coincidan en parte en su decurso natural, que no jurídico–, esa independencia es la que supone que la legitimación se establezca en atención a la acción ejercitada. Así, por ejemplo, la inexistencia del delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la de la acción civil.

De otro lado, que un hecho no sea delictivo carece de trascendencia a efectos de resolver sobre la responsabilidad civil, pues esta no depende de la calificación del delito, sino de la efectiva producción de un daño reparable en sentido amplio. El juez civil no queda vinculado por la decisión penal en caso alguno, pues sería imposible hablar de litispendencia o congruencia ante pretensiones que se identifican con elementos dispares por causa de los principios que las informan. Ni siquiera los hechos declarados probados en una sentencia penal vinculan al juez civil, ya que los principios que rigen la prueba son diferentes [ASENCIO].

El CPP se afilia al sistema francés, en principio de obligatoria competencia adhesiva civil del juez penal. Una de las finalidades de la investigación preparatoria es, precisamente, determinar "la existencia del daño causado" (artículo 321.1 CPP). La acumulación, salvo renuncia o reserva del perjudicado para acudir al juez civil, se expresa en que la acción civil se promueve o ejerce ante el orden jurisdiccional penal (artículo 92 CP). Esta consideración (artículo 12.1 CPP) origina la prevalencia de la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de las consecuencias dañosas del ilícito civil derivado del delito, mientras estuviese pendiente el proceso penal [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO].

Se produce, además, una acumulación de objetos procesales heterogéneos dentro del proceso penal, en virtud de la conexión (unidad de hecho) que existe entre la responsabilidad penal y la civil [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

La acción civil que se ejercita en el proceso penal es siempre la acción civil reparatoria, que coincide claramente con la acción de responsabilidad extracontractual, que se contrae por actos u omisiones ilícitas, que causen resultados perjudiciales, pero no se extiende a otro tipo de acciones (divorcio, revocación

de la donación, etc.) [De La Oliva]. Así lo contempla el Código Penal (Libro Primero, Parte General, Título VI, Capítulo I: reparación civil, artículos 92-101) y, en especial, el artículo 11.2 CPP. La acción civil resarcitoria, es aquella por medio de la cual el damnificado por el delito –que es objeto de la acción penal que se desenvuelve dentro de un debido proceso– reclama la restitución o reparación del daño que como consecuencia del delito le produjo [Creus].

Nuestro ordenamiento jurídico, en consecuencia, admite tanto el ejercicio conjunto de la acción penal y la civil, como el ejercicio exclusivo de cada una de ellas, por lo que no es de recibo una separación radical entre los fines del proceso penal y el proceso civil. Siempre que del hecho punible se desprendan daños, salvo la expresa reserva o renuncia por el agraviado, el ejercicio de la acción penal –a cargo del Ministerio Público– implica el ejercicio de la acción civil. El proceso penal beneficia considerablemente a la víctima y a su pretensión civil de modo que no se produce una radical escisión entre la articulación de la pretensión punitiva y la resarcitoria. La inclusión de la acción civil en el proceso penal nacional se fundamenta en algo más que en razones de economía procesal, pues fomenta la participación de los ciudadanos en la persecución de los delitos, siempre que se trate de los perjudicados; además, nuestra Ley Procesal Penal autoriza a los ciudadanos, perjudicados o no, en delitos públicos, a formular denuncias ante el Ministerio Público [Sainz-Cantero Caparros].

La Sección II "Acción Civil" –artículos 11-15– del Libro Primero "Disposiciones Generales" CPP, plantea varios cambios significativos en sus seis artículos respecto de la responsabilidad civil y el ejercicio de la acción civil, así como en relación con su tratamiento procesal.

2. Naturaleza de la acción civil *ex delicto*

La acción civil, como ha quedado establecido, es de naturaleza civil –en estricto sentido, privada y patrimonial–, en la medida que el delito o la falta no son el fundamento de la responsabilidad sino el daño ocasionado –entendido como perjuicio particular sobre el patrimonio del perjudicado, en su más amplia acepción material, moral, etc.–.

En esa línea, no hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas dimane de un ilícito civil sin repercusión penal y la otra sea de un hecho calificado como delito o falta por la ley penal. La responsabilidad civil nunca tiene su origen o causa en la comisión de un hecho delictivo y es ajena a esta calificación. Su origen está siempre en una conducta que origina un

daño civil y como tal está prevista en las leyes civiles, aunque los textos penales limiten posteriormente las acciones ejercitables en el proceso penal. Por tal razón, la respuesta judicial a la acción civil nunca lo es de carácter penal, sino civil, la cual consiste en una restitución, en una reparación o en una indemnización. [ASENCIO MELLADO].

La consecuencia jurídico-procesal de esta diferencia –que del delito nunca nace o deriva responsabilidad civil alguna, sino solamente penal– estriba en el hecho de que la resolución de la cuestión civil no está supedita a la emisión de una sentencia condenatoria. Es posible que se imponga una indemnización civil en una sentencia absolutoria (artículo 12.3 del CPP).

Llevando esta lógica más allá, afirmamos que la condena a reparar un daño causado por el delito no requiere la lesión efectiva del bien jurídico tutelado; lo que equivale a decir a que es válida la responsabilidad civil en delitos de peligro, tal como se afirma en el Acuerdo Plenario n.° 6-2006/CJ-116, de 13-10-06 "En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados por intereses individuales concretos– se produce una alteración del ordenamiento jurídico con suficiencia, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal".

En esa línea, es válido también imponer una reparación civil al partícipe de un hecho delictivo, aun cuando el autor no ha sido condenado e incluso que la condena civil sobrepase los límites del injusto penal. En esa línea, la STSE de 1903-94 ha precisado que al condenado penalmente por un delito de amenazas, se le condena también a indemnizar a la víctima por los daños a la salud que derivaron de aquellas amenazas (depresión, ansiedad) y cuya producción, obviamente, no es elemento típico del delito de amenazas.

La acción civil, en primer lugar, es de naturaleza privada porque corresponde al perjudicado y para su interés particular (así lo ha decidido el Acuerdo Plenario n.° 6-2006/CJ-116, de 13-10-06); en segundo lugar, es de índole patrimonial, que se refleja siempre sobre el patrimonio, el cual debe poner en su prístino estado o aun mejorarlo, y, en tercer lugar, tiene un carácter contingente, pues puede surgir en función de que exista daño resarcible [CALDERÓN/CHOCLÁN] y de que el legitimado no quiera ejercitarla [FLORIÁN], aunque respecto de esta última nota es de acotar que el fiscal está obligado a instarla, salvo renuncia o decisión de la víctima de intervenir por su propio derecho al constituirse en acción civil (artículos 11.1 y 98 CPP).

Tiene, asimismo, una naturaleza disponible como cualquier otra acción civil, por lo que su titular puede **(i)** desistirse de su ejercicio –sin perjuicio que se le autoriza a ejercerlo en sede civil (artículo 13 CPP)–, así como **(ii)** transigir, sin que el fiscal pueda oponerse, a cuyo efecto ya no solicitará reparación civil en su acusación –se entiende que si el perjudicado insta la acción civil y se constituye en actor civil cesa esa obligación de solicitar la reparación civil (artículo 14 CPP)–. Por otro lado, el actor civil y, en su caso, el fiscal, tiene el poder jurídico de exigir una sentencia motivada, exhaustiva y congruente, y su régimen ha de ajustarse a las exigencias del principio dispositivo [De la Oliva]. Además, la reparación civil, a mérito de la acción civil ejercitada, en atención a los criterios de imputación propios que la sustentan, puede declararse y fijarse con independencia de la imposición de una pena o medida de seguridad (artículo 12 CPP).

La regla de unidad procesal del objeto penal con el objeto civil tiene mecanismos propios de regulación. El CPP permite desacumulaciones por razones específicas. Así, en los casos que la persecución penal no pueda proseguir, tales como reserva o archivo provisional del proceso o suspensión del mismo, el perjudicado puede hacerla valer en sede civil. En ese caso se excepciona la regla de la litispendencia, consagrada en el artículo 12.1 CPP.

Por otro lado, independiente de las posturas que se sostengan sobre la naturaleza de la responsabilidad *ex delicto*, la acción civil ejercitada en el proceso penal, esta debe correr la suerte que establezca la ley procesal correspondiente. El Código de Procedimientos Penales optó por un sistema de accesoriedad en sentido estricto, de forma que el juez penal solo tenía competencia objetiva para resolver la acción civil en la medida en que se dictara una sentencia condenatoria penal: solo si se condena al autor de los hechos es posible fundar la pretensión civil. Por el contrario, frente a una sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la causa, el perjudicado debía acudir al proceso civil correspondiente a interponer su demanda. Si bien se quiebra el principio de economía procesal al exigirse que el actor civil inicie un nuevo proceso para hacer valer su pretensión, es cierto que la economía procesal, en sí misma, no es un derecho fundamental.

Sin embargo, el CPP decidió romper en forma definitiva con una accesoriedad mal comprendida, de forma que se permite en la actualidad que, a pesar de una sentencia absolutoria o el archivo definitivo por un sobreseimiento, el juez no esté impedido para emitir una sentencia para satisfacer la pretensión civil [Asencio]. En efecto, una absolución o un sobreseimiento no necesariamente importan o motiva la improcedencia de us declaración y ulterior determinación. La opción normativa que admitió el artículo 12, apartado 3, del CPP, no solo ratificó

la diferencia entre acción penal y acción civil –los criterios de imputación son propios, no necesariamente coincidentes, en tanto que la acción civil es *ex damno* y se sigue por las reglas del Código Civil (preceptos de naturaleza civil), al tratarse incluso de un proceso civil acumulado al penal–. Además, el sistema que aceptó el Código Procesal Penal, a diferencia del que asumió el Código de Procedimientos Penales (accesoriedad estricta), es el de autonomía de la acción civil en relación a la suerte de la acción penal, por lo que, sin perjuicio de lo determinado en relación al objeto penal, por lo que, sin perjuicio de lo determinado en relación al objeto penal, corresponde al juez decidir si se presentan los criterios de imputación propios de una conducta ilícita que ocasionó un daño indemnizable (ver sentencia de casación n.° 1535-2017/Ayacucho, de 26 de setiembre de 2018).

De la misma forma, los plazos de prescripción de la acción civil y la acción penal no son iguales, lo que confirma su diversa naturaleza. Es más, los dos tienen regulaciones normativas propias –la primera, fija un plazo único de dos años, según el artículo 2001.4 del CC; mientras que la segunda, supedita la prescripción al tiempo máximo de la pena privativa de la libertad–. En todo caso, la acción civil derivada de un hecho punible no se extingue; en tanto subsista la acción penal (artículo 100 del CP).

3. Reparación civil y ejercicio de la acción civil *ex delicto*

3.1. Presupuestos legales

El artículo 92 del CP estatuye que: "*La reparación civil se determina conjuntamente con la pena*". A no dudarlo, este precepto es de naturaleza procesal, pues en buena cuenta afirma la acumulación obligatoria de las acciones penal y civil derivadas del delito; y, por lo demás, todas las disposiciones materiales sobre esta materia no son derecho penal, sino de derecho civil patrimonial.

Postula este precepto, con diversas matizaciones que luego de precisaran, en palabras de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, un sistema de la interdependencia entre las dos acciones, lo que no les quita su autonomía e independencia, y pueden concebirse –solo a efectos procesales– de manera conjunta conducta punible y daño.

Empero, no puede desconocerse, como precisa Bustos, que la sanción penal está en función al principio de la responsabilidad por el hecho, en cambio la reparación civil se rige por el principio del daño causado. Su inserción formal en el Código Penal solo puede explicarse por una tradición legislativa, ya iniciada con

mayor amplitud incluso por el primer CP, el de 1863 (artículos 18-22 y 87-94), y continuada por el CP de 1924 (artículos 65/80). Cabe resaltar que una lógica más privatista tienen las normas del CP vigente respecto del anterior, al punto que no reprodujo la prohibición de contratar sobre la reparación civil entre responsable civil y damnificado, ni la prohibición de transferir la reparación a tercero antes de la sentencia, que estipulaban los artículos 76 y 75 del CP de 1924.

3.2. Perspectivas procesales

La acumulación heterogénea de acciones desde 1920 se plasmó en las leyes procesales nacionales (por ejemplo, artículos 57, 225.4, 227, 276 y 285 del Código de Procedimientos Penales de 1939, siguiendo la fuente francesa, que a su vez continuó al Código de Procedimientos en Materia Criminal –CPMC– de 1920) –no adoptó esta línea la primera ley procesal penal nacional (Código de Enjuiciamiento en materia penal de 1863). Además, la incorporación de aspectos materiales de la reparación civil en el Código Penal, tomó como fuente la legislación española.

El artículo 92 CP examinado, sin embargo, fue modificado por el Código Procesal Penal. La acumulación ya no es rígidamente obligatoria y, además, si se persona el actor civil, el Ministerio Público deja de perseguirla. De otro lado, el Código Procesal Penal Código vigente ya no sigue el modelo del Código anterior que adoptaba la concepción de la accesoriedad absoluta de la reparación civil respecto de la decisión sobre el objeto penal, sino instauró la concepción de la autonomía de la acción civil respecto de la acción penal. Hacerlo, en todo caso, como explica Asencio, es una decisión del legislador y su sede es, sin duda, el Código Procesal. Es patente que los criterios de imputación de la responsabilidad penal y de la responsabilidad difieren en varios puntos y, por ello, el artículo 12.3 CPP estipula que el sobreseimiento o la absolución no impiden imponer la reparación civil.

3.3. La declaración de nulidad de actos jurídicos post delictivos

El artículo 97 del CP, reiteró el artículo 74 del CP de 1924, que incorporó una norma *sui generis* en el ámbito de la reparación civil: la anulación de los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, "[...] *en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros*" –frase última que no tenía el artículo 74 del CP anterior–.

Lo que el artículo 15 CPP añadió fue el procedimiento para declarar la nulidad de tales transferencias, que incluyó los bienes materia de la consecuencia accesoria de decomiso. Siguió el modelo del trámite incidental con la realización preceptiva de una audiencia, pero dejó su decisión al juez sentenciador, del juicio.

4. Adiciones – Delitos privados y delitos semipúblicos

4.1. Identificación

Es al legislador a quien corresponde determinar si un concreto delito debe perseguirse de oficio o, alternativamente, a instancia del ofendido, con un determinado nivel de autorización de aquel, bajo una línea de definición de alta intensidad –que es el caso de los llamados "delitos privados"– o de baja intensidad –que es el caso de los "delitos semipúblicos"–.

Los delitos privados y semipúblicos, según explica Volk, son ilícitos penales leves, que no tienen mucho peso y que, si bien afectan el círculo del ofendido, difícilmente perturban a la generalidad. Siendo las normas que lo definen de carácter procesal, propiamente presupuestos de la persecución penal, pues están fuera del complejo del hecho, empero, tradicionalmente el Código Penal es el Cuerpo de Leyes que ha definido cuándo se trata de un delito público, semipúblico o privado.

4.2. Los delitos privados

En esta perspectiva, en el caso de los delitos privados, se tienen los artículos 124, 138, 158 y 241-B CP, referidos a los tipos delictivos de lesiones culposas leves, contra el honor, contra la intimidad y corrupción al interior de entes privados. Cabe resaltar que las disposiciones originarias del Código Penal solo comprendían como tales a los delitos contra el honor y contra la intimidad–. Para estos delitos, en todo caso, rige la *Privatklage*.

El Código Procesal Penal, respecto de los **delitos privados**, se limita, primero, a exigir que la legitimación activa corresponde al ofendido por el delito, no al perjudicado por él; segundo, a determinar que el instrumento procesal para hacerlo es la querella; y, tercero, a instaurar un proceso especial **"por delito de ejercicio privado de la acción penal"**, con exclusión del Ministerio Público, luego, el ofendido es dueño de la incoación del proceso y de la pretensión punitiva y civil (rige el principio de disposición). Es de resaltar que el ofendido, revelan

Roxin–Schünemann, a diferencia del Ministerio Público, no tiene el deber de persecución, ni el deber de objetividad.

El Código Procesal Penal no identifica los delitos privados, pues ya lo hizo el Código Penal. En tales ilícitos penales se reconoce el desistimiento, la transacción, el perdón y el abandono (concordancia de los artículos 78.3 CP y 464 CPP). Cabe puntualizar que el Código Procesal Penal no hace mención al perdón del ofendido, pero reitera lo que el Código Penal había sancionado: desistimiento y transacción, a la vez que agrega el abandono, institución típicamente procesal, propia del proceso civil en el prima el principio dispositivo.

4.3. Los delitos semipúblicos

En lo atinente a los delitos semipúblicos, el Código Penal solo los acepta bajo la modalidad de **semipúblicos con interés público**, aunque así lo hizo desde la reforma operada por el Decreto Legislativo 861, de 22-10-1996, pues originariamente no los había admitido. Es el nuevo artículo 213 del Código Penal, que la contempló para los cuatro delitos de atentados contra el sistema crediticio: insolvencia fraudulenta, quiebra culposa, utilización de información falsa y actos contra la finalidad del patrimonio de propósito exclusivo (artículos 209, 210 y 211 CP, modificados por la Ley 27295, de 29-8-2000, así como artículo 213-A, introducido por el inicialmente citado Decreto Legislativo 861).

En el caso del **delito semipúblico con interés privado** el ofendido es el dueño de la incoación del proceso, pero, como enfatiza Gimeno, no ostenta la pretensión punitiva. La Ley se refiere, sin duda, a los acreedores. Pero, los delitos aludidos son **delitos semipúblicos con un interés público**, representado por el INDECOPI, de suerte que si los acreedores no denuncian puede hacerlo, en vía de sustitución procesal, el INDECOPI, que intervendrá como parte interesada.

Recuérdese que un caso algo similar era, con anterioridad a la entrada en vigor del Código Procesal Penal, el **delito tributario**, en cuyo caso se requería de la denuncia de la SUNAT, órgano nacional administrador del tributo, órgano público que incluso tenía potestades materiales de disposición sobre la persecución penal.

El ofendido por el **delito semipúblico**, una vez autorizado el ejercicio de la acción penal, puede constituirse en actor civil pero no tiene control del proceso. No puede desistirse del mismo y, menos, perdonar al condenado, aunque sí transigir sobre la reparación civil. Es decir, no puede impedir la continuación del proceso.

5. Legitimación activa y pasiva

5.1. Legitimación activa

Se define como uno de los presupuestos que ha de darse en una persona o entidad para que pueda llegar a ser titular de la acción civil [FLORIÁN]. Al tratarse de una acción civil, de derecho privado, rige el principio de rogación o dispositivo, es decir, que la resolución judicial solo puede existir un pronunciamiento civil si la pare legitimada lo ha solicitado (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 27). La parte originariamente legitimada para promover la acción civil *ex delicto* es el perjudicado por el hecho dañoso, porque es él el titular del derecho o interés lesionado. El perjudicado es el que sufre un daño en su esfera patrimonial [GIMENO SENDRA] o quien soporta la pérdida de su posesión [DE LA OLIVA]. Este es quien resulta afectado patrimonialmente por el hecho delictivo: sujeto pasivo del daño civil indemnizable (artículo 11.1 CPP).

El Ministerio Público tiene una legitimación derivada o por sustitución procesal [GIMENO]. El fiscal actúa en nombre propio, pero en interés del perjudicado –la Constitución (artículo 159) y la LOMP (artículo 1)– con el fin de velar por los derechos de los ciudadanos. Es claro que la posibilidad de que el Ministerio Público ejercite la acción civil en interés del perjudicado (artículo 11.1 CPP) no lo exonera del deber de ofrecimiento de acciones (artículo 95.2 CPP), pues de lo contrario se vulneraría su derecho a la tutela jurisdiccional. Si el agraviado ejerce su derecho de acción, cesa la legitimación del Ministerio Público.

También pueden ejercitar la acción civil las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los crímenes internacionales. Estas, si cumplen los requisitos establecidos en el artículo 94.4 CPP, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito.

De igual forma, cuando el perjudicado es el Estado, la legitimización le corresponde a este; es él el que se constituye en parte civil, pues goza plenamente de capacidad para ser parte y de actuación procesal. No obstante, debe ser presentado por quien verifique la postulación y que, en el caso peruano, es la Procuraduría [ASENCIO MELLADO].

Si el agraviado no se constituyó en actor civil, la legitimación activa la tiene el Ministerio Público, por tanto, le corresponde a él incorporar en su requerimiento acusatorio una sección motivada del objeto civil, con la solicitud probatoria que corresponda. Si el fiscal no lo hizo, corresponde al juez, de oficio, como garante

de los presupuestos procesales respectivos, devolverla al fiscal (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 29).

En caso de sobreseimiento, se puede afirmar que: **i)** si el actor civil no se ha constituido en el proceso, al mediar distintos criterios de imputación para definir la responsabilidad civil, corresponde, previamente al fiscal una definición específica sobre este extremo. En este caso corresponde que la requisitoria sea integral: comprenda lo penal y civil. **ii)** si el perjudicado se constituyó en actor civil, más allá de la oposición que pueda plantear contra el requerimiento no acusatorio, tendrá que pedir expresamente un pronunciamiento acerca del objeto civil, con el fin de someterlo a contradicción (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 28). **iii)** Si, a pesar de no haber acusado, el Fiscal pide reparación civil debe ofrecer la prueba pertinente para su actuación, por imperio del principio de contradicción (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 29).

5.2. Legitimación pasiva

Comprende los presupuestos que deben concurrir en una persona para que la acción civil pueda ejercitarse frente a ella [Florián]. La acción civil puede dirigirse, por lo general, contra los participantes en la conducta delictiva que ocasionó daños y perjuicios, a quienes se les considera responsables civiles [Mapelli/Terradillos]. Se emplazarán a los imputados: autores y partícipes del hecho punible objeto del proceso penal, cuya responsabilidad es solidaria, en cuya virtud cada responsable viene obligado al cumplimiento íntegro de la obligación (artículo 95 CP). Es la expresión típica de responsabilidad civil directa.

El artículo 12.3 CPP, como consecuencia de la diferencia en los criterios de imputación entre el derecho civil y el derecho penal, autoriza al juez penal la declaración de responsabilidad civil sin responsabilidad penal (artículo 12.3 CPP). Es posible, entonces, responsabilidad civil sin responsabilidad penal. Ahora bien, en la mayoría de los supuestos de exención de responsabilidad penal, previstos en el artículo 20 CP, la responsabilidad civil directa no se excluye –salvo los previstos en el artículo 1971 CC–, por lo que –según los casos– esta se exigirá a los representantes legales (artículos1975 y 1976 CC) siempre que haya mediado culpa o negligencia de su parte, o en quienes generaron la conducta del excluido (artículo 1974 CC) o en favor de quien se actuó.

La acción civil puede ejercitarse, también, contra otras personas que tienen responsabilidad civil vicaria o alternativa. Esta se exige a quienes no cometieron

la conducta punible pero civilmente están obligados a responder. Se trata de las personas naturales o jurídicas a las que se refiere el artículo 1981 CC y el artículo 111.1 CPP. En este último supuesto la responsabilidad solo se atribuye por culpas *in eligendo, in vigilando* e *in educando*, que se concretarán siempre que concurran dos requisitos centrales: **i)** existencia de relación jurídica o de hecho entre infractor y responsable subsidiario que traduzca dependencia; y **ii)** la conducta delictiva cometida se halle dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tareas confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación. También existe la responsabilidad civil de las compañías de seguro, quien responde solidariamente por el daño causado por el responsable directo en orden al riesgo cubierto por la póliza y hasta el monto establecido en ella (artículos 1987 CC y 113.3 CPP. Casación Civil n.° 2626-2001/Santa, *El Peruano,* de 01-07-02).

Por último, también se reconoce la acción civil por lucro, radicada en quienes sin ser autores materiales del hecho ni responsables indirectos –o alternativos– de los delincuentes, han de responder como poseedores o beneficiarios de los hechos delictivos de los delincuentes [BERDUGO/ARROYO/FERRÉ/GARCÍA/ SERRANO/ TERRADILLOS]. Es una obligación fundada en el enriquecimiento injusto [COBO/ VIVES], que el Código Penal consagra en el artículo 104. Así, la persona jurídica se verá privada de los beneficios obtenidos como consecuencia del delito cometido en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes.

6. La petición en la acción civil *ex delicto*

La acción civil ejercitable en el proceso penal es una acción de condena pura, es decir, aquellas que, conforme el Código Penal busca la restitución de la *res* y a la reparación del daño *in natura* o sustituidas por la correspondiente indemnización por daños o perjuicios, circunscrita a los ámbitos previstos en el artículo 93 del CP.

En tal virtud, un tribunal penal no puede conocer, para estimar la responsabilidad civil, la validez o nulidad de los actos o negocios jurídicos, pues debe partir de la ilicitud del hecho en que se fundamenta la pretensión de resarcimiento; pues la responsabilidad civil no nace del delito, sino de esa ilicitud civil de los hechos, de los que, además, debe surgir un daño de la misma naturaleza [ASENCIO MELLADO].

La extensión objetiva de la acción civil en el proceso penal se concreta, entonces, en la restitución, la reparación y la indemnización.

A. **Restitución.** Consiste en reponer al estado de cosas que existía en el momento de la comisión del delito o a devolver la cosa a su legítimo propietario (que es el caso de los delitos contra el patrimonio). Procede incluso contra el tercero que adquirió la cosa, salvo si procedió con buena fe –no opera cuando se trata de bienes no registrables adquiridos con infracción de la ley penal, excepto que su adquisición se produjo en tiendas o locales abiertos al público–. Asimismo, cabe la nulidad del negocio jurídico, si es necesario para la restitución (artículo 11.2 CPP). Aparte de ser una sentencia de condena, lo será –en esos casos– una sentencia declarativa de nulidad. La restitución se completa con el abono de los deterioros o menoscabos sufridos.

B. **Reparación.** Consiste en efectuar una prestación personal tendente a paliar o remediar los menoscabos sufridos en una cosa. Comprende obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Se cumplen por el reo o se ejecutan a su costa. Por ejemplo: difamación, (publicación sentencia), omisión de asistencia familiar: pago de cuantías adeudadas.

C. **Indemnización.** Consiste en condenar al pago de una determinada cantidad de dinero suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito. Surge cuando no es posible la restitución y siempre que el delito produzca un perjuicio patrimonial. Comprende todo evento lesivo producido por el delito e incluye daños materiales, morales del perjudicado, su familia e incluso de terceros, así como lucro cesante y daño emergente.

Existen otros contenidos de la acción civil *ex delicto*. El Código Penal, por ejemplo, reconoce el pago de alimentos en los delitos de violación de la libertad sexual (artículo 178).

7. La causa de pedir en la acción civil *ex delicto*

El elemento fáctico de la causa de pedir es la conducta realizada por el imputado que causó daños o perjuicios en los agraviados más la relación de causalidad o imputación objetiva entre la acción y los resultados; el hecho punible debe constituir la causa decisiva del daño resarcible. El título o componente jurídico será básicamente el artículo 1969 del Código Civil. Como quiera que, aunque no haya delito, puede haber acción civil, no es posible sustentar el componente jurídico en el CP o CPP [De La Oliva].

8. Competencia funcional

Corresponde al juez de la investigación preparatoria, como es lógico, definir la intervención de las partes legitimadas, la pretención civil y la admisión de los medios de prueba. La decisión de que se declare fundada o no la resparación civil corresponde al juez penal. Es evidente, por tanto, que si el fiscal introdujo en su acusación una pretensión penal y civil, correspondela competencia, conforme a la entidad del delito acusado, al juez penal, unipersonal o colegiado. Sin embargo, si se está ante un auto de sobreseimiento y una pretensión civil declarada procedente, en el acto oral solo se debatirá el objeto civil. La competencia, en estos casos, estará a cargo del juez penal unipersonal, debido que es la regla que se sigue en el ámbito civil es que un solo juez conoce en primera instancia la pretensión civil (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 31).

IV. CUESTIÓN PREVIA

1. Introducción

Una vez promovida la acción por el Ministerio Público con la emisión de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículo 336 CPP), el imputado puede promover lo que se denomina "defensas procesales". Éstas, indica Ortells, son alegaciones del demandado –o del imputado para el proceso penal– dirigidas a provocar una resolución de inadmisión de la pretensión procesal –de la promoción de la acción penal, para el caso del proceso penal–, por causas vinculadas, de un lado, a la falta de **presupuestos procesales** o a la presencia de **impedimentos procesales**, que están sujetas a un plazo bajo el riesgo de preclusión del derecho procesal de la parte de provocar un pronunciamiento al respecto; y, de otro lado, a la falta de requisitos del acto procesal de imputación fiscal (disposición fiscal) –el defecto, en este caso, sólo afecta a este acto, dado su carácter constitutivo del proceso, su ineficacia impide la de los actos procesales subsiguientes–.

El Código Procesal Penal identifica tres clásicos medios de defensa técnica o, en pureza, defensas procesales. Son: cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones. A través de su ejercicio, como es obvio, no se cuestiona el fondo del asunto, sino la corrección formal de la incoación del proceso penal, instando su anulación o suspensión y corrección, según el caso. Estas defensas procesales apuntan a obtener la concentración del juicio oral, eliminando liminarmente todo tipo de obstáculo procesal.

2. Concepto

Es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal. Procede cuando no concurre o se omite un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley (artículo 4 CPP). La cuestión previa constituye un obstáculo al inicio del proceso penal, a su promoción. Como tal, controla el debido cumplimiento de las condiciones, legalmente previstas, para una correcta iniciación del proceso penal. Si la persecución resulta inadmisible, debe rechazarse la inculpación formal o la querella sin examinar el objeto procesal y sin dictar sobre él un fallo condenatorio o absolutorio.

La estimación de la cuestión previa conduce a la anulación del procedimiento penal incoado (artículo 4.1 CPP). En ese caso, el proceso penal puede reiniciarse cumplido o satisfecho el requisito omitido (artículo 4.2 CPP).

La cuestión previa, si es estimada, tiene efecto extensivo, es decir, comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (artículo 8.6 CPP).

Este medio de defensa no está sometido al principio de rogación, pues incluso el juez puede iniciar el trámite para su debida determinación. En cuanto a su oportunidad procesal, puede plantearse incoada la investigación preparatoria formalizada y durante toda esta etapa procesal (artículo 7.1 y 2 CPP). Incluso, puede deducirse en la etapa intermedia, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los artículos 8.5 y 350.1b CPP.

3. Requisito o condición de procedibilidad

El CPP identifica el remedio procesal: cuestión previa, con una institución procesal, en puridad, un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal: los requisitos o condiciones de procedibilidad. Podemos definirlas como aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla. Son presupuestos procesales que resultan, en parte, de las relaciones del objeto del proceso con el procedimiento concreto, cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en discusión. A diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad –que pertenecen al complejo del hecho, determina la situación del hecho y su materialización– no afecta la existencia de un delito o su castigo, sino la posibilidad de su persecución procesal. Las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan su objetiva

relevancia penal; si bien no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, en cambio condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación, la necesidad de pena [MIR].

Las condiciones de procedibilidad son condiciones formales. Concreta aquellos supuestos legales que establecen la obligación del imputado de someterse al proceso. Su admisibilidad no se condiciona por la existencia de la punibilidad, es independiente de ella. Son condiciones de la persecución penal que, por regla general, deben tenerse en cuenta en cualquier proceso, aunque también existen condiciones especiales de persecución [BELING]. Al impedir el enjuiciamiento penal del hecho, no es que desaparezca la presencia de un delito, sino solo a que este no puede ser objetivo del proceso penal [MIR].

4. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad

Son tres: los delitos privados, la autorización para proceder y consentimiento de la autoridad, y el pronunciamiento de la autoridad sobre el objeto del proceso.

A. **Delitos privados.** La ley penal determina cuándo un delito está sometido a la persecución privada. La querella es un presupuesto procesal que expresa la voluntad de la víctima de que se sancione penalmente a una persona que ha cometido un delito en su contra (artículo 1.2 CPP). En estos delitos predomina un interés privado. La capacidad activa y la legitimación activa la tiene el ofendido por el delito; la querella debe provenir de una persona capaz procesalmente y legitimada para ello: el ofendido por el delito. El requisito de la querella tiene el objetivo de evitar la imposición incondicional de la pretensión punitiva del Estado ante intereses privados opuestos. Esta facultad de impulso de la causa penal es un derecho a impedir la sanción; es determinante la posibilidad que tiene el ofendido de no interponer la querella exigida por la Ley o, en su caso, de retirarla y, de ese modo, poder privar al autor de su castigo [JESCHECK-WEINGEND].

B. **Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad.** **(i)** En el primer supuesto se trata de los delitos semipúblicos, que requieren instancia de la víctima para que el MP puede perseguirlos (artículo 1.3 CPP). Ejemplo: delitos contra el sistema crediticio. **(ii)** En el segundo supuesto son los delitos sometidos a antejuicio constitucional (artículo 450.1 CPP) o a desafuero (artículo 452.1 CPP), en los que la autoridad política debe autorizar el procesamiento penal. **(iii)** Incluye también los supuestos de persecución contra magistrados (artículo 454.4 CPP).

C. Pronunciamiento de la autoridad sobre el objeto del proceso. La ley exige que una determinada autoridad emita un pronunciamiento (resolución o informe) concerniente al objeto del proceso. Así, por ejemplo, delitos ecológicos: Ley n.° 26631; delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero: Ley n.° 26702; delitos concursales: Ley n.° 27146.

V. CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. Concepto

Se parte de dos nociones básicas para intentar la adecuada definición de la cuestión prejudicial. **1.** La Ley penal material no siempre pone como elementos constitutivos, excluyentes o modificativos de la responsabilidad penal hechos simples o materiales, sino más a menudo conceptos y a veces relaciones jurídicas del derecho civil, comercial, administrativo, etc.; supuesto último en el que para fijar el hecho típico en la sentencia se requiere, como antecedente lógico jurídico, aplicar una norma no penal en virtud de la cual pueda afirmarse como existente o no existente tal relación. **2.** Lo esencial para su identificación es que esa relación jurídica constituya una materia, distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional. La cuestión prejudicial, entonces, surge *per se*, en virtud de su ligazón jurídica material con la cuestión de fondo, y es presupuesto del contenido mismo de la sentencia de fondo, del sí del delito y de la pena o de la entidad o cuantía de esta [Gómez Orbaneja/ Herce Quemada].

Así las cosas, pueden definirse las cuestiones prejudiciales como aquellas configuraciones de la ley penal –elementos de hecho integrantes de un requisito del tipo legal– que exigen, para poder dictar sentencia, entrar a dilucidar relaciones jurídicas propias de otro orden jurisdiccional –precisan una valoración jurídico material–, que operan como antecedente lógico jurídico del silogismo en que se ha de fundar la sentencia penal –son previas e independientes del objeto procesal, y deben declararse a fin de poder obtener la plena integración de la conducta– [Gimeno]. Se trata de puntos de conexión, que en sí mismos autorizarían un enjuiciamiento en su orden jurisdiccional, pero que aparecen unidos a materias de otra naturaleza de manera que requieren de un tratamiento conjunto [Asencio].

Las cuestiones prejudiciales se sustentan en el principio constitucional de seguridad jurídica y en la inmutabilidad de las sentencias. El fundamento

inmediato es la prevención de los efectos perjudiciales de la cosa juzgada, que prevé la vulneración del *ne bis in idem* frente a decisiones que no tomen en cuenta sus exigencias normativas.

2. Requisitos

Son cuatro: elementos de hecho, juicio de relevancia, valoración material y competencia.

A. **Elementos de hecho.** Toda cuestión prejudicial está constituida por elementos de hecho que exigen una valoración jurídica previa e independiente del objeto principal, y que integran el fundamento del título de imputación (ejemplo: apropiación ilícita requiere determinar relación de depósito) o incluso erigirse en una pretensión autónoma, pero conexa e instrumental (ejemplo: receptación requiere determinar si ciertas cosas son producto de un delito). En cualquier caso, pertenecen al fondo o a la fundamentación de la pretensión penal: cosa juzgada.

B. **Relevancia.** Deben ser relevantes –imprescindibles o necesarias– para el enjuiciamiento del objeto procesal respecto al cual guardan conexión o dependencia, pueden tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto penal.

C. **Valoración material.** Los hechos –con significación jurídica– que integran el título de imputación precisan de una valoración con arreglo a normas del derecho material y consiguiente declaración jurisdiccional, previa e independiente de la pretensión principal.

D. **Competencia.** Por regla general la competencia, para valorarla, corresponde al Tribunal del orden jurisdiccional competente: civil, laboral, contencioso-administrativo o penal. Pero se excluyen aquellas cuestiones prejudiciales incidentales que han de ser resueltas por el juez penal y cuyo fallo no produce efecto alguno de cosa juzgada.

3. Clases

Se pueden clasificar desde dos perspectivas: **i)** por su naturaleza, desde el derecho material, son homogéneas y heterogéneas, y **ii)** por sus efectos procesales son devolutivas e incidentales.

3.1. Causas prejudiciales homogéneas y heterogéneas

Las primeras, al igual que el objeto del proceso penal, se rigen por normas del derecho penal [Gimeno] –no mencionadas en el artículo 5 CPP, bien delictivo en el delito de receptación–, y las heterogéneas son las que han de decidirse con arreglo a normas distintas de este sector del ordenamiento [Gimeno] (artículo 5.1 CPP). Estas son las más numerosas –así, por ejemplo, la relación paterno-filial en el delito de omisión de asistencia familiar–. Por regla general rige el principio la preferencia de la jurisdicción penal –se asienta en la máxima francesa '*le criminelle tient le civil en état*': el proceso penal ha de suspender siempre al proceso civil–.

3.2. Causas prejudiciales devolutivas e incidentales

Son las más importantes y decisivas, pues, afirmada la existencia de una prejudicialidad, debe decidirse si corresponde dilucidarlas al propio órgano jurisdiccional penal, aunque solo sea a los meros efectos de ese proceso –o si resultase mejor suspender el proceso penal y esperar a que se pronuncie el órgano jurisdiccional extrapenal: reglas de la devolutividad o de la no devolutividad, respectivamente–.

3.2.1. Cuestiones prejudiciales devolutivas

Las cuestiones devolutivas están reconocidas por el CPP: artículos 5.1 y 10. Son las que, con suspensión del proceso penal –o civil, en su caso–, han de remitirse o plantearse para su decisión definitiva, ante el tribunal competente. Se está ante una cuestión devolutiva cuando, más allá de las cuestiones de estado civil, el tema debatido sea determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado o relación heterogénea de antijuricidad. El artículo 5.1 CPP se limita a prescribir que la suspensión del proceso penal está sujeta a que "fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado". Se trata, propiamente, de una 'causa prejudicial', de una decisión previa de un juez distinto, que debe ser tomada como base de la decisión del juez penal, en tanto en cuanto la relación o situación jurídica extrapenal o heterogénea sea determinante de la existencia o inexistencia del delito [Cortés Domínguez].

En tal virtud, como el elemento clave está la necesidad de la existencia o inexistencia del delito, de la definición del carácter delictuoso del hecho imputado o "relación heterogénea de antijuricidad", delimitada bajo el principio

de la prevalencia de la jurisdicción penal, es del caso reconocer la no devolución cuando:

(i) La solución de la cuestión prejudicial no sea imprescindible o necesaria para la determinación de la conducta penal, que sería el caso de las circunstancias agravantes o atenuantes, que incluso determinen la variación del tipo legal.

(ii) Cuando se trate de una mera conexión instrumental de normas, de tal suerte que, de la valoración de la cuestión prejudicial, pueda depender la integración de la conducta penal, por poseer la cuestión una clara naturaleza de incidente de previo pronunciamiento para la integración de la conducta objeto de imputación, y que hacen imposible su separación –tales como la determinación de la ajenidad de la cosa o relación de depósito–, así como el cuestionamiento de la legalidad del acto administrativo, puesto que deben entenderse que no tienen otro valor que el de constituir meros presupuestos procesales (v. gr.: STSE de 05-11-91), o la determinación de la cuota defraudada al fisco como elemento del tipo legal de defraudación tributaria (STSE de 21-12-01).

(iii) Cuando la ley o la jurisprudencia ha elaborado una doctrina propia y distinta sobre los temas civiles o administrativos –definición de funcionario público, de cosa mueble– [GIMENO].

3.2.2. Cuestiones prejudiciales no devolutivas

Las cuestiones incidentales o no devolutivas son la mayoría. Son aquellas que el tribunal puede conocer sin que haya de deferirse su conocimiento a ningún otro tribunal, pues las cuestiones aparecen tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Lo que decida el tribunal lo será únicamente para el solo efecto de la represión. La resolución de la cuestión prejudicial únicamente producirá efectos en el orden jurisdiccional penal, y exclusivamente en el caso en donde haya sido aplicada [GÓMEZ COLOMER]. La decisión no goza de efecto reflejo o prejudicial alguno en el orden jurisdiccional originariamente competente. Será el caso de las normas sobre derecho de propiedad y otros derechos reales, de validez de inscripción registral: las pruebas son las del orden procesal penal, no rigen las limitaciones de orden extrapenal. Su planteamiento o el surgimiento de un punto prejudicial, no devolutivo, no es nunca ejercicio de derechos, sino el mero hacer valer relaciones jurídicas que se incorporan como elementos 'fácticos' del supuesto de hecho de una norma jurídica, de cuya aplicación se trata [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

4. Tratamiento procedimental

A. Las cuestiones prejudiciales no devolutivas se dilucidan al momento de dictar sentencia, no antes. No requieren trámite previo.

B. Las cuestiones prejudiciales devolutivas, de ser estimadas, determinan la suspensión del procedimiento hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. La decisión es extensiva: a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica, aun cuando no la hubieran deducido (artículo 5.2 CPP). La incoación de un proceso extrapenal es indispensable. El imputado tiene un plazo de 30 días para incoarlo, y de no hacerlo se reconoce legitimación para demandar al fiscal provincial civil en la medida que se trate de un delito público, quien en todo caso está autorizado para intervenir en la causa (artículo 5.3 CPP). Del resultado del proceso extra penal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 5.4 CPP); la suspensión, por tanto, es indefinida, y se levanta cuando se haya obtenido la sentencia firme del orden jurisdiccional extrapenal.

La estimación de la cuestión prejudicial tiene un efecto extensivo: comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (artículos 5.2 y 8.6 CPP). Solo puede interponerse en la investigación preparatoria, luego de dictada la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria o admitida la querella del ofendido por el delito privado (artículo 7. 1 CPP).

VI. EXCEPCIONES

1. Concepto

La acción penal es el derecho-deber que tiene el Ministerio Público para promover la acción penal. El vehículo formal a través del cual se promueve la acción penal es la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en delitos públicos y la querella en delitos privados. La excepción es un "medio de defensa" –sustantivos o procesales– que ataca directamente la relación procesal, y se distingue de la defensa material del imputado porque estas pueden apuntar a diversos fines [Gimeno]. Es un remedio procesal, que consiste en la expresa oposición que formula el imputado a la prosecución del proceso por entender que este carece de algunos de los presupuestos procesales establecidos por el

ordenamiento jurídico-procesal –se denuncia, a través de la excepción procesal, la falta de un presupuesto o requisito procesal–. Se entiende por presupuesto procesal la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso pueda obtenerse una sentencia sobre el fondo respecto de un determinado objeto del proceso [SCHMIDT].

Las excepciones no se pronuncian sobre el fondo del asunto: si el hecho objeto del proceso es penalmente antijurídico y si su autor merece una pena o medida de seguridad, se concretan a denunciar la defectuosa constitución del proceso. Es la norma procesal la que permite un medio de defensa como este.

Queda claro que, al decir de CHIOVENDA, la excepción es un derecho potestativo a la anulación de la acción, mientras CARNELUTTI se fijaba en el dato que pretende excluir el derecho subjetivo ajeno sin afirmar el propio [GÓMEZ DE LIAÑO]. Éstas cuestionan la prosperabilidad de la acción penal momentánea o definitivamente; se erigen en una objeción contra la procedencia –o, mejor dicho, el cimiento o comienzo– de la acción hecha valer dentro del proceso [ALZAMORA].

Es de insistir que, propiamente, por medio de una excepción procesal el imputado formula una oposición a la promoción de la acción penal al considerar que se han incumplido determinados presupuestos o impedimentos procesales. A través de la excepción se pone de manifiesto la existencia de algún obstáculo procesal que impide la correcta tramitación del procedimiento y solicita la desestimación *a limine* de la demanda –o, en su caso, de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria–, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto [FUENTES SORIANO].

Esta oposición procesal pretende, por el imputado, evitar una sentencia de fondo dejando **imprejuzgada** la cuestión. La referencia a presupuestos u obstáculos procesales importa que por ser de naturaleza imperativa e indisponible impiden una sentencia sobre el fondo o la validez de la sentencia que se pronuncia ante su falta [ASENCIO].

Es de diferenciar **motivos de oposición de forma de motivos de oposición de fondo**. En un sentido amplio se puede reconocer excepciones procesales y excepciones materiales. En el caso de las excepciones materiales se apunta a una absolución de instancia, mientras que en el caso de las excepciones procesales a una declaración de improcedencia jurídica de la pretensión, respectivamente [GÓMEZ DE LIAÑO]. Ahora bien, las denominadas "excepciones materiales" se presentan cuando el imputado, sin negar los hechos constitutivos de la imputación, introduce

hechos adicionales en su defensa, en cuya virtud pide su absolución en el fondo, vale decir, una sentencia que produzca los plenos efectos materiales de la cosa juzgada. Son tres tipos de hechos los permitidos mediante esta finalidad defensiva: impeditivos, extintivos y excluyentes, en el bien entendido de que por sí mismos estos hechos no constituyen una pretensión nueva e independiente, pues están dirigidos a obtener una absolución. Se trata de hechos (i) que impiden el efecto jurídico pretendido por el fiscal, (ii) que destruyen ese efecto jurídico, o (iii) que importan un contraderecho –como decía Chiovenda– que solo a él corresponde articular y que excluye las consecuencias jurídicas de los hechos alegados por el Ministerio Público [Asencio].

2. Clasificación

2.1. Aspectos generales

Desde la perspectiva de los presupuestos procesales, la ley procesal solo reconoce cinco excepciones (artículo 6.1 CPP). De ellas, la de naturaleza de juicio es de carácter procedimental y está referida a la adecuación del procedimiento; la de cosa juzgada está vinculada al objeto procesal; y, las de amnistía y de prescripción, están ligadas a la causa [Montero].

La excepción de improcedencia de acción tiene un carácter *sui generis*, pues no es propiamente una excepción procesal ni una excepción material (alegación de desestimación de los cargos alegando hechos distintos –aun cuando se mantienen dentro de la misma relación deducida y del mismo objeto procesal–, en otras palabras, hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, que constituyen supuestos fácticos de normas distintas de las alegadas por la imputación). Solamente se alega que el hecho objeto del proceso no es delictivo o no es penalmente justiciable, en consecuencia, se trata más bien de un supuesto privilegiado o excepcional de sobreseimiento centrado en la falta de relevancia jurídico-penal o de punibilidad del hecho objeto de imputación.

2.2. Excepción de naturaleza de juicio

La excepción de naturaleza de juicio se deduce cuando se da al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley. Es un remedio procesal que no analiza el fondo del asunto, sino el procedimiento a seguir [San Martín]. No pone en tela de juicio la naturaleza de la imputación penal, su calificación jurídico-penal o la existencia de requisitos de perseguibilidad. Su existencia supone que la ley prevé más

de un procedimiento penal –existe el procedimiento común y los procedimientos especiales–. Si es amparada, el efecto es regularizar el procedimiento, "se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva".

2.3. Excepción de naturaleza de amnistía

La amnistía es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP), y procesalmente un impedimento a la persecución. Importa la eliminación legal del hecho punible e implica el perpetuo silencio respecto de él (artículo 89° CP). Se traduce a través de una ley de naturaleza anómala [SOLER], y extingue los efectos de derecho penal [MIR PUIG]. En esencia es la "ley del olvido", que tiene por resultado que se olviden ciertas infracciones penales, se den por terminados los procesos y, en caso de existir resolución, queden sin efecto las sentencias condenatorias. Se suprime, por tanto, las infracciones, la persecución del delito, la disposición de formalización de investigación preparatoria y, de ser el caso, determinación de sentencias y condenas [LÓPEZ BETANCOURT].

2.4. Excepción de cosa juzgada

La cosa juzgada es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.2 CP) y procesalmente un impedimento a la persecución. Según el artículo 6.1c) CPP para que se produzca cosa juzgada (*res iudicata*) se requieren, de un lado, dos identidades: **(i)** Unidad de imputado (que sea la misma persona en calidad de imputado: sujeto pasivo de la sanción y sujeto pasivo del nuevo procedimiento) –límite subjetivo o identidad subjetiva pasiva–; y **(ii)** Unidad de hecho punible: el hecho anterior, ya decidido, debe ser el mismo del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídica que merezca en ambas causas –No se exige identidad subjetiva activa ni de la causa de pedir–. El objeto normativo ha de ser el mismo: bien jurídico lesionado similar o conexo –unidad de fundamento–. Por otro lado, la resolución que recayó en el primer proceso ha de ser firme, debe ser nacional o extranjera, y referirse al fondo del asunto –sentencias y autos equivalentes, sobreseimientos–.

2.5. Excepción de prescripción

La prescripción es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP) y también de la pena (artículo 85 CP) –un presupuesto penal material–, pero procesalmente es un impedimento porque el proceso no

se ha realizado cabalmente y sin embargo ha transcurrido el plazo para poder ser enjuiciado el imputado por el hecho punible cometido, es decir, porque se impide la celebración del juicio –causa de exclusión del *ius puniendi* del Estado–. Impiden el derecho de persecución del delito [Gómez Colomer]. Para que opere esta excepción el factor predominante es el transcurso del tiempo (artículos 80-88 CP). En síntesis, opera como una sanción legal al Estado, que impide, por el transcurso del tiempo, procesar a un imputado. Imposibilita que una persecución se pueda dar en el futuro. Es de precisar que el beneficio que se obtiene por la excepción de prescripción es estrictamente personal [López Betancourt].

2.6. Excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances según el artículo 6.1b CPP: **(i)** el hecho denunciado no constituye delito, y **(ii)** el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Lo que se discute es la subsunción normativa. En consecuencia, el punto **(i)** comprende la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad; el punto **(ii)** se ubica en la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, que son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, en el primer supuesto, o que excluyen o, en su caso, suprimen la necesidad de pena [Jescheck/ Weingend]. No se cuestiona la categoría culpabilidad o imputación personal: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta. La excepción se centra en el hecho desvalorado, en el hecho prohibido desde la ley penal, no en su atribuibilidad a su autor. El CPP reconoce que la pena del imputado, en atención a la voluntad de la acción puesta en marcha y su coincidencia con el ordenamiento jurídico, es lo propio de esta excepción, no así si la actitud interna manifestada con el hecho debe ser considerada expresión de una postura del autor ante el derecho merecedora de reproche [Jescheck/Weingend]. Véase Ejecutoria Suprema RN n.º 17-2010/Piura, de 03-03-11. El análisis se realiza desde los hechos objeto de imputación, sin alterarlos, reducirlos o negarlos.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente: **1.** Que para deducir esta excepción se debe partir de los hechos descritos en la imputación fiscal: Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, en su caso, de la acusación fiscal, pues solo cabe realizar un juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, ambas ajenas a la culpabilidad (SC 407-2015/Tacna, de 7-7-2016). **2.** Que como

se trata de un juicio de puro derecho, no se puede sostener, para denegarla, que su examen requiera la culminación de la investigación preparatoria (SC 1307-2019/Nacional, de 12-2-2020). 3. Que no se puede confundir el tratamiento procesal de la excepción de improcedencia de acción con el de la imputación clara y precisa del hecho (artículo 349, numeral 1, literal b), CPP) –mal llamada "imputación necesaria", pues este adjetivo responde a la necesidad de imputación para el procesamiento y, luego, para el juicio, no a las notas características de la imputación–; además, no se puede exigir para examinar esta excepción precisión o detalle específico acerca de los supuestos hechos de abuso del cargo –en un proceso por delito de enriquecimiento ilícito–, lo cual en todo caso se examina en la etapa intermedia y su efecto procesal es de mera subsanación procesal conforme al artículo 352.2 CPP (SSC 392-2018/Arequipa, de 12-9-2017; y, 277-2018/Ventanilla, de 21-3-2019). **4.** Que emitida la sentencia de primera instancia no cabe que de oficio la Sala Penal declara la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción, pues el momento procesal para hacerlo ya precluyó; solo le correspondía absolver por atipicidad o por insuficiencia de pruebas, o, en todo caso, anular la sentencia si el control de la acusación no había cumplido con responder a las pretensiones de las partes–. 5. Que los autos que desestiman una excepción de improcedencia de acción son apelables, al ampro del artículo 416, apartado 1, literal b), del CPP, pues rige el principio *pro recurso*, derivado de la garantía de tutela jurisdiccional (SC 893-2016/Lambayeque, de 20-4-2018).

3. Tratamiento procedimental

En tanto se cuestiona la existencia de un presupuesto procesal puede ser deducida de oficio o por el Ministerio Público, pues son objeto de control de oficio (artículo 7.3 CPP). Solo son deducibles en las etapas de investigación preparatoria e intermedia (artículo 7.1 y 2 CPP). Tiene efecto extensivo para los demás imputados, siempre que se encuentren en igual situación jurídica (artículo 8.6 CPP).

4. Presupuesto y trámite de las cuestiones referentes a la persecución penal

El artículo 8 CPP regula el trámite de la audiencia que el juez de la investigación preparatoria debe realizar para la dilucidación de las cuestiones previa y prejudicial, y las excepciones. Este comprende cuatro momentos:

A. Actos preparatorios. Comprende tres pasos: **(i)** Requisitos de la solicitud: presentación escrita de la solicitud respectiva, acompañando los elementos de convicción que correspondan; **(ii)** Oportunidad: se presenta luego de emitida la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta que venza el traslado del requerimiento fiscal acusatorio o de sobreseimiento (artículos 3 y 342.1 CPP) [en los casos de cuestiones previas y excepciones también pueden deducirse en la etapa intermedia: hasta 10 días luego de notificada la acusación fiscal escrita artículo 350.1b CPP]; **(iii)** El juez de la investigación preparatoria realizará tres actos ordenatorios: dispondrá que el Ministerio Público, cumplidos los dos primeros requisitos, le informe acerca de las partes personadas en la investigación preparatoria a su cargo; y, con esa información, primero, notificará a las partes la interposición del medio de defensa; y, dentro del tercer día, dictará, si correspondiere el auto admisorio, que importa señalar fecha para la audiencia.

B. Instalación de la audiencia. Obligatoriedad de la presencia del fiscal, quien además de asistir debe exhibir el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez de la investigación preparatoria en ese acto. Las demás partes no están obligadas a concurrir. Su inasistencia no genera sanción procesal alguna.

C. Desarrollo de la audiencia. Se escuchan los alegatos orales de las partes. Primero, del defensor de la parte que propuso el medio de defensa, luego sigue el fiscal, el defensor del actor civil y de la persona jurídica, y finalmente el defensor del tercero civil. Si asiste el imputado, cierra el acto con su intervención oral. Los participantes solo pueden mencionar los actos de investigación que consten en autos o que hayan sido acompañados al efecto.

D. Deliberación y decisión. Se resuelve inmediatamente o en el plazo de dos días de celebrada la vista. Excepcionalmente, el expediente fiscal puede retenerse hasta 24 horas, retención que se adoptará mediante auto fundamentado.

LECCIÓN DÉCIMA

OBJETO PROCESAL

I. CONCEPTO

La determinación del objeto procesal –el hecho punible imputado a una persona– es esencial: **(i)** delimita los poderes del órgano jurisdiccional en orden a la conformación de la sentencia, pues definido el objeto no puede alterarse: congruencia y limitación del ámbito cognoscitivo y decisorio del Tribunal; **(ii)** las partes, deducidas la acusación y la defensa, no pueden alterarlas introduciendo variaciones esenciales –la mutación o ampliación de la pretensión–; **(iii)** identifica los efectos derivados de la cosa juzgada en relación con el *ne bis in idem*, que incluye la litispendencia.

Resaltan, así, las notas de:

A. Inmutabilidad. No cabe cambiarlo ni eliminarlo. Vale decir, que una vez identificado no puede ser sustituido por otro, se trate de una sustitución objetiva (de un hecho por otro hecho) o subjetiva (de un imputado por otro). La inmutabilidad debe subsistir hasta la conclusión del proceso, pues debe constituir el mismo tema de investigación y de decisión [ORDIGO].

B. Indisponibilidad. Tanto desde el **(i)** punto de vista fáctico, pues el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares y posteriores, como del **(ii)** jurídico, pues el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista posibles.

C. Indivisibilidad. Debe agotarse hasta su total esclarecimiento, y la sentencia ha de resolver sobre la totalidad e integridad del mismo, siempre que la pretensión quede sin modificar. El objeto procesal no puede dividirse en parcelas –las fases procesales discurren en un mismo objeto–. Lo que trae como consecuencia el que se dividiera el objeto procesal, sería que procedería la excepción de cosa juzgada, entendida como excepción de *ne bis in idem* procesal (si le proceso estuviera en trámite) o *ne bis in idem* material (si estuviese terminado).

D. Delimitación progresiva. A diferencia del proceso civil, donde con la interposición de la demanda se tiene fijado el hecho sobre el cuál versará el proceso, el inicio de un proceso penal es poco lo que se conoce del hecho y de su autor. Es más, la denominación "investigación preparatoria" es justamente para preparar el acto en el cual se fije regularmente el objeto del proceso. El objeto del proceso penal resulta así construido, hasta quedar fijo en la acusación [Jauchen].

El poder jurídico de acción es un mecanismo, constitucionalmente garantizado, de acceso a la jurisdicción penal. Si es admitido, el efecto principal es convertir a las partes que la promovieron en acusadoras para que puedan deducir la pretensión; el fiscal o el querellante deducirán la pretensión penal y la víctima, si así lo estima procedente al convertirse en actor civil, deducirá la pretensión civil resarcitoria.

II. OBJETO PENAL

1. Concepto

El objeto más relevante es la pretensión penal. Es la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita al órgano jurisdiccional penal una sentencia de condena, al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquel de un hecho punible. Dentro de los límites del objeto procesal, el tribunal penal está obligado a esclarecer por completo el hecho, tanto en su aspecto fáctico como jurídico [Roxin].

No consiste en obtener la actuación del derecho de penar del Estado, sino tan solo de provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento [Gimeno].

2. Elementos esenciales

Están constituidos por requisitos subjetivos, objetivos y formales.

A. **Requisitos subjetivos:** Son tres: **1.** Atinentes al órgano jurisdiccional –en quien ha de concurrir la jurisdicción y la competencia–. **2.** Las partes acusadoras –quienes han de ostentar capacidad procesal y legitimación activa–. **3.** El acusado, quien es el elemento esencial del objeto procesal y se le determina en la investigación preparatoria en la Disposición Formal de Incoación de la Investigación Preparatoria (hay tantas pretensiones

cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación, aun cuando la misma se funde en la comisión de un solo hecho punible).

Solo vincula e identifica la pretensión, sin embargo, la persona del imputado.

Es preciso observar la identidad de la persona del acusado en el sentido de que no se puede poner en el banquillo a un testigo, y no se puede realizar ningún cambio en la persona del imputado [ROXIN].

B. **Requisitos objetivos:** Son tres: **1.** Fundamentación fáctica. **2.** Fundamentación jurídica. **3.** Petición. Están recogidos básicamente en el artículo 397.2-3 del CCP.

El primero, fundamentación fáctica, es el elemento objetivo esencial, que se traduce en el "hecho punible". Es un hecho singular, plenamente identificado y distinto de los demás, imputado a una persona. El fiscal, en virtud de la nota característica de indisponibilidad, debe comprenderlo en su totalidad, sin que sea posible mutarlo, reducirlo por cualquier tipo de razón [ASENCIO]. Este hecho tiene que ser entendido como la descripción de acontecimiento histórico sometido al tribunal a través de la acusación. Forman parte del hecho todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real de delitos, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto, y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro [ROXIN].

Este es un hecho **(i)** histórico o natural –es anterior y externo al proceso, es un antecedente histórico que, bajo la nota característica de indivisibilidad, exige su enjuiciamiento con toda su plenitud fáctica: el órgano jurisdiccional está obligado a agotarlo integralmente, hasta su total esclarecimiento–, y **(ii)** subsumible en tipos legales de carácter homogéneo –al proceso solo interesan los hechos típicos, sin que su calificación jurídica sea esencial pues rige la máxima *iura novit curiae*, aunque limitada por la identidad u homogeneidad del bien jurídico y por la exigencia de la protección del derecho de defensa–.

En buena cuenta, el hecho que integra la pretensión penal tiene que ser relevante desde el punto de vista jurídico penal. Empero, el hecho procesal no coincide con el hecho penal, no contiene sus mismos elementos –de ser así, simplemente, no podría efectuarse modificaciones en la calificación jurídica y en los tipos legales–. Por ello es de acudir a una solución dinámica

que tome en cuenta la Ley penal y la no coincidencia entre tipo legal y pretensión penal, para lo cual ha de acudirse a la actividad típica realizada y el resultado ocurrido o el bien jurídico tutelado por el tipo legal, respetando la esencialidad del hecho. En consecuencia, el hecho procesal será el mismo –no se variará la pretensión penal– cuando, modificados cualquiera de estos elementos (conducta realizada y resultado ocurrido), exista al menos una identidad parcial entre ellos: hechos acusados y hechos objeto de condena [Asencio]; esto es, una coincidencia de los actos típicos de ejecución o cuando los bienes jurídicos ofendidos o lesionados son los mismos –en este último caso se comprende los supuestos en los que se varíe el título de autoría y de participación [Cortés Domínguez].

El segundo, fundamentación jurídica, es el "título de condena", según lo exige el artículo 349.1.f CPP, relativizado por una tipicidad alternativa: artículo 349.3 CPP. Empero, no es un elemento determinante de la pretensión u objeto procesal, pues solo se requiere la homogeneidad del bien jurídico vulnerado –entre título acusatorio y título condenatorio– y el respeto a la esencialidad de la conducta atribuida al imputado.

El tercero, petición, es la pena o medida de seguridad y *quantum* de la reparación civil solicitada por el Ministerio Público. En observancia del principio acusatorio se desprende que el objeto del proceso queda determinado por la pena principal sustanciada en un hecho histórico, homogéneamente típico, y por la identidad del acusado. Sin embargo, su entidad no vincula del todo al Tribunal, salvo en su extremo máximo o cuando se requiera una consecuencia jurídico penal que viole el mínimo legalmente previsto (artículo 397.3 CPP).

C. Requisitos formales: El ejercicio de la acción penal y la interposición de la pretensión aparecen distanciados procedimentalmente –esta última sigue un curso escalonado, que empieza con la Disposición Formal de Incoación, sigue con la acusación escrita y culmina con la acusación oral (artículos 336, 349 y 387.1 CPP)– [Gimeno]. Con la acusación oral queda definitivamente fijada la pretensión, así el artículo 387.2 y 3 CPP.

3. Funciones

El objeto procesal tiene tres funciones: **(i)** define el objeto de litispendencia; **(ii)** demarca los límites de la investigación fiscal y de la obtención de la sentencia, y **(iii)** define la extensión de la cosa juzgada [Roxin].

III. OBJETO CIVIL

1. Concepto

El objeto civil se rige por los artículos 11-14 CPP, cuya principal característica es la acumulación de la pretensión civil a la penal. La acción civil puede ser objeto del proceso penal, vinculada al objeto esencial y principal (el hecho punible) por una conexión de carácter heterogénea [DE LA OLIVA].

Se fundamenta en la economía procesal –se resuelven dos objetos interrelacionados en un solo procedimiento–, pues tiende a aprovechar la prueba del hecho con resultado dañosos y la presencia en el proceso penal de los sujetos jurídicos implicados. Lo que se busca es evitar el denominado "peregrinaje de jurisdicciones". Es este factor el único que puede explicar por completo el conjunto de pronunciamientos de "responsabilidad civil" que se contienen en las sentencias penales y constituye el único denominador común de estos [SILVA SÁNCHEZ].

Del hecho reputado delictivo, en tanto en cuanto produce un daño o implica un menoscabo patrimonial a la víctima, nace una pretensión civil de resarcimiento acumulable al proceso penal, pero que también puede separarse de él y reservarse para plantearla en el correspondiente proceso civil.

La acción civil que puede ser objeto del proceso penal –derivadas de comportamientos penalmente antijurídicos– es, por lo general, la acción civil a que se refiere el artículo 1969 del Código Civil, cuya única diferencia respecto de las acciones civiles derivadas de comportamientos ilícitos no delictivos es su tratamiento procesal.

2. Pretensión civil

2.1. Definición y alcance

Es la declaración de voluntad, planteada ante el órgano jurisdiccional penal en un procedimiento penal en curso, pero dirigida contra el acusado o el responsable civil, y sustanciada en la comisión por él de un acto antijurídico, que haya podido producir determinados daños o porque el hecho implica un menoscabo patrimonial al perjudicado o al actor civil, por el que solicita la condena de aquel a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios.

La pretensión civil acumulada a la penal tiene un contenido patrimonial. Está centrada en el daño derivado de la comisión de un hecho punible en

cuanto acción ilícita. Es una pretensión limitada, pues conforme al artículo 93 CP se circunscribe a la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de ese hecho [Gómez Colomer]. Una extensión excepcional se encuentra en los delitos de violación de la libertad sexual, en cuya virtud el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas relativas del Código Civil (artículo 178 CP).

Mediante la restitución, el Ministerio Público o el actor civil quiere que le sea devuelta la cosa robada, hurtada o apropiada por el autor o partícipe del delito o falta, aunque se halle en poder de tercero (artículo 94 CP), porque desea dejar las cosas como estaban antes de la comisión del hecho punible de desapoderamiento –su regulación específica y excepciones se encuentran en el Código Civil, que contempla supuestos de irreivindicabilidad cuando media buena fe–. Esta pretensión puede ir unida a la de condena a pagar deterioros o menoscabos que se han producido a la cosa.

Mediante la pretensión de reparación –la reparación del daño y la indemnización de perjuicios tienen el mismo objeto– se pide al órgano jurisdiccional, ante la imposibilidad de restituir las cosas objeto del delito o falta, que el autor o partícipe del delito repare e indemnice el daño patrimonial o moral producido por el hecho punible –responda del coste del daño producido en la cosa con ocasión de la ejecución del delito, tanto el daño emergente como el lucro cesante–; la indemnización afecta tanto a lo patrimonial como a lo moral, y comprende no solo los que se hubieran causado al ofendido por el delito o falta, sino también a sus familiares o a terceros [Gómez Colomer]. La pretensión de reparación comprende, además, todas las acciones civiles encaminadas a lograr un resultado perfecta o imperfectamente equivalente a la situación anterior al delito [De La Oliva].

2.2. Pretensión civil anulatoria excepcional

Una pretensión civil excepcional que pretende evitar la desaparición de bienes propios del imputado en caso impida el pago de la reparación civil es la reconocida por el artículo 97 del Código Penal. Señala esta norma que "Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros". Su régimen procesal está previsto en el artículo 15 CPP, y requiere de la

expresa interposición de una pretensión anulatoria, de la formación de un cuaderno aparte, del traslado al adquiriente y/o poseedor del bien, de la actuación de prueba pertinente en una audiencia específica –en sede de investigación preparatoria o intermedia– y de su reserva para la decisión por el juez penal con la sentencia.

2.3. Régimen procesal

El artículo 92 del Código Penal dispone que la reparación civil se establezca conjuntamente con la pena. Su ejercicio, según el artículo 11 CPP, corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado –la legitimación del fiscal cesa si el perjudicado se constituye en actor civil–. Ello significa que nuestro ordenamiento no se limita a conferir al perjudicado –y ante su silencio, al Ministerio Público– el derecho de ejercitar la acción civil en el seno del proceso penal en que se enjuicien los hechos en cuestión, sino que además quiere que, de ordinario, se resuelva en el proceso penal sobre la posible responsabilidad civil engendrada por el comportamiento humano que en dicho proceso se considera primordialmente desde el punto de vista del derecho penal [DE LA OLIVA].

La pretensión civil es, siempre, contingente, pues cabe su desistimiento (artículo 13 CPP); y, además, eventual, pues, como regla general, el juez penal solo se pronunciará sobre la responsabilidad civil en casos de sentencia condenatoria –se incluyen los supuestos de reserva de fallo condenatorio (artículo 64.4 CP) y de concurso real retrospectivo cuando uno de los delitos se castiga con cadena perpetua [GARCÍA CAVERO]–. Constituyen excepciones a la eventualidad, salvo los supuestos de desistimiento y transacción (artículos 13 y 14 CPP), la sentencia penal absolutoria o el sobreseimiento "cuando proceda" –en tanto en cuanto se deja intacto el ilícito civil–, en cuya virtud cabe un pronunciamiento del juez penal sobre la reparación civil, siempre que la decisión sobre la cuestión penal se sustente en supuestos de error de tipo o de prohibición, falta de capacidad penal, estado de necesidad y miedo insuperable, y en la medida en que no resulte aplicable el artículo 1971 del Código Civil.

3. Identificación. Elementos esenciales

Se tienen los requisitos subjetivos, objetivos y formales.

A. Requisitos subjetivos. Son dos: los atinentes al órgano jurisdiccional y los de las partes.

(i) El Órgano jurisdiccional. Ha de ostentar jurisdicción y competencia. La pretensión civil es resuelta por el juez penal, y la competencia es la propia del CPP: la pretensión civil se acumula siempre al proceso penal incoado para conocer del delito en cuestión.

(ii) Las partes. Sin perjuicio del Ministerio Público –que actúa en nombre propio pero por un derecho y por un interés ajeno, del perjudicado; ostenta una singular sustitución procesal, en tanto esgrime un derecho ajeno y sin que su titular le haya conferido representación alguna–, la parte que deduce la pretensión civil y, por tanto, tiene legitimación activa, es el actor civil –el perjudicado por la acción ilícita generadora de un daño–; y la que se opone es el responsable civil: imputado, asegurador, persona jurídica y terceros civilmente obligados –son los legitimados pasivamente–. En ellos ha de concurrir los presupuestos procesales específicos del proceso civil: capacidad para ser parte, de actuación y de conducción procesal, legitimación activa y pasiva, y la postulación procesal. Es necesaria la identidad de ambas partes: actora y demandada (la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte).

B. Requisitos objetivos. Son dos: la fundamentación o *causa petendi* y la petición o *petitum*.

(i) La fundamentación. Es lo decisivo. No es la existencia de responsabilidad penal o incluso de un delito. El elemento fáctico consiste en actos u omisiones ilícitos dañosos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Lo decisivo es, pues, la existencia de un acto ilícito cuya existencia requiere ser probada. El componente jurídico es el artículo 1969 del Código Civil.

(ii) La petición –objeto de la pretensión–. Como primera característica, es que está informada por el principio dispositivo, por lo que el perjudicado es dueño de su interposición y renuncia, vinculando mediante la petición la actividad decisoria del órgano jurisdiccional. La segunda característica, es que es una pretensión de condena y, dentro de ella, de dar, teniendo su centro objetivo en la realización del hecho y en la producción del daño o en el menoscabo patrimonial. Comprende la restitución, la reparación y la indemnización. En ciertas ocasiones, la acción de restitución comprenderá la de nulidad de ciertos contratos o negocios que se hayan podido realizar con las

cosas o derechos sacados del patrimonio de la víctima por acción directa del hecho delictivo (artículo 11.2 CPP).

C. Requisitos formales. La pretensión civil se deduce con toda su plenitud por el fiscal en su acusación escrita –artículo 349.1g CPP– y, en su caso, por el actor civil en su respuesta a aquella según el artículo 350.1g CPP.

PARTE QUINTA

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL (EL PROCESO COMÚN)

LECCIÓN UNDÉCIMA

TEORÍA GENERAL

I. EL PROCESO PENAL

El proceso penal persigue intereses públicos dimanantes de la imposición de sanciones penales. Está sujeto a una exclusiva titularidad estatal: solo el juez puede imponer sanciones (artículo V TP CP), pero a su vez el Ministerio Público es titular de la potestad de persecución (artículo 159.1, 4 y 5 Constitución). Así, el principio acusatorio se impone porque coexisten dos derechos de relevancia constitucional en el proceso penal: el derecho de penar a cargo del juez y el derecho de perseguir a cargo del fiscal.

Como se sabe, desde una perspectiva general, existen tantas clases de procesos cuantos órdenes jurisdiccionales [Cortés Domínguez], todos los cuales están informados por el sistema de legalidad de las formas procesales –las actuaciones del juez y de las partes han de ajustarse al modo y con el orden establecido por la ley–. La diversidad de procedimientos depende, entre otras cosas, de la naturaleza del Derecho objetivo que actúa la potestad jurisdiccional, de la función que esta deba cumplir, de especiales exigencias de rapidez procedimental o de adecuación al objeto, de la oralidad o escritura –que no solo repercuten en la forma de los actos, sino también en la estructura del procedimiento– [Cámara Ruiz]. Así, se cuenta con procesos civiles, penales, laborales, de familia, contencioso-administrativos y constitucionales.

Atento a su relación con el objeto del proceso, la función del proceso es el de la satisfacción de las pretensiones. El proceso penal existe para la tutela del derecho de penar estatal. Dentro del proceso penal se tienen procesos declarativos, de ejecución y de protección provisional o de coerción. En cada uno de ellos es posible distinguir procesos comunes u ordinarios y procesos especiales. Los primeros pensados para la tutela de la generalidad de supuestos típicos (Libro Tercero: proceso común, artículos 321-403 CPP), y los especiales previstos para la tutela de especiales circunstancias o de modalidades delictivas (Libro Quinto: artículos 446-487 CPP).

II. CLASES DE PROCESO PENAL

El proceso penal declarativo o fase declarativa (Libros Tercero y Cuarto CPP: proceso común e impugnación) tiene por objeto una sentencia de condena al cumplimiento de una sanción penal fundada en la comisión de un hecho punible. Este proceso no finaliza en una instancia con la emisión de la sentencia (artículo 396 CPP), pues a fin de evitar errores judiciales existe el recurso de apelación (artículo 401 CPP) y, extraordinariamente, el recurso de casación (artículo 427 CPP), cuyo fundamento son las garantías del debido proceso y de tutela jurisdiccional.

El proceso penal de ejecución tiene por finalidad imponer, haciendo uso de la potestad coactiva del Estado, el cumplimiento de las resoluciones dictadas (Libro Sexto, Sección Primera: artículos 488-496 CPP). Su iniciativa es de oficio, y se promueve únicamente sobre un título exclusivamente judicial, la sentencia firme de condena. La ejecución penal no es eventual, sino necesaria. Está en función a las penas, medidas de seguridad y reparación civil.

Por último, en cuanto el proceso de protección provisional o de coerción, el ordenamiento permite adoptar a los jueces una serie de medidas provisionales o de coerción, de diverso contenido y finalidad, dirigidas a hacer posible el enjuiciamiento y la efectividad o la ejecución forzada de una eventual sentencia condenatoria, en tanto exista *fumus delicti conmissi* –razonable atribución del hecho punible– (en el proceso civil *fumus boni iuris*) y *periculum libertatis* (*periculum in mora* en el proceso civil) –peligro en que durante la sustanciación del proceso se produzcan situaciones que impidan o dificulten la tutela que se dispone en la sentencia–. En el caso de las medidas personales, el *periculum* busca conjurar el riesgo de fuga del imputado y con ello, la suspensión del proceso por su ausencia, así como asegurar el cumplimiento de pena privativa de libertad; mientras que en el caso de las medidas patrimoniales persigue evitar la desaparición de cosas específicas o la insolvencia del imputado a efecto de solventar la responsabilidad pecuniaria. Es la justa respuesta a una necesidad creada por el propio proceso de declaración (Libro Segundo, Sección III: artículos 253-320 CPP).

III. EL PROCESO PENAL COMÚN DECLARATIVO DE CONDENA

El proceso penal declarativo, a su vez, consta de cuatro fases o etapas procesales: investigación preparatoria, intermedia, enjuiciamiento e impugnativa.

A. La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones encaminadas a reunir el material fáctico necesario que, en su momento, merecerá ser juzgado en el juicio. Se dirige a establecer hasta qué punto la noticia criminal puede dar lugar al juicio, determinándose si existen bases suficientes para calificar la antijuricidad penal del hecho y si pueden ser imputados o acusados a una persona individualizada. También sirve para el aseguramiento de personas y cosas y de las responsabilidades pecuniarias.

B. La etapa intermedia es de naturaleza eminentemente crítica. Es el conjunto de actuaciones destinadas a realizar el análisis del material recopilado en la investigación preparatoria a fin de determinar el archivo o sobreseimiento de la causa o la procedencia del juicio oral.

C. La etapa de Enjuiciamiento es el conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la realización del juicio oral. En éste tiene lugar la práctica de la prueba acerca de la conducta atribuida por el fiscal al acusado, y sobre ella y su resultado se fundamenta la resolución del conflicto penal que ha dado lugar al proceso, absolviendo o condenando al reo.

D. La etapa de impugnación es el conjunto de actuaciones destinadas a controlar el resultado del juicio, la sentencia, a través de los diferentes medios de impugnación o recursos (Libro IV, artículos 404-445 CPP).

LECCIÓN DUODÉCIMA

LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. INTRODUCCIÓN

1. Regulación legal

Está normada en el Libro Tercero "Proceso Común", en rigor, el proceso de declaración. Integra la Sección I "La Investigación Preparatoria", que consta de los siguientes cinco títulos (23 artículos en total):

A. Título I: "Normas Generales" (artículos 321-325: cinco artículos).

B. Título II: "La denuncia y los actos iniciales de la investigación" (artículos 326333: ocho artículos). Está subdividido en dos capítulos:

I. La Denuncia: tres artículos.

II. Actos Iniciales de la Investigación: cinco artículos.

C. Título III: "La Investigación Preparatoria" (artículos 334-339: seis artículos).

D. Título IV: "Actos Especiales de Investigación" (artículos 340-341: dos artículos).

E. Título V: "Conclusión de la Investigación Preparatoria" (artículos 342-343: dos artículos).

2. Aspecto fundamental

Lo más trascendental del nuevo sistema –en el que siempre interviene una autoridad pública en atención a la enorme importancia social de la persecución penal [NIEVA]– es que deja en manos del Ministerio Público la investigación del delito. Esa opción consolida el carácter no jurisdiccional de la investigación, aun cuando sí es procesal (artículo IV.3 TP CPP), profundiza el principio acusatorio

–que se caracteriza por una nítida diferenciación de los roles o funciones entre los sujetos del proceso– y afirma el principio de imparcialidad jurisdiccional, a la vez que crea un nuevo tipo de juez: el juez de la investigación preparatoria, para controlar su desarrollo y dictar las medidas limitativas de derechos que correspondan (artículos 29 y 323 CPP). Con la concreción de dos instituciones públicas, autónomas entre sí y roles distintos, se intenta resolver armónicamente la tensión entre eficacia y garantía.

El juez instructor, como órgano a cargo de la investigación y del juicio, es incompatible en este nuevo sistema en la medida que –un proceder distinto– acarrea que el juez pierda su imparcialidad. En efecto, mantener la figura del juez instructor supone mantener la objeción de que en una misma persona se reúne la función de conducir una investigación y, a su vez, de decidir sobre la afectación de derechos fundamentales; razón por la cual es correcto asignar al Ministerio Público la investigación del hecho delictivo [Del Río].

Asimismo, construye un mecanismo distinto de consolidación de la eficacia y la agilidad de la actividad persecutoria para dar curso a una investigación dinámica, desformalizada y selectiva. Aquí juega un papel muy importante no solo el principio de oportunidad, sino las diferentes opciones alternativas para su limitación, verbigracia: los procesos especiales de terminación anticipada e inmediato (artículos 2, 336.4, 468 y 446 CPP), que por su propia lógica institucional y rigidez no podía cumplir el juez instructor del CPP 1940.

Desde la perspectiva de la estrategia de la investigación y la economía de medios, el fiscal debe plantear una estrategia que le permita reducir el esfuerzo instructor dentro de límites razonables economizando recursos materiales y personas, no solo por razones presupuestarias relativas a la necesaria reducción de los costes de la justicia, sino por el hecho de que no dispone de medios ilimitados que le permitan seguir hasta las últimas consecuencias todas las vías de prospección imaginables. El fiscal debe efectuar, en consecuencia, una razonable previsión de las posibilidades de éxito de las diversas vías de investigación, lo que implica una valoración de previsibilidad de resultados basadas en criterios de racionalidad y de experiencia.

En tal virtud, el fiscal solo debe realizar aquellas diligencias indispensables o esenciales para el fin de esclarecimiento perseguido. Debe incluir, como es lógico a su naturaleza objetiva, no solo diligencias necesarias para formular acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad, pueden favorecer al imputado. Ello está íntimamente relacionado con la duración de los procedimientos penales,

que deben ser sumarios o breves, para lo cual más allá de los plazos legalmente establecidos, el fiscal debe revisar, de forma periódica, con el concurso de las demás partes, su estrategia investigativa, valorando extremos tales como: **a)** el concreto estado de las acusaciones; **b)** la eficacia incriminatoria de las diligencias prácticadas hasta el momento; **c)** la extensión temporal del trámite investigativo; **d)** la pertinencia y práctica de nuevas diligencias de investigación; y, e) el interés de la víctima [MARCA MATUTE].

3. Definición y finalidad

3.1. Definición

La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones, dirigidas por el Ministerio Público (artículo 322.1 CPP), tendentes a averiguar la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias y a la persona de su autor o partícipe –es lo que se denomina la determinación del hecho punible y la de su autor–, para de ese modo fundamentar la acusación y, también, las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado (artículo 321.1 CPP) –es, pues, una labor de gestión técnico-jurídico de datos–. En similares términos, por ejemplo, se ha pronunciado la STSE de 09-09-02.

Realmente, el proceso penal comienza de verdad cuando se formula una acusación contra una persona determinada por un delito concreto. Pero para poder llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie complicada de actos, principalmente de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores o partícipes, que fundamenten así la posterior acusación, dado que lo normal es que el delito se cometa en secreto, que se procure evitar su descubrimiento y que no se conozca desde el principio quién lo ha podido cometer [GÓMEZ COLOMER].

3.2. Finalidad

La finalidad de la investigación preparatoria es hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre con base en juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor. En su desarrollo se realizan, esencialmente, actos de investigación, aunque también se practican otros de carácter diferente y no estrictamente de investigación.

Toda investigación, en cuanto constituye una *inquisitio*, es una actividad en que tanto la policía cuanto la fiscalía, tratan de superar su estado de desconocimiento, incertidumbre y duda respecto al hecho relevante ocurrido y, por ello, usan todos los medios posibles, autorizados legalmente, para adquirir conocimiento cierto de sus determinaciones y características. Lo preparatorio de la investigación es que no tiene un fin en sí misma, sirve tanto al fiscal como a las demás partes, y a partir de sus resultados es posible opciones alternativas, tanto despenalizadoras cuanto de simplificación procesal.

Debe superarse la concepción del sistema inquisitivo de que el objeto de la investigación es determinar radicalmente la verdad real o histórica. Se debe aspirar a la verdad probada, que surge del conjunto de versiones –en orden a lo que fluya de los actos de investigación– de las cuales se intenta extraer lo que ocurrió, sin perder de vista que se trata de una etapa de preparación para el eventual juicio oral [Umbarila].

4. Funciones

La investigación preparatoria tiene una función genérica y tres funciones específicas. La función genérica de la investigación preparatoria es preparar el juicio oral –que el fiscal pueda acusar y que la defensa pueda sustentar en ella sus afirmaciones–.

Las tres funciones específicas son: **a)** efectuar actos de investigación: tendientes a la averiguación de la preexistencia y tipicidad del hecho y su autoría (artículo 321.1 CPP); **b)** disponer medidas de aseguramiento de las fuentes de prueba de carácter material, los vestigios o elementos materiales (artículo 322.3 CPP); y **c)** adoptar las medidas limitativas de derechos para garantizar los fines del proceso (artículo 253 CPP).

A final de cuentas se quiere que la investigación preparatoria: **i)** prepare el juicio oral, fundamentando la acusación y la defensa respecto de una persona concreta por un hecho criminal determinado que se le atribuye; **ii)** impida que pueda abrirse el juicio oral, a menos que si como consecuencia de ella se desprende la existencia de indicios que permiten llevar a la conclusión provisional de que es conveniente la celebración del juicio oral –decisión a cargo del juez de la investigación preparatoria–.

5. Contenido

La investigación preparatoria está integrada por cuatro clases de actos: **1.** Actos que implican la iniciación de la investigación y el ejercicio de la acción penal. **2.** Actos de investigación y, en su caso, de prueba anticipada. **3.** Actos de imputación fiscal o promoción de la acción penal (Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria). **4.** Actos de coerción.

La investigación entraña una actitud inquisitiva, pese a la cual el Ministerio Público tiene una directiva de actuación objetiva (artículo 61.1 y 2); es decir, debe investigar los hechos de modo integral, ha de consignar no solo las circunstancias adversas, sino también las favorables para el imputado, cargo y descargo. Aquí el MP actúa como autoridad imparcial defensora de la legalidad: es el primer rol que tiene, que luego se modifica cuando formula acusación e interviene en el acto oral: solicita la actuación del *ius puniendi.*

Como los actos del Ministerio Público y de la Policía, salvo los de prueba irreproducible, carecen de valor probatorio, ello devuelve al juicio su centralidad (artículo 325 CPP). En materia de desformalización, se reconoce al Ministerio Público la decisión sobre la estrategia de investigación, programando y coordinando sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para su eficacia. También se han flexibilizado las reglas de registro de las actuaciones, notificaciones, comunicaciones con la policía y sobre acumulación y desacumulación de investigaciones, así como separación de imputaciones (artículo 51 CPP). Además, se reconoce al reglamento, que el órgano de gobierno fiscal dictará, regular su funcionamiento de cara a la investigación y una serie de instituciones propias de aquella. Es de entender que las reglas de competencia son judiciales, que la distribución y reparto de investigaciones no tiene predeterminación legal, y que se reconoce amplia potestad al Ministerio Público para la asignación, control y evaluación de su labor investigadora y de los casos bajo su responsabilidad.

6. Notas características

Son cuatro las notas características de la investigación del delito, que a su vez expresan cuatro principios: carácter preparatorio o no definitivo de sus actuaciones, documentación, investigación de oficio y reserva.

6.1. Carácter preparatorio de la investigación

Las actuaciones de investigación van encaminadas fundamentalmente a determinar las circunstancias que posibilitarán en el futuro abrir o no el juicio oral, por lo que no pueden ser la base de la sentencia, carecen de efectos probatorios; tienen, pues, una naturaleza claramente instrumental [Seoane]. En este sentido, la STSE de 20-05-07 tiene señalado que las diligencias realizadas durante la fase investigativa no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa.

Los actos probatorios se desarrollarán solo y exclusivamente en el juicio, salvo contadas excepciones (los casos de prueba anticipada y prueba preconstituida), y van encaminados a demostrar la existencia de unos hechos que darán lugar a la absolución o a la condena [Cortés Domínguez].

Desde la perspectiva procedimental, el desenvolvimiento de la investigación preparatoria, conformado –como ya se anotó– por actuaciones heterogéneas, no posee una secuencia lineal. En otras palabras, la sucesión de los actos no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y resultados que cada acto provoca y produce [Aragoneses Martínez].

6.2. El principio de la documentación

Las investigaciones no son orales y no están regidas por el principio de concentración. Por tanto, es vital que deban documentarse en actas, en tanto carecen de carácter probatorio. Esa es la única manera de poder decidir en su momento si, con base en actuaciones pasadas y quizás lejanas en el tiempo, se abre o no la otra frase procesal destinada al enjuiciamiento del acusado. En este sentido, entre las diligencias que deberán ser formalizadas se encuentran las inspecciones, constataciones, registros, pesquisas, secuestros, detenciones, búsqueda e incorporación de pruebas, etc. Por otro lado, en cuanto a la forma de la investigación, el Ministerio Público ha de documentar todas las actuaciones en un expediente que contendrá la denuncia, el Informe Policial, las diligencias de investigación, los documentos obtenidos, los dictámenes periciales, las actas, las disposiciones y providencias dictadas, y los requerimientos solicitados al juez con sus resultados.

6.3. El principio de la investigación de oficio

La investigación del delito debe ser obra de una autoridad pública que debe llevar a cabo su propia estrategia de esclarecimiento, sin necesidad de que su actuación sea pedida por las partes. El fiscal debe realizar las diligencias instructoras o de investigación que estime convenientes para la realización de la función de esclarecimiento y conseguimiento del fin de la misma y, sobre todo, garantizar la ejecución efectiva de importantísimas medidas provisionales.

La investigación gira en torno a un elemento objetivo –el hecho presuntamente punible– y un elemento subjetivo –la persona presuntamente responsable de aquel–, si bien no siempre es posible deslindar la existencia de actos que tiendan de modo unilateral a comprobar uno o a averiguar otro. Antes, al contrario, la investigación de ambos extremos suele ser coetánea [ARAGONESES MARTÍNEZ].

6.4. El principio del secreto de las actuaciones

Este principio se entiende, siempre, para terceros, y en relación con las informaciones contenidas en los actos de investigación –es la reserva propiamente dicha–. Posibilita que las personas que están sometidas a investigación no sufran con la publicidad de los actos de averiguación más perjuicios de los necesarios –protección de los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la presunción de inocencia e incluso a la integridad psíquica del investigado–; aunque la función primordial estriba en garantizar el éxito de la investigación, evitando las comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba. Por partes se debe entender a las partes privadas, bien sean acusadoras, bien se trate del imputado o del testigo. La extensión del derecho de información de las partes comprende, tanto el pasivo, como lo es la lectura personal de las diligencias, cuanto el activo o derecho a tomar notas [GIMENO].

El apdo. 1 del artículo 324 CPP autoriza que las partes obtengan copia simple de las actuaciones, las que deben permanecer en reserva bajo responsabilidad disciplinaria y exclusión del abogado si las filtra indebidamente.

El apdo. 2 autoriza al fiscal a ordenar propiamente el secreto instructorio: prohibición de la publicidad relativa mediante la expedición de una disposición, que empero debe cumplir con el principio de proporcionalidad –su objeto es garantizar el éxito de la investigación–. **1.** Formalmente ha de ser motivada con

inclusión del adecuado juicio de ponderación entre el derecho de defensa, de un lado, y el éxito de la investigación preparatoria, de otro. 2. Subjetivamente, se hace de oficio o a pedido de parte, cuyos efectos rigen para todas las partes personadas. 3. Materialmente el secreto se extiende a los actos de investigación, que puede ser total o parcial (circunscribe sus efectos a alguno o algunos actos de investigación). 4. Temporalmente, dura 20 días, solo prorrogables por el juez de la investigación preparatoria por un plazo no mayor de 20 días.

La publicidad, por tanto, es plausible en tanto no perjudique la eficacia de la investigación y solo debería comprender las diligencias no declaradas secretas. La identidad e imagen del investigado en esta fase deberían estar excluidas por completo de la publicidad, para así preservar la batería de derechos fundamentales ya citados del imputado –y también de la víctima en la medida en que le sean aplicables [Nieva]–.

7. Facultades coercitivas

Una garantía fundamental para la eficacia de las actuaciones de investigación es la facultad que se reconoce al fiscal de dictar ciertas, mínimas, facultades coercitivas, imprescindibles para hacer posible la realización material de los fines de la misma. Se entiende por facultad el poder legal que se confiere al fiscal para el cumplimiento efectivo de su función de conductor de la etapa de investigación, para lo cual puede restringir derechos de las personas. Los actos de coerción están orientados al mejor y recto cumplimiento de sus funciones. El valor eficacia justifica esta facultad.

En tal virtud, se reconoce al fiscal **(i)** citar a las personas involucradas en una denuncia o hecho delictuoso para que declaren o realicen una actividad específica y, en caso de que aquellas no asistan, desatendiendo su pedido, a pesar de haber sido debidamente notificadas, **(ii)** ordenar que la policía las conduzca ante su presencia, medida que no puede demorar más de 24 horas (artículo 66 CPP). Además, con la finalidad de generar seguridad y orden en las diligencias bajo su cargo, **(iii)** requerir la intervención de la fuerza pública y toda otra medida –función de policía procesal o de estrado– que garantice el desarrollo adecuado de las diligencias (artículo 126 CPP).

Es evidente que con todo acto de investigación se puede vulnerar algún derecho fundamental, tan pronto como aparece un sospechoso identificado: los más afectados son, desde luego, la presunción de inocencia y la intimidad, sin perjuicio de la integridad corporal, la dignidad y la libertad ambulatoria.

Sin perjuicio de lo que la fiscalía expresa y limitadamente puede realizar, así como de aquellos supuestos en que se requiera la preceptiva orden judicial, es de tener en cuenta la actividad investigativa, policial, a la que se reconoce la realización de investigaciones urgentes de propia autoridad. Desde luego, bajo la supervisión fiscal, esas actuaciones deben cumplir dos requisitos: **1)** existencia de sospecha fundamentada de delito concreto; y, **2)** concurrencia, bien de urgencia en la intervención que impida pedir la autorización correspondiente, o bien consentimiento del sujeto pasivo de la diligencia [NIEVA].

8. Funciones del juez de la investigación preparatoria

En el curso de la investigación preparatoria, el juez de la investigación preparatoria goza de ciertas facultades: jurisdiccionales y de garantía, que ejercerá a instancia del fiscal o a solicitud de parte, la investigación preparatoria no es de dominio exclusivo del fiscal, siempre hay control y dirección del juez en algún sentido [NEYRA]. El juez procura equilibrar la posición de las partes en el procedimiento de investigación. El CPP reconoce cinco categorías de facultades propiamente jurisdiccionales:

A. Autorización de la constitución de las partes.

B. Pronunciamiento sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial, y medidas de protección.

C. Resolución de las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales planteadas por las partes.

D. Realización de actos de prueba anticipada.

E. Control del cumplimiento del plazo.

Pero, aparte de esas funciones puramente jurisdiccionales, el juez de la investigación preparatoria también asume la posición de juez de garantías, en tres supuestos:

A. Restablecer, en vía de tutela, los derechos del imputado afectados indebidamente durante la investigación;

B. Limitar el plazo de duración de las diligencias preliminares fijadas por el Ministerio Público; y,

C. Ordenar la práctica de una diligencia de investigación cuando el Ministerio Público negó indebidamente su actuación.

II. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

1. La denuncia

Se realiza ante el fiscal o la policía. Se la define como una declaración de conocimiento por la que se transmite a la Fiscalía o a la Policía Nacional la noticia de un hecho constitutivo de delito.

No se ha alterado el régimen de la legislación pretérita, aunque ha sido precisado y regulado con mayor especificidad. La denuncia se configura como un derecho ciudadano (artículo 326.1 CPP) y, excepcionalmente, como un deber (apdo. 2 del citado artículo 326 CPP), en el caso de los médicos, educadores y funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Cualquier persona que tuviera conocimiento de un delito perseguible de oficio puede denunciarlo ante las autoridades. No se exige, en consecuencia, que la denuncia la formule una persona determinada en el caso de los delitos de acción pública, pudiendo ser tanto la víctima o una tercera persona que tenga conocimiento del evento delictivo [Sánchez Velarde]. Se reconoce como excepción el derecho a la abstención de denuncia de los cónyuges y parientes, así como a los que estén amparados en el secreto profesional. Por último, se regula el contenido y forma de la denuncia, destacándose el requisito de la identificación del denunciante y de una narración circunstanciada de los hechos (no se exige la individualización del responsable). La simplicidad es la regla: se formula por escrito u oralmente. En el caso de que la denuncia se presente verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el funcionario del MP o de la Policía que la reciba, debiendo recabar la firma y huella del denunciante [López Betancourt].

En cuanto a la posibilidad de iniciar una investigación a partir de la interposición de denuncia anónima, esto es viable por cuanto el Código Procesal Penal no ha establecido una norma prohibitiva para su admisibilidad. Si bien la denuncia anónima no puede servir de base para el inicio de una investigación penal, puede permitir la investigación de oficio de parte de una autoridad competente, en función a su verosimilitud y seriedad [Jauchen]. La STSE n.° 1881/2000, de 7 de diciembre, no ha negado que la denuncia anónima pueda constituir una base lícita para el inicio de una investigación y constatar la veracidad del hecho denunciado, sin embargo, rechaza la posibilidad de que esta pueda tener condición de prueba de cargo.

2. Actos iniciales y diligencias preliminares

2.1 Actos iniciales

A la Fiscalía, en régimen de monopolio, corresponde tomar la decisión si debe promover la acción penal. Para iniciar la persecución penal es necesaria y suficiente la llamada *sospecha inicial simple*, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos y fundado en experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible; para ello no son suficiente las meras presunciones, debe existir 'una sospecha que impulse el procedimiento' [ROXIN]. Dice el apdo. 1 del artículo 329 CPP cuando tenga sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito –indicios materiales más un examen de la procedencia legal: la presunción de que una conducta podría ser punible–. La iniciación y la realización de un procedimiento de investigación, como tales, no son impugnables judicialmente; obedecen la discrecionalidad del fiscal.

Son dos los aspectos de la discrecionalidad fiscal: **a)** la intervención de la Policía Nacional en la práctica de las diligencias preliminares –salvo el supuesto de la no identificación del autor–; y, **b)** la práctica misma de las diligencias preliminares.

2.2. Diligencias preliminares

Tomada la decisión de iniciar la persecución penal, resta definir si formula una inculpación formal o si, frente a los límites de la sospecha inicial, ordena la realización de "Diligencias Preliminares". Estas tienen por finalidad: realizar actos urgentes e inaplazables. Persiguen: determinar si han tenido lugar los hechos denunciados y su delictuosidad, asegurar los indicios materiales, individualizar a los involucrados, incluidos los agraviados, y asegurarlos debidamente (Casación n.° 66-2010/Puno). Se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente, tras la inculpación formal, la investigación preparatoria y, por ende, el proceso penal [SÁNCHEZ VELARDE]. Ella permitirá, en su caso, que los fiscales puedan realizar óptimamente la tarea de selección de casos con el objetivo que el sistema judicial no esté saturado de causas [CUBAS].

Las "Diligencias Preliminares" pueden ser realizadas por el fiscal o ser encomendadas a la policía: el plazo de esa subfase es de sesenta días, pero el fiscal podrá fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos investigados, bajo control judicial, del juez de la investigación preparatoria

(artículo 334.2 CPP). El plazo indicado no forma parte del plazo dispuesto para la investigación preparatoria (Casación n.° 66-2010/Puno).

Esta fase del procedimiento de investigación preparatoria (Casación n.° 2-2008/La Libertad, de 03-06-08), exige por su propia naturaleza, una lógica de actuación especialmente reservada. Admitida la necesidad de realizarla –en función a los términos de la información o *notitia criminis* que el fiscal recibió– se dispondrá la realización de actos de investigación para concretar los hechos y su criminalidad e individualizar a los involucrados, lo que no requiere necesariamente dar conocimiento de su realización al presunto implicado. Esta posibilidad, en modo alguno colisiona con el derecho de ser informado de la acusación, pues este se exige a partir de la inculpación formal, es decir, cuando se dicta la Disposición de Continuación y Formalización de la investigación preparatoria; mientras no se atribuya a un sujeto concreto la comisión de un hecho punible, no puede haber imputación, y, por tanto, no habrá puesta en conocimiento de la imputación [Castillejo Manzaneros].

La finalidad y el plazo de las "diligencias preliminares" están regulados por los artículos 330.2 y 334.2 CPP. Luego, no es posible una interpretación de una institución al margen de las previsiones normativas. A estos efectos es menester destacar lo siguiente:

Primero, que precisamente, se está ante diligencias preliminares, lo que desde ya significa actuaciones o trámites de averiguación realizados o dispuestos por el Ministerio Público –que, incluso, puede realizar la Policía– que preceden o se anteponen al procesamiento formal y que permiten tratar sólidamente una ulterior investigación tras el procesamiento correspondiente (dictación de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria).

Segundo, que precisamente se dispone su formación cuando, desde la *notitia criminis* y los datos ofrecidos por las primeras fuentes de información, (i) no se tiene una acreditación, en el grado de sospecha reveladora (ex artículo 336.1, *a contrario sensu*, CPP), respecto de los hechos supuestamente delictivos prevenidos o comunicado, **(ii)** o hace falta el necesario aseguramiento de las fuentes de investigación o de sus elementos materiales para la concreción de los mismos, o **(iii)** cuando resulta indispensable especificar o determinar, con sus nombres y apellidos completos e, incluso, con su Documento Nacional de Identidad, a los involucrados en los hechos, incluso los agraviados, así como, cuando corresponda, custodiarlos o impedir que se aparten o alejen del proceso.

TERCERO, que los actos de investigación no son los comunes –los que demandan inmediatez–, sino aquellas diligencias que se estiman urgentes o inaplazables. Lo urgente es aquello que se debe ejecutar rápida o prontamente, con apremio o dinamismo. Lo inaplazable es aquello que no se puede retrasar, que debe hacerse rápidamente en atención a las circunstancias del caso. Lo esencial del tipo de actuaciones que resulta menester ejecutar sin dilación es la necesidad, impuesta por las condiciones del caso concreto, de actuar con premura o prontitud.

CUARTO, que, en este contexto, se explica que la ley fije un plazo específico: sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona –que no puede exceder de cuarenta y ocho horas–, o un plazo prudencial si se trata de casos complejos, dificultosos o laboriosos (artículo 334.2 CPP). La ley no previó una prórroga, como sí lo hizo para el plazo de la investigación preparatoria formalizada (artículo 342.1 y 2 CPP), cuando se trata de "[...] *causas justificadas,...*".

Ésta no ha sido la interpretación de ambos preceptos asumida por la Corte Suprema de Justicia (SSC 599-2018/Nacional y 528-2018/Nacional, ambas de 11-10-2018). En dichas sentencias el Tribunal Supremo consideró que no es de rigor limitarse a una interpretación temporal de las actuaciones (sic) al estimar que para casos de crimen organizado existen determinada actuaciones que no pueden realizarse en un breve periodo de tiempo, que estas investigaciones requieren una mayor inversión de tiempo y de recursos para lograr recabar los elementos necesarios para su debida investigación, que una de las características de la investigación es su progresividad, y que, además, este plazo es impropio, el cual se puede ampliar incluso si por alguna falta de diligencia se efectúa luego de culminado.

Es menester puntualizar, sin embargo, la naturaleza de esta subfase de la investigación preparatoria y la clase de actos de investigación que permite realizar, de suerte que en casos complejos corresponde al fiscal fijarlos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pero nunca sin siquiera asemejarse al plazo de la investigación preparatoria formalizada. La ley procesal no admite prórrogas del plazo –y aun si se acude al enunciado abierto de "causas justificadas" tampoco puede importar un tiempo que rebase lo urgente e inaplazable–. El plazo ha de ser breve porque las diligencias que se realizan son de ejecución rápida y que no pueden atrasarse.

2.3. La inspección preliminar

Una diligencia inicial, normada en el apdo. 3 del artículo 330 CPP, es la inspección preliminar: el fiscal se constituye al lugar de los hechos y efectúa la

inspección correspondiente –una diligencia específica, que la integra, por cierto, es el "levantamiento de cadáver", prevista en el artículo 195 CPP–. A través de ella examina las huellas materiales, pone término a las consecuencias ulteriores del delito y evita la alteración de la escena del delito –es el lugar donde se ha producido el hecho punible que comprende, además, todos los indicios y evidencias (vestigios y rastros materiales) que se encuentran en dicho lugar, así como las vías de acceso, el lugar de entrada, el teatro del crimen, el lugar de salida y las vías de escape [Noguera]–. Aquí se opta –en tanto, para su eficacia, previamente la policía procedió a la delimitación, aislamiento y protección de la escena del delito– por la recogida y custodia de los siguientes elementos: **a)** el objeto material del delito o instrumento a través del cual se ha cometido la acción delictuosa, y **b)** las piezas de convicción o elementos que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

Desde la perspectiva criminalística es factible que pueda haber más de un lugar de los hechos. Por tanto, el sitio donde se encuentra el cuerpo del delito se denomina "lugar de los hechos primarios", y otros lugares de relevancia criminalística, tales como **a)** lugares utilizados para desplazamientos, **b)** lugar donde se descubre cualquier elemento físico de prueba distinto al primario, **c)** medios utilizados para el delito, y **d)** espacios físicos de uso forzoso, denominados "lugar de los hechos secundarios" [Noguera].

La inspección preliminar es un acto típico de investigación, en tanto en cuanto es un acto de constancia de lo ocurrido y de lo que se encuentra en el lugar del delito. Empero, lo referido a la recogida y conservación del cuerpo del delito: objeto material del delito y piezas de convicción, constituyen un acto de prueba preconstituida, en la medida que garantiza la preexistencia y genuinidad de las fuentes de prueba intervenidas y que posibilitan la ulterior realización de análisis periciales.

Esta diligencia, y otras similares vinculadas al cuerpo del delito y a las piezas de convicción –de ahí su heterogeneidad–, constituye una actuación propia de "comprobación del delito" tendente a acreditar que el delito existió, que no fue una patraña urdida por malquerencias o por alguien interesado en hacerlo suponer, ya sea por venganza, deseo de ocultar otro más grave o al verdadero delincuente, notoriedad patológica o cualquier otra razón espuria [Almagro]. El levantamiento de cadáver es una diligencia de las denominadas "cuerpo personal del delito", que importa propiamente la constitución en el lugar donde se halle el cadáver, el examen del mismo, su identificación si fuera posible en ese momento a través de sus documentos o la precisión de testigos presentes en la escena del delito –sin

perjuicio de la denominada "necroidentificación" (huellas dactilares, fotografías, muestras biológicas)–, la incautación instrumental de los vestigios materiales y de los instrumentos, armas y efectos, y el levantamiento del acta correspondiente con el auxilio, si fuera del caso y esté disponible, de las fotografías y de la filmación respectiva [SEOANE].

2.4. El informe policial

El producto de las actuaciones policiales se vuelca en un documento denominado Informe Policial (artículo 331.1 CPP). Lo novedoso del informe policial estriba en que la Policía Nacional, a diferencia del ACPP, ya no puede calificar jurídicamente el hecho objeto de investigación, menos puede atribuir responsabilidades iniciales. Solo contiene los antecedentes de su intervención, la relación de diligencias efectuadas, y el análisis de los hechos investigados. Debe adjuntarse las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas, la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados, así como "todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos".

La Policía está bajo la autoridad y dependencia del fiscal, por lo que deberá de cumplir con la realización de los actos que le fueron encomendados. Las principales atribuciones de la Policía en la investigación son: **(i)** recibir denuncias; **(ii)** efectuar la intervención de oficio en los casos de flagrancia delictiva; **(iii)** detener e incomunicar a las personas en los casos de flagrancia delictiva; **(iv)** recoger las pruebas y demás antecedentes que pudiera adquirir en el lugar de la ejecución del delito; **(v)** practicar las diligencias necesarias para identificar al autor y partícipe de los hechos delictivos; **(vi)** recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; **(vii)** allanar locales de uso público o abiertos al público; **(viii)** efectuar el secuestro e incautaciones necesarios en los delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración; **(ix)** recibir las declaraciones de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor (artículo 68 CPP). De todas las diligencias practicadas se deberá informar siempre al Ministerio Público.

El informe policial es un documento que contiene la investigación –entendida como conjunto– realizada por la Policía respecto a un hecho aparentemente delictivo, que hoy es ciertamente compleja, y tiene diferente valor de denuncia pues cumple la función de ser acto de iniciación del proceso [MONTERO]. En principio: **a)** tiene valor de denuncia, por lo que es el acto de iniciación del

proceso penal; **b)** el policía que lo redactó tiene la condición de testigo sobre lo que le consta y como tal declarará en el juicio oral; **c)** las apreciaciones u opiniones de la policía, las declaraciones o manifestaciones, incluso las diligencias de identificación o reconocimiento o de otras diligencias semejantes, si no cumplen las exigencias de irrepetibilidad y urgencia, tienen el valor de mera denuncia –la clave es que quien lo haga declare en el acto oral y se someta a contradicción–; **d)** los dictámenes o informes de los laboratorios policiales tienen el valor de dictámenes periciales; y, **e)** las diligencias objetivas y de resultado incuestionable, tienen el carácter de prueba preconstituida –documentales o periciales, sin perjuicio de la declaración del agente policial que las llevó a cabo, si fuera el caso–.

El informe policial debe contener, primero, el relato completo de los hechos, que parte de los datos acerca de la denuncia o de las primeras diligencias, cuyo carácter debe ser objetivo, limitados a los hechos constatados; segundo, diligencias practicadas, que deben indicarse con el fundamento de su ejecución, la sospecha que la motivó y, en su caso, si se recabó la orden fiscal o, en casos graves, la autorización judicial; y, tercero, hipótesis sobre futuras líneas de investigación, que permitirá al fiscal construir la estrategia de diligencias futuras y, en todo caso, marca la línea de cooperación y colaboración entre policía y fiscalía, bajo el entendido que la policía requiere de rapidez y eficacia en su actuación, y los fiscales precisan de fuentes de prueba lícita [Nieva].

2.5. La disposición de archivo

El artículo 334.1 CPP establece las causales por las que el fiscal, luego de recibir la denuncia o culminar la subfase de diligencias preliminares, puede emitir una disposición de archivo. Estas son: **(i)** que el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente; **(ii)** que se presenten causas de extinción de la acción penal o no se individualice –con sus nombres y apellidos completos– al denunciado o investigado; y, **(iii)** que falten indicios reveladores de la realidad del delito, y la intervención de su comisión del denunciado o investigado.

En cuanto a la primera causal, se diferencia entre el supuesto de atipicidad del hecho punible del caso de ausencia de punibilidad. El hecho puede ser atípico por la falta de un elemento objetivo o subjetivo del tipo, por la presencia de una causa de justificación. De otro lado, el hecho no es justiciable penalmente por falta de punibilidad del hecho delictivo o por presentarse cláusulas de exclusión de la pena.

Por otra parte, las causales de extinción de la acción penal se encuentran establecidas en el artículo 78 del CP: **(i)** por la muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia; **(ii)** por la autoridad de cosa juzgada; **(iii)** en los casos que solo proceda la acción privada, esta se extingue, además de las establecidas en el núm. 1, por desistimiento o transacción.

Finalmente, la causa de falta de indicios procede cuando el fiscal advierte la ausencia de elementos de prueba o su insuficiencia para fundamentar la continuación de la investigación penal, lo cual puede estar relacionado tanto a demostrar la existencia del hecho delictivo como también la responsabilidad penal del autor o partícipe.

2.6. Impugnación de la disposición de archivo

Contra la decisión que dispone el archivo de las investigaciones, el agraviado podrá interponer recurso de queja dentro de un plazo de cinco días a fin de que sea resuelto por un fiscal superior, quien en igual tiempo se pronunciará (artículo 334.5 y 6). Sobre este aspecto, sin embargo, el Ministerio Público, mediante Directiva n.° 009-2012-MP-FN, estableció que el Código Procesal Penal no contenía una regulación específica del plazo para impugnar la decisión Fiscal de no promover la formalización de investigación preparatoria, y que el plazo de cinco días determinado en la norma procesal estaba vinculado al plazo que tenía el fiscal para elevar los actuados una vez que el agraviado interpusiera el recurso de queja o de impugnación. Consecuentemente, la Fiscalía dispuso que, debido a una ausencia o vacío de la regulación procesal penal, debía aplicarse la disposición contenida en el artículo 12 de la LOMP, que establecía que el plazo para recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior era de tres días.

Esta directiva emitida por la Fiscalía de la Nación es discutible por cuanto expresamente el artículo 334.5 del CPP ha regulado el plazo de cinco días, no como periodo para que el fiscal provincial remita o eleve los actuados a su superior jerárquico, sino como plazo para que el afectado con la decisión de archivo, es decir, el agraviado, pueda ejercer su derecho de recurrir la disposición fiscal que le causa agravio. En consecuencia, exista una norma especial de carácter procesal que regula, de forma expresa, el plazo dispuesto para que el agraviado pueda recurrir la disposición de archivo del fiscal provincial, por lo que no es necesario tener que invocar la LOMP al no existir ningún vacío legal (STC n.° 4426-2012-PA/TC de 15-01-14). Asimismo, debe tenerse en cuenta que existe una derogación tácita del texto del artículo 12 de la LOMP, pues el CPP, a diferencia del ACPP, ha regulado

con precisión y claridad las actuaciones del Ministerio Público y, en este supuesto específico, el plazo para impugnar o, mejor dicho, en vía de remedio jurídico, instar la elevación de las actuaciones al fiscal superior.

El fiscal superior, recibido el cuestionamiento a la decisión de archivo emitido por el fiscal provincial, contará con un plazo de cinco días para emitir su disposición. El fiscal superior podrá, en consecuencia: **(i)** Ordenar la formalización de la investigación preparatoria, en cuyo supuesto, por el principio de jerarquía que rige en el Ministerio Público, el fiscal provincial tendrá que cumplir la disposición de su superior; **(ii)** Ratificar el criterio del fiscal provincial, en este supuesto se constituye cosa decidida y la investigación se archiva de forma definitiva; y, **(iii)** Ordenar la realización de diligencias adicionales al fiscal provincial a fin de emitir una nueva disposición.

La Disposición de archivo conlleva el efecto de prohibir una investigación por los mismos hechos. Esa es la regla. El Tribunal Constitucional; en la STC n.° 2725-2008-PHC/TC, FJ 16, estableció que la decisión del fiscal de no formalizar denuncia penal, si bien no constituye en estricto, cosa juzgada, pues se trata de una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales, se le reconoce un estatus inmutable o de cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución que los hechos investigados no constituyen ilícito penal. En la misma línea, la Comisión Interamericana en el Informe n.° 1/95- relativo al caso 11.006 de 07-02-95, ha señalado que: "La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito, es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible, surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión [...]".

El artículo 335 CPP establece dos supuestos de excepción: **(i)** prueba nueva; y, **(ii)** manifiesta falta de investigación en el caso archivado. En igual sentido la STC n.° 2110-2009-PHC/TC, FJ 22, estableció que: "22. A *contrario sensu*, no constituirá cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad

por el Ministerio Público; o, **b)** cuando la investigación ha sido deficientemente realizada".

2.7. La acusación directa

El artículo 336.4 CPP ha regulado una figura innovadora en el sistema procesal penal conocida como "acusación directa". Se establece que si el fiscal considera –luego de actuadas las diligencias preliminares– que existen suficientes elementos de la realidad de comisión del delito y de la intervención del imputado en su comisión, podrán formular acusación de manera directa –"sospecha suficiente"–.

Sin embargo, esta figura no se ha encontrado exenta de críticas, pues no se establece cómo continuar el procedimiento en el caso de la acusación directa. No existe una mención a la disposición de formalización de investigación preparatoria, el empleo de la tutela de derechos, la admisión del actor civil o el emplazamiento del tercero civil responsable [SÁNCHEZ VELARDE].

El Acuerdo Plenario n.° 06-2010/CJ-116 ha definido que en el supuesto de acusación directa, esta debe cumplir las funciones de la disposición de formalización de investigación preparatoria por cuanto: **(i)** individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; **(ii)** satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; **(iii)** establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; **(iv)** determina la cuantía de la pena que se solicita y se fija la reparación civil; y, **(v)** ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

En cuanto a la vigencia del derecho de defensa, este quedará salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días las partes puedan pronunciarse. De igual forma, en el caso del imputado se le posibilita, en virtud de lo dispuesto en el artículo 350.1 NCP, observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que pueden servir en el juzgamiento. En el caso de la víctima o del ofendido que no haya podido constituirse como actor civil, podrá solicitarla al juez de la investigación preparatoria conforme al artículo 100 CPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350 CPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apdo. 1, literal h.

3. La investigación preparatoria formalizada. La disposición fiscal

3.1. La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria

Si la disposición inicial de actuaciones de investigaciones descansa en la sospecha inicial simple, la inculpación formal o la formalización de la investigación preparatoria se apoya en la noción de *sospecha reveladora* –'indicios reveladores de la existencia de un delito' (artículo 336.1 CPP)–. Esa es la segunda selección, de cara a los hechos, que debe realizar el fiscal.

Los presupuestos materiales para la indicada disposición son: **1)** que el hecho denunciado constituye delito y es justiciable penalmente, **2)** que no se presentan causas de extinción del delito, **3)** que se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, y **4)** que el imputado esté debidamente individualizado (artículo 336.1 CPP). De no presentarse esos presupuestos expedirá una Disposición de archivo de actuaciones, que se notificará a los interesados, contra la que procede una instancia ante el fiscal superior.

La Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria está sujeta a formalidades muy estrictas: artículo 336.2 CPP. Destacan: **a)** la exigencia de precisión los hechos –importa una descripción de la conducta atribuida a cada imputado con las circunstancias que le son relevantes–; **b)** la tipificación específica correspondiente, a la vez que permite al fiscal consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación; y **c)** indicación de los motivos de la calificación jurídico-penal.

En primer lugar, se entiende que esa Disposición Fiscal importa la promoción de la acción penal, y da lugar al inicio formal de la intervención jurisdiccional, controlando el mérito de la investigación preparatoria. En segundo lugar, un efecto trascendente de la aludida disposición es que suspende la prescripción, de acuerdo al artículo 339.1 CPP (Acuerdo Plenario n.° 1-2010/CJ-116), pero no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo (Acuerdo Plenario n.° 3-2012/CJ-116, FJ 11). El Acuerdo Plenario n.° 1-2010/CJ-116 de 16-11-10, aclaró que el artículo 339.1 CPP regula una sui generis suspensión de la prescripción de la acción penal, por lo que queda sin efecto el tiempo que transcurre desde la disposición fiscal de formalización hasta la culminación del proceso mediante un sobreseimiento o sentencia firme. No se trata de un supuesto de interrupción de la prescripción de la acción penal. Empero, el Acuerdo Plenario n.° 3-2012/CJ-116, luego de ratificar que la citada norma, no derogó ni modificó los artículos 83 y 84 CP, estatuyó que

está sujeta a un límite temporal de duración y que sería el mismo que contenía el derogado artículo 122 de CP de 1924: el plazo de duración de la suspensión de la prescripción será igual al plazo ordinario de la prescripción más una mitad. Ello significa que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso –la fecha de emisión de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria– no se pierde y se sumará al que transcurra después de su dictado, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa a efectos de la prescripción extraordinaria (así, Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116). En tercer lugar, el archivo de las actuaciones, el sobreseimiento, solo puede ser dictado por el juez de la investigación preparatoria. Por último, se requiere de esa Disposición para dictar medidas coercitivas graves, como la prisión preventiva –requisito previo para la práctica de diligencias que afecten derechos individuales, artículo 338.4 CPP–.

Por otro lado, en tanto la Disposición es una actuación unilateral del Ministerio Público, no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la investigación preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra.

La emisión de la Disposición Fiscal, en puridad, inicia la fase de imputación de la etapa de investigación preparatoria, en la que la intervención del imputado y agraviado es fluida, en especial del primero, en la que por el solo hecho de la Disposición en cuestión alcanza la condición de procesado o inculpado y con ella la exigencia del respeto y libre ejercicio de sus derechos procesales. Esta imputación deviene fundamental para evitar acusaciones sorpresivas a los ciudadanos y reconoce que la etapa de investigación preparatoria tiene como una de sus funciones esenciales la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (STCE n.° 186/1990).

Lo revelador de los indicios procedimentales –la sospecha reveladora– descansa necesariamente sobre unas facultades de ponderación de los hechos y circunstancias que concurran, así como de valoración de las actuaciones ya practicadas, inherentes a la función de persecución del delito de quien es autoridad objetiva de justicia y que pueden considerarse discrecionales en su ejercicio (en similares términos se pronunció el ATCE 324/1982, de 25 de octubre). El fiscal, de este modo, exterioriza un juicio de probabilidad relativo que se consolidará o no según dirija la acusación en el momento oportuno (STSE de 03-05-99), la cual exige un juicio de suficiencia de los indicios; esto es, de sospecha suficiente,

cuando es de esperar la condena del imputado con una fuerte probabilidad, sin perjuicio de que en su ulterior calificación el juez esté convencido de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la acción imputada [Roxin]. Probabilidad, en el supuesto que nos ocupa, debe entenderse como imposibilidad de descartar o de excluir, es decir, que a la vista de los elementos de convicción que arroja la investigación preparatoria –a la luz incluso, vista la lógica contradictoria del procedimiento intermedio, del material probatorio que las partes pretenden aducir como prueba–, no cabe descartar que un tribunal pueda convencerse de la culpabilidad del acusado sin incurrir en arbitrariedad [Ormazábal Sánchez].

La Disposición Fiscal importa una inculpación o imputación formal, es decir, la atribución formal a una persona de participación en un delito concreto. Esta disposición pretende que el sospechoso sepa desde el principio de la investigación preparatoria que tiene esa condición jurídica. Como solo se requieren "indicios reveladores", esa sospecha es la que puede albergarse tras la práctica de unas pocas averiguaciones, y por ello se busca informar al imputado de que lo que es de una manera sencilla, sin entrar en excesivos detalles. Su utilidad es evidente: que el imputado pueda defenderse, bien declarando en su descargo, o bien proponiendo diligencias que contribuyan a su exculpación, y que eviten el inicio del proceso a través de la acusación.

3.2. Las diligencias de la investigación preparatoria

Desde una perspectiva general corresponde al fiscal orientar la labor de investigación. Debe realizar aquellas diligencias de investigación pertinentes y útiles; esto es, que exista una relación lógica entre el medio de investigación elegido y el hecho por esclarecer –pertinencia–, y que el medio de investigación tenga aptitud para alcanzar el fin de esclarecimiento que con él se persigue –utilidad–. La conducencia o idoneidad significa que el medio de investigación respectivo debe estar permitido legalmente, que con él sea factible jurídicamente acreditar el hecho investigado.

Una de las notas características del nuevo sistema procesal es que las diligencias preliminares y las de la investigación preparatoria están sujetas al mismo régimen jurídico y, por ende, no se repiten. Solo es posible su ampliación si resulta plenamente necesario ante nuevas circunstancias que la requieran (artículo 337.2 CPP).

Las potestades de investigación del fiscal, de un lado, comprenden la toma de declaración del imputado, agraviado, testigos y peritos –quienes deben presentar

los dictámenes que se les requiera–, así como exigir informaciones de cualquier autoridad, funcionario público, emplazándoles conforme a las circunstancias; y, de otro lado, reconoce limitadas potestades coercitivas: disponer la conducción compulsiva del inconcurrente que ha sido citado. Además, tiene poder disciplinario –que incluye la expulsión del rebelde– y de recurrir la intervención de la policía para garantizar el orden de las diligencias que realiza.

Las partes pueden solicitar las diligencias que consideren pertinentes, útiles y conducentes, así como tienen reconocido el derecho de asistencia a las diligencias de investigación –es el denominado *derecho de presencia*–. Pero, antes, tienen el derecho de ofrecer diligencias de investigación y, por ende, también de ser notificadas de su actuación –es el denominado "derecho al conocimiento de las actuaciones"–. El rechazo a la realización de una diligencia determina la intervención del juez de la investigación preparatoria: no se requiere audiencia.

3.3. La tutela de derechos y la disposición de formalización de la investigación preparatoria

El artículo 71 del CPP prevé los derechos del imputado, específicamente, en el apdo. 4 se encuentra regulada la denominada "Audiencia de Tutela". Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los siguientes: **(i)** conocimiento de los cargos incriminados e información de derechos (artículo 71.2 CPP); **(ii)** conocimiento de las causas de detención; **(iii)** entrega de la orden de detención girada; **(iv)** designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto; **(v)** posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido; **(vi)** defensa permanente por un abogado; **(vii)** posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado; **(viii)** abstención de declarar o declaración voluntaria; **(ix)** presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; **(x)** no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad; **(xi)** no sufrir medidas limitativas, indebidas o restricciones ilegales; **(xii)** ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera.

La finalidad esencial de esta audiencia es la protección y resguardo de los derechos del imputado, su iniciativa le corresponde a su defensa [SAN MARTÍN]. El juez de la investigación preparatoria se constituye como un juez de garantía durante la etapa de diligencias preliminares y de investigación preparatoria al ejercer funciones de control y protección de los derechos de los imputados.

A la pregunta de cuál es el objeto de tutela en la Audiencia, es de responder que no se debe utilizar este mecanismo como única regla para cuestionar cualquier disposición fiscal emitida en el marco de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. En el CPP existen mecanismos específicos que pueden activarse ante la violación de garantías o derechos constitucionales de los imputados frente a disposiciones fiscales determinadas. En efecto, en el CPP se puede encontrar varios casos de mecanismos específicos, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334.1, 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3). Por ello, no es incorrecto afirmar el carácter residual de la tutela de derechos, puesto que opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado (Acuerdo Plenario n.° 04-2010/CJ-116, FJ 13).

La tutela de derechos, en consecuencia, se posiciona como un mecanismo del justiciable para frenar los actos de investigación realizados por el fiscal que puedan vulnerar las garantías legales y constitucionales reguladas en el CPP y en la Constitución. Si bien los actos de investigación del Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de una autoridad pública encargada de la persecución del delito –monopolio de la acción penal pública–, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad.

No obstante, los límites a la aplicación de la tutela de derechos expuestos anteriormente, uno de los problemas recurrentes es el cuestionamiento a la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, en especial en relación al resguardo del principio denominado "imputación necesaria". El Acuerdo Plenario n.° 02-2012/CJ-116 estableció como regla la imposibilidad de cuestionarse vía tutela jurisdiccional la disposición anotada por las siguientes razones: **(i)** se trata de un acto unilateral del fiscal que no puede ser dejada sin efecto por el juez; **(ii)** no corresponde en nuestro Código un sistema de control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria. En relación al principio de imputación necesaria debe tenerse en consideración que este contiene niveles de especialidad de acuerdo al grado o avance de la investigación de un hecho o cuando se está en el periodo intermedio. El nivel de precisión de los hechos imputados y su variabilidad no es el mismo en la fase de investigación que en la fase de inicio del juicio oral. En sede de investigación se requiere un grado de apariencia delictiva perseguible (una

sospecha reveladora) que se encuentra sustentada en puntos de partida objetivos junto con elementos periciales, de acuerdo a cada caso. De igual manera, se debe sostener que la disposición de formalización de la investigación preparatoria es un acto de promoción de la acción penal. No se trata, en estricto, de un acto de introducción de la pretensión penal pues esta se da en el periodo intermedio del proceso [GUERRERO PERALTA].

Solo en definidos momentos frente a una omisión fáctica manifiesta o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos o vagos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del encausado, cabría acudir a la acción de tutela, en tanto en cuanto se incurra en efectiva indefensión material, es decir, se impide ejercer un derecho específico –alegar y justificarse–, una postulación evidente en defensa de sus derechos en la causa, que constituya algo más que un defecto permanente formal, para alcanzar a ser un menoscabo real y efectivo de la garantía de defensa procesal, una mengua del derecho de intervenir en la investigación en la que se ventilan sus intereses. En este caso, la función del juez de la investigación preparatoria –ante el incumplimiento notorio por el fiscal de precisar los hechos que integran la imputación, de cara a la posibilidad real se define y ejecuta con eficacia su posición defensiva–, sería exclusiva y limitadamente correctora. Bajo ningún concepto, el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación (Acuerdo Plenario n.° 02-2012/CJ-116, FJ 11).

III. POLICÍA NACIONAL Y MINISTERIO PÚBLICO

1. Ámbito de las relaciones funcionales entre ambas instituciones

En la investigación del delito confluyen dos órganos públicos: la Policía Nacional y el Ministerio Público. Así lo establecen los artículos 166 y 159.4 de la Constitución. La primera norma encarga a la Policía Nacional la investigación del delito, mientras que la segunda atribuye al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito "desde su inicio. Con tal sentido, la Policía Nacional está obligada cumplir sus mandatos en el ámbito de su función".

El desarrollo de esas disposiciones está en el CPP. El artículo IV TP CPP no solo ratifica que el Ministerio Público asume desde su inicio la conducción de la investigación, sino que realiza actos de indagación propios (artículo 61.2 CPP) y, con esa finalidad, conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que

realiza la Policía Nacional (artículo 65.3 CPP). Esta norma básica de desarrollo constitucional, incorporada en el Título Preliminar del CPP, se reitera en el artículo 60 CPP.

Las reglas de orientación funcional son las siguientes:

A. El Ministerio Público dispone u ordena que la Policía Nacional realice las diligencias preliminares, que en sus actuaciones está bajo la conducción del Ministerio Público. A este respecto emite directivas a la Policía Nacional, y debe cursar a esta las indicaciones correspondientes para garantizar su validez: objeto de los actos de averiguación o aseguramiento, formalidades específicas para su actuación, entre otras (artículo 65.3 CPP).

B. La PNP está obligada a dar cuenta inmediata al fiscal del conocimiento de un delito y de las diligencias de urgencia e imprescindible realizadas. Luego de la comunicación seguirá investigando –su marco inevitable comprende las diligencias urgentes e imprescindibles, esto es, aquellas que no pueden demorar bajo riesgo de desaparición de los vestigios materiales, de huida de los presuntos implicados, de no identificación de las víctimas y testigos, entre otras–, salvo orden en contrario del Ministerio Público, y además practicará las diligencias delegadas que le encomiende el Ministerio Público (artículo 67°.1 CPP).

C. La Policía Nacional y sus órganos especializados deben apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria (artículo 67.2 CPP).

D. La Policía Nacional debe entregar al Ministerio Público todas las actas de investigación y constatación que realice (artículo 68.2 CPP).

E. Dispone el secreto de las actuaciones de la Policía Nacional (artículo 68.3 CPP).

F. El fiscal de la nación está autorizado a dictar "Instrucciones Generales" a la Policía Nacional, en orden tanto a los requisitos legales y formalidades de las actuaciones de investigación, cuanto a los mecanismos de coordinación entre los fiscales y los policías (artículo 69 CPP).

G. La Policía Nacional debe instituir un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación con el Ministerio Público, así como aportar su experiencia en la elaboración de los programas y acciones para la persecución del delito, sin perjuicio de desarrollar programas de protección y seguridad (artículo 332 CPP).

2. Principales funciones genéricas del Ministerio Público

Por conducción de la investigación se entiende la dirección o guía de la labor policial de investigación del delito. Por lo demás, dirigir no es estar siempre presente ni su presencia convierte el acto de investigación en acto de prueba. Le corresponde desempeñar un rol orientador sustancial, y de referir concretamente los modos legales de probar los nexos entre el delito y el presunto autor.

Por control de la investigación se concibe la supervisión, inspección y fiscalización de la actividad de investigación. A través de estas acciones el fiscal puede controlar la regularidad de las actuaciones policiales, tanto desde el ángulo de la eficacia cuanto desde la perspectiva del respeto de los derechos de los investigados.

En consecuencia, el Ministerio Público es el director de la investigación. Como tal se le atribuye la conducción de la fase policial, entendida como un poder general de dirigir, dictar directivas, formular requerimientos y fiscalizar los actos de investigación. Entre la Policía Nacional y el Ministerio Público existe una dependencia funcional circunscrita, única y exclusivamente, al ámbito de la investigación criminal. A final de cuentas el Ministerio Público actúa como una bisagra entre el ámbito policial y el judicial; juega el rol de puente para transformar la información obtenida en la investigación policial en un caso judicialmente sustentable y ganable.

3. Diligencias preliminares

3.1. Las diligencias de prevención

El CPP –específicamente el artículo 68.1– identifica las diligencias de investigación que debe realizar la Policía Nacional, bajo un sistema de *numerus clausus*, aunque bastante amplio, con una cláusula abierta: "las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados" –literal n del citado apdo.–, salvo, claro está, que su realización esté reservada al fiscal o al juez de la investigación preparatoria. Estas diligencias de investigación se denominan "diligencias de prevención": son las primeras actuaciones de averiguación que es del caso practicar una vez descubierto el hecho delictivo, ello con la finalidad de proteger a las víctimas, sus familiares, así como también, recabar las pruebas del mismo que se encuentran en peligro de desaparecer, y recoger y poner en custodia al presunto delincuente [GÓMEZ COLOMER].

3.2. Identificación de las diligencias policiales de investigación. Se trata de cinco grupos de diligencias:

A. Dar protección a los perjudicados.

B. Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer.

C. Recoger y poner en custodia cuanto conduzca a la comprobación del delito.

D. Identificación del delincuente.

E. Detener al presunto autor.

Adicionalmente, la Policía está autorizada, conforme al citado artículo 68.1 CPP, a tomar las declaraciones al imputado y a los testigos; levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video, y demás operaciones técnicas y científicas; asegurar los documentos privados; allanar locales de uso público o abiertos al público; efectuar secuestros e incautaciones en delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.

IV. ACTOS DE INVESTIGACIÓN

1. Concepto y clases

Acto de investigación es aquella diligencia realizada por la policía o el fiscal durante la investigación preparatoria –diligencias preliminares o investigación formalizada– destinada a descubrir tanto los hechos punibles cometidos, las circunstancias de su perpetración y el daño que han podido ocasionar, como a las personas involucradas, de uno u otro modo, en su comisión, a título de autores, partícipes o víctimas. Su objetivo es acreditar o descartar los presupuestos condicionantes de la apertura del juicio oral [Gimeno].

Es de enfatizar que los actos de investigación se llevan a cabo en una etapa cuya finalidad no es la declaración de culpabilidad, sino únicamente la de formular en su caso y si es procedente una acusación. Para ello son suficientes las sospechas o la probabilidad de la comisión de un delito (indicios racionales de criminalidad o motivos suficientes para acusar) –elementos de convicción suficientes (artículo 344.2d, *a contrario sensu*, CPP)–.

Desde la perspectiva procedimental, es de resaltar que el desenvolvimiento de la investigación preparatoria, conformada por actuaciones heterogéneas, no posee una secuencia lineal. En otras palabras, la sucesión de actos no obedece a

una predeterminación legal, sino a las necesidades y los resultados que cada acto provoca y produce [ARAGONESES].

Los actos de investigación, desde la perspectiva de su objeto –aunque pueden utilizarse para diversos objetos–, pueden estar referidos, primero, a las diligencias de comprobación del delito –se identifican con la persona o cosa objeto del delito y las piezas de convicción–, entre las que se encuentran la inspección preliminar, la inspección judicial y la reconstrucción, los diversos informes periciales forenses (necropsia, análisis químicos, físicos, balísticos), y las actuaciones relativas a la preexistencia de los efectos del delito y/o relativas a la valorización de la cosa objeto del delito o de los perjuicios causados; segundo, a las diligencias de determinación del presunto delincuente y sus circunstancias personales, entre las que se encuentran las diligencias de identificación formal (ficha de Reniec o DNI –comprobación de edad e identidad–, sin perjuicio de la identificación forense: la antropometría, la dactiloscópica, el ADN), las de identificación material (reconocimiento en rueda, identificación fotográfica, videográfica, fonográfica, caligráfica), las referidas a la capacidad del imputado (pericia psiquiátrica acerca de su capacidad penal), las mencionadas a la conducta y antecedentes del imputado (antecedentes policiales, carcelarios y penales, informes de su actividad laboral, empresarial o de estudios, informaciones específicas de actividades), y las circunscriptas a sus movimientos bancarios, bursátiles y/o financieros y tributarios; tercero, a las diligencias personales y periciales (declaraciones del imputado, de testigos y agraviados, careos y el acto pericial: reconocimiento y examen de lo peritado, así como elaboración y presentación del informe pericial, en el que se incluyen, además de la necropsia y análisis auxiliares, el examen médico legal de integridad corporal, de integridad sexual y de presencia de un posible aborto); cuarto, a la aportación de documentos –esta noción incluye los informes– y otras piezas de convicción (drogas, armas o explosivos, mercancías de contrabando, etcétera); y, quinto, a las diligencias sobre la persona (inspecciones y registros personales, intervenciones corporales, examen alcoholimétrico y de detección de drogas).

Desde otro enfoque, los actos de investigación pueden clasificarse desde dos puntos de vista: por la información que se obtiene y por los derechos afectados en su realización. En el primer caso se trata de:

A. Actos que se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación, tales como el allanamiento, la intervención de comunicaciones, etcétera.

B. Actos que proporcionan por sí mismos las fuentes de investigación, tales como la inspección judicial, la reconstrucción, las testimoniales, los informes periciales, etcétera.

En el segundo caso pueden ser actos de investigación limitativos de derechos fundamentales, cuyo carácter indirecto es obvio –levantan las garantías o protecciones legales que impiden la búsqueda y obtención de la información–; y actos de investigación comunes o no limitativos de derechos fundamentales, que tienen un carácter directo: en sí mismos aportan la información necesaria.

El artículo 337.3 CPP prescribe que el fiscal puede tomar declaraciones al imputado, agraviado y testigos, así como solicitar las pericias, "pertinentes y útiles dentro de la ley" (artículo 337.1 CPP). Desde luego también podrá incorporar prueba documental y llevar a cabo reconocimiento e inspecciones, así como careos y reconstrucciones.

Ahora bien, las diligencias más características de la investigación preparatoria, y de las que propiamente surge la recogida de los vestigios o datos informativos imprescindibles, son solamente cinco: el reconocimiento en rueda, los seguimientos, la observación de telecomunicaciones, el allanamiento y registro de lugares cerrados, y, por último, los registros, inspecciones e intervenciones corporales [Nieva].

A. El reconocimiento en rueda busca encausar la investigación y consiste en la exposición del implicado junto con un número variable de otras personas con características físicas similares, a fin de que la víctima o testigo lo señalen. Véase artículos 189 y ss.

B. Los seguimientos consisten en una labor de vigilancia de lugares y personas, normalmente a cargo de la policía, con el objeto de que los movimientos y hábitos que se observen durante el seguimiento puedan contribuir al descubrimiento de delitos. Por lo general van acompañados de tomas fotográficas o de registros de imágenes, así como de otros medios técnicos de investigación. El seguimiento puede realizarse en lugares públicos –siempre con autorización del fiscal–, pues allí siempre discurre la intimidad, por lo que, si no media previa autorización del fiscal no tiene valor probatorio, de prueba testifical reforzada por las fotos o grabación; y, en lugares privados, para lo que es necesario la autorización judicial, pues de no contarse con ella carecen de valor probatorio o cuando esta no respeta el principio de proporcionalidad. La doctrina tiene establecido, en cuanto a la constitucionalidad de los seguimientos, que serán legítimo

cuando las fotografías o grabaciones de la policía se hicieron previa orden fiscal –lugares públicos– o judicial en su caso –lugares privados–, cuando se trata de fotografías o grabaciones causales realizadas por cualesquiera personas en espacios públicos, y cuando se trata de fotografías o grabaciones premeditadas de las víctimas de delitos. Véase artículo 207 CPP.

C. La intervención de comunicaciones consiste en obtener datos referidos a un sospechoso y un concreto delito partiendo del contenido de su correspondencia, bien sea esta postal, telegráfica, telefónica, telemática o electrónica –en las primeras se procederá a la detención y apertura para tomar conocimiento de ella de la correspondencia postal y telegráfica, y en la última se intervendrá y observarán las comunicaciones telefónicas o telemáticas–. La ley exige una serie de garantías para proceder por cualesquiera medios técnicos a la grabación de conversaciones telefónicas o telemáticas, o bien a la interceptación de los datos de esa comunicación, o bien de correos electrónicos o mensajes que puedan ser enviados por esas vías o por cualesquiera medios que surjan en el futuro, o incluso para la interceptación de la correspondencia tradicional. Se requiere para su legitimidad constitucional: **(i)** autorización judicial fundada y con pleno respeto de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, **(ii)** existencia de un delito de determinada entidad y concreta utilidad de la diligencia, **(iii)** imprescindibilidad de la misma, **(iv)** concreción de las personas cuyas comunicaciones serán intervenidas, **(v)** confidencialidad o destrucción de cualesquiera datos de la vida privada no relacionados con el delito, y **(vi)** garantía de integridad y no manipulación de las fuentes y de los soportes de las grabaciones y/o copias de las comunicaciones. Véase artículos 230 y ss.

D. El allanamiento consiste en el acceso a un lugar cerrado –que incluye la noción, de antigua data, de "domicilio"–, el cual va acompañado de un examen o registro del mismo a fin de localizar al imputado huido o posibles objetos o restos delictivos. Se requerirá autorización judicial, a menos que se esté en flagrancia delictiva o peligro eminente de su perpetración o cuando medie consentimiento del titular de la posesión del lugar. La diligencia se realiza en presencia del imputado o, si no está presente, en quien tenga la disponibilidad actual del lugar, ello con fines de colaboración de aquel y para evitar abusos en el registro –garantía de su correcta ejecución–, aunque lo mejor será su escrupulosa filmación. Véase artículos 214 y siguientes.

E. Los registros corporales consisten en observaciones de diferente intensidad del físico en sus aspectos más externos, o de las ropas o portaobjetos (carteras, bolsos, mochilas, maletas) de una persona, con el objeto de recoger bienes delictivos, sin que dicha recogida pueda ser, en ningún caso, invasiva de cavidad alguna, o ser realizada con técnicas que ponen en peligro, aunque sea levemente, la integridad física. Las pesquisas importan dos tipos de diligencias: **1.** Las que suponen un registro externo, superficial, del individuo, palpando su cuerpo o registrando sus ropas, bolsos, mochilas o maletas, en busca de objetos que pueden configurar el cuerpo del delito. **2.** La recogida de vestigios biológicos de acceso inmediato y de consumo de tóxicos, que no suponen la vulneración de la integridad física.

F. Las intervenciones o inspecciones corporales son observaciones de aspectos internos del físico del sospechoso; y, como tal, afectan con más gravedad la intimidad de la persona –exigen que se trate de un delito grave y con ello que se respete el principio de proporcionalidad–. Se requiere la existencia de una sospecha fundamentada y concurrencia de urgencia –por inminente desaparición del vestigio o por peligro inminente para la salud del sospechoso– o de libre prestación del consentimiento por parte del sospechoso. En los casos más intensos de afectación se requiere orden judicial –el artículo 211 CPP exige, siempre, autorización del juez de la investigación preparatoria–. Entre las diligencias que la constituyen se tienen los análisis radiológicos, las inspecciones de cavidades corporales, la toma de muestra biológicas de acceso mediato –análisis de sangre, punción lumbar y otras–, la necropsia –que en este caso no se trata de la afectación de derecho fundamental alguno–, por lo que en caso de sospecha de muerte delictiva se puede instar su realización (artículo 196 CPP). Véase los artículos 211 y ss.

2. Actos de investigación comunes

Salvo los casos de prueba anticipada, el fiscal puede disponer la práctica de los siguientes actos de investigación comunes.

A. Declaración del imputado. Se realiza con la intervención necesaria de un abogado defensor. Su práctica puede ser de oficio o instada por el imputado. El fiscal y el defensor tienen derecho a formular preguntas que no sean impertinentes, capciosas o sugestivas.

B. **Diligencia de reconocimiento.** Durante la declaración del imputado, el fiscal podrá solicitarle que reconozca documentos, personas, voces o cosas.

C. **Pericia.** El fiscal nombrará un perito cuando se requiere conocimiento especializado.

D. **Careo.** Cuando surjan contradicciones importantes entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o agraviado.

E. **Requerimiento de documentos e informes.** Lo hará directamente al tenedor del documento, requiriéndole su presentación, exhibición voluntaria y, en caso de negativa, el fiscal solicitará al juez la orden de incautación correspondiente. También podrá requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados.

F. **Inspección judicial y reconstrucción.** Lo hará cuando deba comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas. La reconstrucción tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer.

G. **Videovigilancia.** El fiscal por propia iniciativa, o a requerimiento de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar la toma fotográfica y registro de imágenes, o la utilización de medios técnicos especiales con la finalidad de investigar el lugar de residencia del investigado. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos se realicen en el interior del inmueble o en lugares cerrados.

H. **Pesquisas.** El fiscal podrá disponer la inspección en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan razones fundadas para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga.

I. **Registro de personas.** Tal diligencia puede ser dispuesta cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito.

J. **Intervención corporal.** El Ministerio Público, o la Policía Nacional, con conocimiento del fiscal, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere arriesgada; en caso contrario, requerirá la orden judicial.

K. Diligencias limitativas por razones de urgencia o de peligro por la demora. Así, **a)** podrá ordenar la realización del examen corporal del imputado con el fin de establecer hechos significativos, siempre que no pueda aguardar la orden judicial (artículo 211.3 CPP); y **b)** podrá disponer la exhibición o la incautación de un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él. En ambos casos, luego de su ejecución, requerirá del juez de la investigación preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

3. Actos de investigación limitativos de derechos

El fiscal está autorizado para ejecutar actos de investigación limitativos de derechos fundamentales. Para ello, empero, requiere la previa autorización jurisdiccional.

Se trata de los siguientes:

A. **Examen corporal del imputado.** Puede consistir en pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones, así como exploraciones radiológicas.

B. **Allanamiento.** Se requieren motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación.

C. **Incautación o exhibición forzosa de un bien que constituye el cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él.** Así, cuando su propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido se negare a entregarlo o exhibirlo al fiscal.

D. **Interceptación e incautación postal.** Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, pueden ser objeto, a instancia del fiscal, de interceptación, de incautación y ulterior apertura.

E. **Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.** Cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años y la intervención sea absolutamente necesaria.

F. **Levantamiento del secreto bancario.** El juez, a instancia del fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite previo, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.

V. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

1. Conceptos generales

¶ 1. Dentro de los actos de aportación de hecho se tienen en primer lugar las diligencias o actos de investigación. Estas se realizan en las investigaciones preparatorias para descubrir los hechos punibles que se ha producido y sus circunstancias, y a la persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello quede preparado para el juicio oral o, en su caso, tenga que terminar el proceso penal por sobreseimiento.

También se ha mencionado que los actos de investigación son prácticamente coincidentes con los actos de prueba, pese a su radical distinción en función a la finalidad diversa que cumplen, a su diferente régimen jurídico y a su modo de actuación.

El proceso de conocimiento y aseguramiento de las fuentes de investigación que comporta toda actividad de investigación, y permite clasificarlos de diferentes maneras. Es posible sostener, en primer lugar, que se dividen en: **a)** actos que se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación: allanamiento, control de comunicaciones; y, **b)** actos que proporcionan por sí mismas las fuentes de investigación: inspección judicial, testificales, documentos, informe pericial, careos, injerencias corporales.

Otro criterio de clasificación, en segundo lugar, atiende a si por medio de ellos se puede producir o no una limitación de derechos fundamentales, de modo que: **a)** existen actos de investigación que comportan limitación de los derechos fundamentales relativos (por ejemplo, allanamiento, que el derecho a la libertad del domicilio, debiendo distinguirse entonces en actos realizados con vulneración de los requisitos constitucionales o con vulneración de los requisitos solo legales son injerencias en la esfera individual para asegurar el proceso de conocimiento); y, **b)** otros actos de investigación que no afectan a los derechos fundamentales (la declaración de un testigo, por ejemplo), por lo que solo debe estarse al cumplimiento de los requisitos legales [GÓMEZ COLOMER].

¶ 2. La afectación de derechos fundamentales con motivos del esclarecimiento de los hechos punibles se justifica en aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos. Es así que el CPP regula en ciertos casos y bajo ciertas condiciones la utilización de unos medios o unas técnicas de investigación penal por medio de los cuales el poder público realiza una intromisión legítima en la esfera de algunos derechos fundamentales. Como no se trata de derechos absolutos –todos los derechos fundamentales a excepción del derecho a la vida son limitables en el proceso penal–, cabe que su protección resulte exceptuada al enfrentarse al interés público por la persecución de los delitos.

A diferencia de otros medios de investigación –testificales o periciales–, estos medios que representan un menoscabo de los derechos fundamentales requieren por lo general de la intervención judicial y de la formalización de la investigación preparatoria, precisamente porque la intervención de un juez garantiza el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, en uso de sus propios cometidos constitucionales. En todo caso, y esto es fundamental, se trata de medios de investigación que, por su propia naturaleza, deben realizarse solamente durante la investigación preparatoria, careciendo de sentido su práctica en el momento del juicio oral. Sirven para determinar las circunstancias en que se produjeron los hechos, pero no se puede realizar en el momento del juicio, en que podrán ya estar incorporados a las actuaciones; pero, por eso mismo, deben residenciarse en el Poder Judicial en lo que respecta a su autorización y mecanismos de garantía. El artículo 202 del CPP exige requerimiento del fiscal –principio de rogación– y resolución motivada del juez de la investigación preparatoria, cuya autorización requiera que existan razones para considerar que con ellos puedan comprobarse o descubrirse hechos o circunscribirse importantes para la investigación: fines de esclarecimiento del proceso y existencia de suficientes elementos de convicción (artículo 202 y 203.1 CPP).

¶ 3. Las fuentes de investigación adquiridas para la investigación preparatoria son potenciales fuentes de prueba para el juicio oral, de tal manera que el mismo elemento, dato o información puede pasar por las dos etapas del proceso penal, con un sentido diferente: primero como fuente de investigación y luego como fuente de prueba.

La prueba preconstituida es precisamente la fuente de o prueba que tiene como finalidad dejar constancia de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica, y del modo en que existió, para su utilización futura. En los casos en que se prevé la *falta de disponibilidad* de la fuente de prueba para el momento del juicio oral, la ley fija requisitos específicos de preconstitución probatoria,

vinculados a su obtención o adquisición y a su conservación e incorporación al juicio oral, sea que se tratara de causas previsionales o por la propia naturaleza de la prueba, o que se tratara de causas imprevisibles o de un descubrimiento casual o inesperado.

Existen, sin embargo, tres garantías básicas que deben cumplirse para su utilización en el juicio oral.

A. **Garantías en la obtención de la fuente de prueba.** La primera de las garantías es la intervención judicial, que las actuaciones puedan someterse al control judicial y con contradicción. Es evidente que, de acuerdo a la naturaleza de la prueba, la intervención judicial y la contradicción solo pueden tener lugar a posteriori, pero inmediatamente que lo conozca el juez debe intervenir y el imputado tener la oportunidad de contradecir las fuentes de prueba recogidas. En segundo lugar, es preciso cumplir las formalidades legalmente exigidas para cada acto de investigación, y de este modo permitir la disponibilidad directa de la fuente en el juicio oral; se debe utilizar el soporte más fidedigno en la obtención de la prueba y en su conservación.

B. **Garantías en la conservación.** La cadena de custodia. La ley ordena que se aseguren y conserven las pruebas materiales (cuerpo del delito, instrumentos, efectos y piezas de convicción, así como lo que se obtenga de una diligencia de registro o de una intervención de comunicaciones), con la finalidad de que el objeto, sustancia, huella, vestigio, etc., permanezca disponible e inalterado en su estado original a fin de que sea llevado así al juicio oral. La fuente de prueba no siempre quedará bajo custodia judicial inmediata o mediata, y será frecuente que pase de unas manos a otras (para realizar pericias, por cambio en el lugar o circunstancias de conservación, o por otros motivos). En tal virtud, debe garantizar la corrección de la llamada "cadena de custodia", cuyo objeto –como luego se ampliará– es establecer que la fuente de prueba no ha sido contaminada en ningún momento, en previsión de los análisis que puedan ser decretados y del examen y discusión sobre ella (alteración, error en la identificación de los objetos). La cadena de custodia implica descripción del objeto, estado original, lugar de hallazgo, identificación de quienes lo han tenido en su poder, operaciones realizadas con él, etc. Igualmente, habrá de determinar lugares en que ha estado depositado o custodiado, y la persona o institución bajo cuya responsabilidad se ha encontrado, etc.

C. Garantías en la aportación de juicio. Cuando se trate de incorporar una fuente de prueba instructora deberá respetarse la inmediación del juzgador –la presencia del juez de la investigación preparatoria solo habrá cumplido una función de garantía–. En estos casos de no disponibilidad, no es posible el contacto directo del juez decisor con la fuente de prueba, por lo que su percepción será directa, que implica una inmediación atenuada, pero suficiente para transmitir la esencia de la información, dato elemento probatorio. Hay, en este caso, tres vías de incorporación al juicio: 1) lectura de su documentación instructoria cuando se incorpora a un acta o consta o consigue en un documento. 2) la apreciación directa por el juez cuando se trata de cosas u objetos (cuerpo del delito, instrumentos o efectos del mismo y piezas de convicción). 3) el visionado o audición del soporte donde haya quedado constancia de la fuente de prueba en la instrucción. A ese acto sigue la posibilidad de debate procesal y de la contradicción: se debatirá y contradecirá su contenido, aunque sea su adquisición y conservación.

2. Presupuestos generales para la adopción de las medidas de búsqueda de pruebas

¶ 1. Por intermedio de la constitución y, más específicamente, de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, la adopción de la medida concreta para asegurar el proceso de conocimiento se somete a determinados presupuestos.

A. Intervención indiciaria. Se exige "suficientes elementos de convicción". Estos deben ser precisados por el fiscal en su requerimiento motivado. La cantidad de indicios delictivos está en función al momento en que se solicite la medida, a las características limitativas y entidad lesiva de la medida a solicitarse, y a la gravedad del hecho que necesita esclarecerse. El hecho objeto de investigación debe ser concretado y construir el ámbito de la investigación que se está realizando; eso es lo que se denomina "existencia de una imputación concreta".

B. Principio de proporcionalidad. Se requiere el cumplimiento de determinados presupuestos: a) la previsión normativa –legalidad material y formal–; b) la jurisdicción y necesidad cualificada de motivación; y, c) sujeción al principio de proporcionalidad *estricto sensu*.

Con arreglo al principio de legalidad formal y material, la medida ha de estar prevista legalmente en la constitución o en la Ley procesal, en tanto la propia Constitución explícita o implícitamente lo permita.

En cuanto a la jurisdiccionalidad –que en algunos casos puede ser matizada en beneficio de la Policía y la Fiscalía–, la medida debe ser adoptada por el JIP y en el seno de un proceso (diligencias preliminares como mínimo). Se comprende la motivación, con un grado de especial intensidad, que expresamente recoge el análisis de los presupuestos anteriormente señalados.

Finalmente, la exigencia de proporcionalidad abarca un triple aspecto: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. La idoneidad hace referencia objetiva y subjetivamente, a la causalidad de las medidas en realización con sus fines, tanto cualitativa –objetivo– cuanto cuantitativamente –duración–. La necesidad compara la medida solicitada con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva que asegure su objeto. La proporcionalidad estricta conlleva la ponderación de intereses según la circunstancia del caso concreto, determinando que el sacrificio que comporta la medida solicitada guarda una relación proporcional con la envergadura del interés estatal que se trata de salvaguardar –interés en la persecución penal: delito grave o delito con trascendencia social–.

¶ 2. El cumplimiento de los presupuestos indicados exige un control judicial no solo en su autorización, sino también, de una u otra forma, en su desarrollo y cese. Control que, dado el desconocimiento por parte del afectado, ha de ser sumamente riguroso. Integran el control, la posibilidad de impugnación y el reexamen de la medida.

Al margen de las garantías que se derivan del derecho a la presunción de inocencia (oralidad, contradicción, inmediación y publicidad), toda limitación de derechos ha de ser adoptada con respeto a unas mínimas garantías que tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado, cuanto la salud e integridad personal de la persona investigada, aplicadas en atención a la naturaleza del método limitativo y a sus circunstancias. Por ejemplo: las intervenciones corporales deben ser hechas en todo caso por personal técnico sanitario, las pruebas de expiración con aire deben efectuarse por medio de aparatos homologados y comprobados, las intervenciones telefónicas deben ser manejadas por especialistas.

3. Clasificación de las medidas

Es posible calificarlos según el derecho fundamental afectado. Son:

A. Allanamiento. Limita el derecho a la inviolabilidad del domicilio, artículo 2.9 Const.; *vid.:* artículos 214-217 CPP. La entrada es un acto indirecto de

preconstitución de prueba, porque, en sí misma considerada, no tiene por objeto la determinación del hecho o la participación de su autor, sino que en un medio necesario para la práctica de una detención o la realización de un registro con el objeto de recoger el cuerpo del delito. Su objeto material es un lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la intimidad a la vida familiar o a la privacidad del ciudadano. A continuación, sigue la diligencia de registro, que es un acto de recogida y aseguramiento del cuerpo del delito.

B. **Aseguramiento e incautación de documentos privados, documentos contables y administrativos.** Limita el derecho al secreto y a la inviolabilidad de documentos privados, artículo 2.10 Const.; *vid.:* artículos 232-234 CPP. Es la actividad de recogida –mediante la incautación– y custodia –o conservación– del cuerpo del delito en sentido estricto (en este caso, de documentos privados, documentos privados, documentos contables y administrativos objeto del delito, contra el cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos) y de las piezas de convicción o elementos de naturaleza documental que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor –las piezas de ejecución están en función al decomiso y se trata de la incautación cautelar–. Su finalidad es asegurar el futuro juicio.

C. **Control de comunicaciones.** Limita el derecho al secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos artículo 2.10 Const.; vid.: artículos 226-229 CPP: interceptación e incautación postal; artículos 230-231 CPP: intervención de comunicaciones. Permite que la autoridad pública proceda a la detención de un soporte que concreta una correspondencia o registre las llamadas telefónicas y/o grabe las mismas para poder preconstituir la prueba del delito y la participación de su autor.

D. **Examen corporal.** Limita el derecho a la intimidad corporal, artículo 2.7 Const.: *vid.:* artículos 211.2 y 3 CPP. Es una diligencia de reconocimiento del cuerpo humano que afectan partes íntimas e implican una inspección corporal; participa de la naturaleza del reconocimiento judicial. Es un acto aseguratorio de la prueba. Se desarrolla sobre el ámbito externo de la persona o, incluso, en sus aberturas o espacios íntimos naturales, siempre que para ello no se requiera intervención quirúrgica alguna.

E. **Intervención corporal.** Limitada a la integridad física, artículos 2.1 Const.; *vid.:* 211-213 CPP. Es un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado

por el que se le extrae de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado. Se dividen en leves o banales –prueba alcoholimétrica– y graves –punción lumbar–.

F. **Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria.** Limita el derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria, artículo 2.5 Const. *vid.:* artículos 235-236 CPP.

G. **Exhibición e incautación de bienes.** Limita el derecho de propiedad, artículo 2.16 Const.: *vid.:* artículos 218-223 CPP. Es la actividad de recogida – mediante la incautación– y custodia –o conservación– del cuerpo del delito en sentido estricto (en este caso, de bienes objeto del delito, contra el cual iba dirigido el hecho punible o que sufrido directamente sus efectos) y de las piezas de convicción o elementos materiales, no documentales, que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor –las piezas de ejecución están en función al decomiso y se trata de la incautación cautelar–. Su finalidad es asegurar el futuro juicio.

H. **Videovigilancia al interior de inmuebles o lugares cerrados.** Limita el derecho a la intimidad, artículo 2.6 Const.; *vid.:* artículo 207.3 CPP. Constituyen actos de prueba preconstituida, mediante los cuales se filman –que importan utilización de sistemas de reproducción mecánica de la imagen y sonido– determinadas escenas reputadas delictivas. Afectan el derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Por otro lado, se reconoce que la prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar el JIP y, a prevención, el fiscal y la Policía sobre hechos irrepetibles o indisponibles, y como tal tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba. La competencia originaria para disponer de tales medios de prueba corresponde al JIP, pero por razones de urgencia que impidan la intervención judicial puede intervenir el fiscal o la Policía. En otras ocasiones, pero, por incidir en derechos fundamentales, con el necesario control judicial pueden también ser efectuados por la policía. En consecuencia, atendiendo a la autoridad que la práctica, la prueba preconstituida puede sistematizarse del siguiente modo:

A. Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención

- **Método alcoholimétrico o prueba de alcoholemia:** artículo 213 CPP.
- **Registro de personas:** artículo 210 CPP.

- Control de identidad y control policial público: artículos 205-206 CPP.
- Aseguramiento de documentos privados: artículo 232 CPP.
- Recogida y conservación del cuerpo del delito y piezas de convicción: artículo 68.1d CPP.
- Allanamiento en flagrante delito para detención e incautación: artículo 214, *a contrario sensu*, CPP.

B. Prueba preconstituida de la policía con dación en cuenta al fiscal

- Pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas y operaciones técnicas: artículo 208 CPP
- Retenciones para practicar pesquisas (4 horas): artículo 209 CPP.
- Exhibición e incautación de bienes delictivos en flagrante delito: artículo 218.2, primera frase, CPP.
- Mínimas intervenciones corporales –no causen perjuicio a la salud, no sean riesgosas–: artículo 211.5 CPP.

C. Prueba preconstituida de la policía con orden del fiscal

- Videovigilancia: artículo 207 CPP.
- Registro de personas: artículo 210 CPP.
- Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos: artículo 234 CPP.

D. Prueba preconstituida del fiscal por ejecución directa

- Mínimas intervenciones personales: artículo 211.5 CPP.
- Incautación de documentos no privados: artículo 224 CPP.
- Aseguramiento de documentos privados: artículo 234 CPP.
- Reconocimiento de personas, si está presente el defensor del imputado: artículo 189 CPP.
- Reconocimiento de voces, sonidos y cosas, siempre que esté presente el defensor del imputado: artículos 190-191.
- Registro de personas y retención tras allanamiento por orden judicial: artículo 217.2 CPP.

E. Prueba preconstituida del fiscal con resolución confirmatoria judicial

- Incautación forzosa de bienes por peligro por la demora: artículo 218.2 CPP.
- Examen corporal de una mujer de urgencia que compromete el pudor: artículo 211.3 CPP.

F. Prueba preconstituida del fiscal con orden judicial

- Examen corporal: artículo 211.1 CPP.
- Allanamiento domiciliario fuera de flagrancia: artículo 214.1 CPP.
- Detención y registro de personas tras allanamiento: artículo 217 CPP.
- Incautación o exhibición forzosa de bienes delictivos: artículo 218.1 CPP.
- Interceptación, incautación y ulterior apertura de envíos postales: artículo 226 CPP.
- Intervención y grabación de comunicaciones: artículo 230 CPP.
- Incautación de documentos privados y documentos contables y administrativos: artículos 233-234 CPP.
- Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria: artículos 235236 CPP.
- Clausura o vigilancia temporal de locales: artículo 237.1 CPP.
- Inmovilización de cosas muebles de grandes dimensiones: artículo 237.2 CPP.

G. Prueba preconstituida del juez de la investigación preparatoria

- Reconocimiento de personas, de voces y sonidos, y de cosas, ante la ausencia de abogado del imputado: artículos 189.3, 190-191 CPP.

4. Procedimiento de habilitación de medidas

El trámite general de las medidas limitativas de derechos con fines de investigación se encuentra en los artículos 203-204 CPP.

A. Requerimiento motivado y sustentado del Ministerio Público. Solicitud escrita del fiscal, acompañada de los elementos de convicción correspondientes.

B. Decisión judicial. El juez de investigación preparatoria decide inmediatamente sin trámite alguno. Si no existe riesgo fundado de pérdida de la finalidad de la medida, el juez de la investigación preparatoria correrá traslado del pedido a los sujetos procesales, en especial al afectado. Facultativamente, el JIP podrá disponer mediante resolución inimpugnable una audiencia con intervención del fiscal y los demás sujetos procesales, que se realizará con quienes concurran a la misma.

C. Confirmación judicial. En caso de urgencia o peligro por la demora (imposibilidad de recabar previamente la orden judicial), y siempre que no se requiera obligatoriamente una decisión judicial previa, el fiscal realizará la limitación del derecho fundamental e inmediatamente pedirá la conformación judicial. El JIP decidirá previo traslado y audiencia, si así lo estima conveniente, confirmando o desaprobando la medida. Son dos supuestos autorizados (vid.: apdo. 5 de la sección segunda del título anterior).

D. Audiencia Judicial. Está sujeta al artículo 8 CPP. El fiscal deberá exhibir el expediente fiscal formado al efecto. Instalada la audiencia, el JIP escuchará por su orden al fiscal, a los defensores de las partes; si asiste el imputado, intervendrá al último. La decisión del juez de la investigación preparatoria se dictará inmediatamente o en el plazo de dos días luego de celebrada la vista. Podrá retener por 24 horas el expediente fiscal para resolver la medida requerida. Se requiere auto fundamentado para su retención.

E. Recursos. Contra el auto que acuerda la medida, el imputado podrá apelar dentro del tercer día de ejecutada la medida. La Sala Penal Superior absuelve el grado, previa audiencia, con intervención de los sujetos procesales legitimados. Si la Sala Penal lo cita en primera instancia, solo cabe de reposición.

F. Reexamen de la medida. A solicitud del afectado: "si nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma". Por ejemplo, en la interceptación de incautación de documentos postales y de comunicaciones, vid.: artículos 228 y 231.3 CPP.

5. La intervención de las comunicaciones telefónicas

5.1. Referencia constitucional

La Constitución Peruana no sólo reconoce, genéricamente, el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 2º.7: "*Toda persona tiene derecho: 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias*"), sino, específicamente, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones (artículo 2.10), esto es, el derecho a la libertad y confidencialidad de las comunicaciones privadas[1].

La carencia de una norma específica en la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante CADH–, no obstante ello, ha permitido sostener a la CIDH que el artículo 11 incluye las conversaciones telefónicas dentro del ámbito de protección de la vida privada[2], conforme a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante SCIDH– Tristán Donoso *v.* Panamá, de 27-1-2009, la cual se protege, con cita de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, STEDH– Halford, de 27-5-1997– las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relación con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.

5.2. El derecho a la intimidad

La doctrina constitucional peruana considera el derecho a la intimidad, más allá de admitir la diversidad de contenidos que presenta, como un bien jurídico presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales. Destaca, de un lado, la protección contra las intromisiones y la toma de conocimiento de hechos que corresponde a la esfera de la vida privada, es decir, de aquella esfera de la existencia que toda persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado; y, de otro lado, el control

---

1 **Artículo 2 Const.:** "*Toda persona tiene derecho:* **10.** *Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.- Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.- Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.-*"

2 **Artículo 11 CADH:** "**1.** *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.-* **2.** *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.-* **3.** *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*".

de la información de esta faceta de nuestra vida, sobre los datos e informaciones relativos a la propia persona. La libertad de comunicaciones es, por tanto, su presupuesto o contenido implícito.

Pero, a su vez, también existe consenso en nuestra doctrina constitucional en que tal nivel de protección no es absoluto o inelástico, pues debe tomarse en cuenta, en determinados casos, los intereses generales que también deben ser protegidos por el sistema jurídico. Uno de ellos, por cierto, es la prevención y represión de los delitos, que obviamente se trata de un hecho que tiene trascendencia social. Pertinente al punto es la sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina dictada en el caso Ponzetti *v.* Editorial Atlántida (306: 1892), que señaló que la protección en comento tiene un carácter relativo y sólo por ley –así, artículos 11.2 y 30 CADH[3]– podrá justificarse la intromisión en este ámbito, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. Al respecto, la SCIDH Tristán Donoso, de 27-1-2009, acotó que este derecho "*...no es absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y* [estricta] *proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática*".

El Tribunal Constitucional Peruano ha insistido que el derecho a la intimidad –en cuanto derecho personalísimo que protege al individuo [Malpartida Castillo]– comprende todos aquellos actos que la persona crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento al margen y antes de lo social (STC 7122005/HC, de 17-10-2005). En esa misma línea en la STC 67122005/HC apuntó que este derecho está constituido por los "*... datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado un daño*".

La *privacy*, en términos del Juez Supremo estadounidense Brandeis, consiste, sintéticamente, en el derecho "a ser dejado en paz" (*to be let alone*). No vulnera este derecho, por ejemplo, la técnica de la videovigilancia en lugares

---

3 **Artículo 30 CADH**. Alcance de las restricciones. "*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*".

abiertos al público, pues no puede reputarse íntimo lo que se hace en público, por lo que las grabaciones correspondientes son admisible como pruebas de cargo (STSE de 14-10-2002).

A tono con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 3-3-2004 añadiríamos que existe una protección absoluta de un ámbito esencial en la configuración de la vida privada, que prohíbe captar expresiones que pertenezcan al mismo –tales como la posibilidad de expresar sucesos, sentimientos, reflexiones, opiniones y experiencias íntimas estrictamente personales–; y, por ende, excluye a la persecución penal de la ponderación de los intereses, salvo que se trate de expresiones sobre concretos delitos graves cometidos cuando tengan suficiente percepción social, incluso aunque se hayan manifestado en la propia vivienda y entre parientes próximos. El criterio de definición de la esfera privada es predominantemente material y está en función a las pautas sociales imperantes [DÍEZ PICAZO].

5.3. El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 2.10 C.)

Sobre este derecho fundamental, un sector de la doctrina constitucional peruana entiende que el derecho a la intimidad personal se proyecta a las comunicaciones en general –el secreto de las comunicaciones, se dice, es una extensión del derecho a la intimidad y se concreta en la impenetrabilidad del contenido de las comunicaciones–, porque a través de ellas las personas pueden estar revelándose aspectos concernientes a aquel espacio que la persona reserva para sí.

Destaca, pues, el fundamento común de ambos derechos, pero lo que el derecho al secreto de las comunicaciones trata de garantizar es que una actividad sea de acceso reservado y opera, por tanto, como garantía formal de intangibilidad, de ahí su autonomía respecto del derecho a la intimidad. El bien jurídico protegido, en consecuencia, es la libertad de comunicaciones, no la intimidad [DÍEZ PICAZO]. Lo que se pretende, con este derecho, es que todas las comunicaciones, incluidas las electrónicas, puedan realizarse con libertad [BALAGUER]. El objeto directo de protección es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido (STCE 170/2013, de 7 de octubre).

Sin embargo, en aras de la delimitación de su contenido, también se afirma que este derecho tiene una génesis propia, ligada a la inviolabilidad de la correspondencia, que se circunscribe a todos aquellos medios utilizados para

el intercambio de información, opiniones o ideas entre dos o más personas. Por consiguiente, no es una manifestación o reflejo del derecho a la intimidad.

Si los medios protegidos por el derecho en cuestión son todos los medios de comunicación, alámbrico o inalámbrico, a través del cable o del espacio radioeléctrico, Internet (telégrafo, teléfono fijo o móvil, télex, fax, correo electrónico, videoconferencia, etcétera), con excepción de los medios de comunicación de masas; entonces, no hay duda que se está ante un derecho autónomo frente al derecho a la intimidad, tendente a la protección de la comunicación y lo comunicado, con independencia del carácter de lo conversado –consagra la facultad de expresar el pensamiento reservadamente, con relación a destinatarios específicos–, siempre referido a las comunicaciones privadas. Se erige, entonces, como garantía formal y, además, está sujeto a una garantía absoluta de resolución judicial para levantarla, pero también, con carácter previo, tiene una primera nota característica, que es la reserva de ley y, luego, en tercer lugar, le corresponde una última nota característica, que la inutilización probatoria cuando, con violación a esta garantía, se quiera hacer valer lo comunicado en sede judicial.

Podemos decir, respecto de la relación intimidad - confidencialidad de las comunicaciones, que esta última ofrece una protección formal, con independencia del acto comunicativo, que consiste en que, cualquiera fuese el contenido, deben respetarse ciertas reglas de procedimiento para hacer injerencia en una comunicación interpersonal y que debe además perseguir ciertos fines legítimos, la primera indica un límite sustancial al Estado, por relación con el contenido de la comunicación –lo decisivo, en orden a la reserva, no es el contenido (lo que se trasmite en la conversación) sino el continente (poder transmitirlo sin que lo sepan los demás, incluido el Estado)–. Así ha sido confirmado por la Corte Suprema en la Sentencia 092006/Lima, de 14-5-2007.

Existe, pues, una presunción *iure et de iure* acerca de que lo comunicado es "secreto" en su sentido sustancial, siempre que la comunicación se haga por los medios a los que se refiere el artículo 2.10 Constitucional [Balaguer].

5.4. Titularidad y límites del derecho

Es de precisar dos cuestiones básicas respecto del derecho fundamental analizado:

Primera, en orden a su titularidad. Cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, incluso las personas jurídicopúblicas [Díaz Revorio], tiene constitucionalmente garantizado que sus relaciones habladas o escritas con

otras personas, sea cual fuere su contenido, no pueden ser escuchadas, espiadas, interceptadas, conocidas ni hechas públicas sin su consentimiento, por terceros o autoridades. El ataque prohibido puede provenir tanto del Estado como de personas privadas, y éste puede entenderse como la intervención, la grabación y la divulgación de las comunicaciones (SCIDH Escher y otros *v.* Brasil, de 6-7-2009).

Segunda, respecto de la fuerza de su protección. La Constitución peruana, asimismo y de modo expreso, ha relativizado su protección –que incide en las dos facultades que lo integran: la de comunicar libremente o la de limitar el conocimiento del mensaje al destinatario elegido–. Permite la interceptación de las comunicaciones telefónicas por mandamiento motivado de juez, con las garantías previstas en la ley, cuya infracción hace que los elementos obtenidos carezcan de efecto legal alguno, lo que por cierto, como supone una excepción al derecho constitucionalmente garantizado, tal permisión ha de ser interpretada restrictivamente (STEDH Klass, de 6-9-1978). Es de anotar que nuestra Constitución sólo admite lo que puede denominarse "límites normales del derecho" –mandato motivado del juez competente–, no así los llamados "límites anormales o excepcionales" propios de los Estados de Emergencia –que sólo podría tener lugar en una situación dramática de declaración del Estado de Sitio–, tal como se advierte del artículo 137[4].

Cabe precisar, igualmente, que las comunicaciones interpersonales pueden tener la forma de: **1.** Telecomunicación, sea entre ausentes, como por ejemplo, correo electrónico o *pager* (por casilla de mensajes); o entre personas presentes que se comunican en tiempo real, como por ejemplo, comunicaciones telefónicas, por ondas hertzianas, satelital; o por la internet mediante herramientas de vínculos de conversación cerrados (chat)–. **2.** Comunicación entre personas físicamente presentes en un mismo tiempo y lugar.

5.5. Delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones

El Tribunal Constitucional peruano ha delimitado tres puntos en relación al derecho fundamental objeto de análisis:

1. Este derecho impide que las comunicaciones sean interceptadas por quien no esté autorizado para ello. Es de entender la interceptación como el acto

4 **Artículo 137 de la Constitución:** "*El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar* [...] **2.** *Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende.* [...]".

de aprehensión tecnológica de una comunicación o medio comunicativo similar por vía audio–magnética o decodificada, a efectos de tomar conocimiento del contenido de la comunicación. El derecho al secreto de las comunicaciones tiene eficacia *erga omnes*, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación –salvaguarda que todo tipo de comunicaciones entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo– (STC 28632002AA, de 29-1-2003). El carácter autónomo de este derecho frente al derecho a la intimidad personal estaría, pues, afirmado; y, los sujetos sometidos a la garantía del secreto de las comunicaciones, serían todos los terceros ajenos a la comunicación, no afecta a los propios partícipes en ella. El secreto no rige entre los propios comunicantes y, en consecuencia, quien da a un tercero acceso a una comunicación de la que es parte, o le informa sobre el contenido de la misma, no vulnera el derecho de su interlocutor [Díez Picazo]. La protección que brinda este derecho, en definitiva, lo es frente a terceros; no rige entre los propios comunicantes.

2. El objeto del referido derecho fundamental son las comunicaciones entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico– o nota entre particulares (STC 7742005HC, de 8-3-2005). La amplitud, así concebida, comprende las comunicaciones mediante telefonía digital o por satélite. *"No sólo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra comunicación a través de las ondas, se encuentran garantizadas en su confidencialidad por el derecho al secreto de las comunicaciones y judicialmente tuteladas"* (STSE de 1-6-2001).

3. En cuanto al ámbito protegido, el "secreto" comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado, de suerte que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, tanto cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello (STC 28632002AA, de 29-1-2003).

Cabe aclarar que superada la protección formal, el contenido concreto de la conversación, si ésta se encuentra almacenada, la protección está residenciada en el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal –también de jerarquía constitucional: artículo 2.6–, y es compatible con la STEDH Barbulescu

de 12-1-2016 y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24-11-2011 y de 19-4-2012 [RODRÍGUEZ LAINZ].

No obstante, el Tribunal Constitucional (STC 6552010PHC/TC, de 27-10-2010), repitiendo acríticamente la SCIDH Escher y otros *v.* Brasil, de 6-7-2009, y obviando sus anteriores precedentes de inspiración hispánica, insiste en la exigencia de que las conversaciones prohibidas son las privadas –cuando, en pureza, no interesa el contenido de las mismas. La fundacional STCE 114/1984, de 29 de noviembre, puntualizó que este derecho "*...se predice de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*"–.Tal posición de la mencionada del Tribunal Constitucional nacional, sin duda errónea, sólo podría aceptarse si la Ley Fundamental no hubiera contemplado autónomamente el derecho al secreto de las comunicaciones, diferenciándola del derecho a la intimidad.

El carácter objetivo y formal del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones es obvio: se protege la comunicación y lo comunicado, con independencia del carácter de la conversación. Bajo esta línea, al amparo de la Jurisprudencia estadounidense, Sentencias On Lee *v.* USA, de 1952, y Rathbun *v.* USA (1957), basta el consentimiento de una de las partes en la conversación para validar la interceptación sin orden judicial. En la Sentencia López *v.* USA (1973), se aceptó la grabación y su uso como prueba de cargo –es la técnica del *bugging* o autoinjerencia–, pues quien conversaba se tomaba el riesgo de que la otra parte divulgara el contenido de la conversación. En igual sentido se pronunció la STCE 114/1984, de 29 de noviembre[5], y, luego, la STSE 891/2006, del 22 de septiembre: "*...la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción ni a la intimidad del afectado recurrente* [afectado]". La casación argentina admitió las grabaciones ocultas de comunicaciones, realizadas por querellantes, o por denunciantes y también las realizadas con cámara ocultas, por periodistas (CNCP, Sentencias Hidalgo, de 17-2-2003; Macri, de 13-6-1997; y, Raña, de 20-4-1999). En esta misma tesitura lo hizo el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú en los diversos procesos en que se aportaron como prueba los famosos "vladivideos".

---

5 **STCE 114/1984, de 29 de noviembre:**"[...] *Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho re conocido en el artículo 18.3 de la Constitución* [artículo 2.10 de la Constitución del Perú]; *por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado*".

5.6. Extensión de la protección constitucional

Pareciera que para nuestro Tribunal Constitucional, a diferencia de la STEDH Malone, de 2-8-1994, la técnica del "recuento" –tarifador o *pen register*– no estaría vedada constitucionalmente por la menor intensidad que tiene frente a las escuchas telefónicas. Según el TEDH, protegido por el secreto no solo está el "soporte" –línea telefónica, por ejemplo–, sino también las circunstancias de las comunicaciones, tales como el momento, la duración o la identificación de los comunicantes. La técnica del "recuento", como se sabe, emplea un mecanismo que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y la duración de cada llamada. En la SCIDH Escher y otros se dijo, sin mayores énfasis, "...*el artículo 11* [CADH] *se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones*".

La STEDH Malone consideró que tal técnica afecta el contenido esencial del secreto de las comunicaciones porque contiene información –en especial, los números marcados– que identificarían indirectamente a los interlocutores o corresponsales, lo que obliga a requerir mandato judicial porque son parte de las comunicaciones telefónicas. Supone desde esta perspectiva, anota la STCE 70/2002, una interferencia en el proceso de comunicación, de suerte que este derecho quedaría afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (STCE 230/2007). La STSE 1219/2004, del 10 de diciembre, desde una perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido estricto, acotó que la resolución judicial habilitante, empero, puede tener la forma de providencia (o decreto), en atención a la menor intensidad de la afectación del derecho fundamental y no importa, concurrentemente, ninguna intromisión en el derecho a la intimidad al suponer sólo la identificación de los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones.

La Corte Suprema de Estados Unidos, por el contrario, no consideró inconstitucional esa técnica, ni por consiguiente dispuso la previa orden judicial para usarla (véase, Sentencia Smith *v.* Maryland de 1979).

Tal entendimiento –de la no necesidad de orden judicial fundada mediante un auto–, en todo caso, permitiría a la policía, al incautar un teléfono móvil o celular, analizar inmediatamente –sin autorización judicial– la memoria para que la autoridad de investigación pueda acceder a las constancias de llamadas registradas en el aparato; y evitaría a los tribunales hacer argumentaciones que sostengan que no se trata de una manipulación del teléfono para conocer las llamadas efectuadas, sino sólo para dejar constancia de las mismas (STSE 1300/2001, de 28 de junio; 2384/2001, de 7 de diciembre). En este supuesto, podría decirse que se trataría de mensajes almacenados que tienen la equivalencia de un mero documento. La Sala Penal de la Corte Suprema peruana no ha visto ningún problema de ilegitimidad constitucional en esta técnica de investigación policial.

Con mayor precisión la STSE 1086/2003, de 25 de julio, señaló que: "... *esta diligencia no supone* [incluso] *ninguna intromisión indebida en el derecho a la intimidad* [porque]...*sólo sirve para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones...*". La STSE 1231/2003, de 25 de noviembre, puntualizó que: "... *No se trata de una intervención en el proceso de comunicación, ya entendido como transmisión de conversaciones, ni localización, al tiempo de su realización, de las llamadas efectuadas, de la identificación de usuarios, limitándose a la comprobación de unos números. Se trata de una comprobación de una agenda que contiene datos almacenados y que pudieron ser borrados por el titular o, incluso, bloqueados por el titular. Por otra parte, esa actuación no permite comprobar el destinatario de la llamada, ni el tiempo ni, en la mayoría de los supuestos, las horas de su relación, tan sólo de una información obtenida de la memoria mediante una sentencia actuación sugerida por el aparato*". El examen o la observación del listado de teléfonos de la agenda de un teléfono móvil –contiene nombres, direcciones y números telefónicos–, por consiguiente, no es una intromisión en el proceso de comunicación –que ya culminó–, sino en el derecho a la intimidad. Su examen está legalmente autorizada a a Policía, siempre por supuesto que la misma resulta justificada con larreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto, siempre bajo una apreciación *ex ante* (así: STCE 70/2002, de 3 de abril, y SSTSE 1315/2009, de 18 de diciembre, y 311/2015, de 27 de mayo).

En esta misma perspectiva, la obtención de los números de las líneas telefónicas a intervenir es materia por completa ajena al ámbito de la protección constitucional, por lo que no es necesaria, a estos efectos, de autorización judicial alguna (SSTSE 10169/2015, de 30 de septiembre, y 1836/2015, de 2 de junio).

Queda claro, por lo demás, que tampoco afecta el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones conocer la titularidad del contrato de abono telefónico numerado (STSE 459/1999, de 2 de marzo).

Por último, el hecho de que los agentes policiales intervienen en poder de unos detenidos varios teléfonos celulares o móviles, accediendo, entre otros, al registro de llamadas memorizado en el terminal hallado en posesión de varios de ellos, sin contar con su consentimiento ni con la debida autorización judicial, confeccionando un listado de llamadas recibidas, enviadas y perdidas, se considera que no es causal de inutilización probatoria. Por ejemplo, la reciente jurisprudencia española, asumida por la STCE (pleno) 115/2033, de 9 de mayo, concluyó que esta práctica no afecta el derecho al secreto de las comunicaciones del usuario de dicho aparato de telefonía, sino exclusivamente al derecho a la intimidad; que la Constitución no prevé la garantía de previa autorización judicial para el derecho a la intimidad, por lo que se admite su legitimidad constitucional al constituir una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que exista la suficiente y precisa habilitación legal y se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad; que con el acceso a la agenda de contactos del teléfono móvil o celular no se obtiene dato alguno concerniente a un proceso de comunicación emitida o reciba mediante dicho aparato, sino únicamente un listado de números de teléfono introducidos voluntariamente por el usuario del terminal, equiparable a los recibidos en una agenda de teléfonos en soporte de papel; que distinto sería el caso si se hubiese producido el acceso policial al cualquier otra función del teléfono móvil o celular que pudiera desvelar procesos comunicativos, como por ejemplo el acceso al registra de llamadas entrantes y salientes. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre ellas la reciente 87/2020, de 3 de marzo.

5.7. La intervención de las comunicaciones

El derecho a la libertad y confidencialidad de las comunicaciones, conforme a la Ley Fundamental, está dotado de una singularidad propia que lo diferencia del derecho a la intimidad y, además, está sujeto a una protección reforzada. Su interceptación –que es la excepción– sólo puede producirse mediante "*...mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la Ley*". Ello significa que "*...este derecho no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas en la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho*" (STSE 1129/2006, de 15 de noviembre), y que en todo caso requiere de una decisión judicial específica,

caso por caso. La interferencia en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede sustentarse en razón de intereses generales, una de las cuales es la investigación de los delitos y la lucha contra la criminalidad.

El cumplimiento de estos presupuestos –que incluye el fin legítimo como base para impedir injerencias arbitrarias o abusivas: artículo 11.2 CADH–, interpretados de forma restrictiva, permitirá que esa afectación (referidas a las comunicaciones orales, aunque a veces con soporte escrito, como los mensajes de textos o sms, y los correos electrónicos email [BANACLOCHE] –incluso los Whats App–) no se convierta en vulneración. No cabría, entonces, invocar la noción material de "urgencia" o "peligro por la demora" para que la autoridad pública intervenga las comunicaciones. El Juez ha de tener en este caso, no la última palabra en la materia, sino la primera palabra. Y, si la interceptación se produce sin la previa orden judicial –o esta es arbitraria–, la información obtenida "...*no tiene efecto legal*".

Es de definir, con fines metodológicos, la intervención de comunicaciones como una medida de investigación restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones –en pureza, una medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, según la denomina el Título III de la Sección II del Libro Segundo del CPP–, que puede acordar la autoridad judicial en la etapa de investigación preparatoria –el Juez de la Investigación Preparatoria: artículo 230.1 CPP–, consistente en la instalación de aparatos de escucha, grabación y reproducción del sonido, para captar el contenido de la conversación desarrollada de forma oral entre dos o más personas, con la finalidad de obtener datos que hagan posible la averiguación del sujeto/s responsable/s del hecho delictivo, de las circunstancias de la comisión del mismo y de la obtención de material incriminatorio suficiente que pueda hacer valer en la etapa de enjuiciamiento [NOYA FERREIRO].

Una de las notas relevantes, en clave procedimental y presupuesto lógico, es el secreto de las referidas actuaciones, precisamente para evitar su inutilidad –éste es inherente a la intervención telefónica–. Su eficacia depende, prácticamente en su totalidad, de la ignorancia del afectado acerca de su existencia.

Esta medida cumple dos funciones básicas. **1.** De un lado, desempeña una función probatoria aunque no es en sí misma un medio de prueba, sino en pureza una fuente de prueba, o más bien una operación técnica cuyo objeto: la conversación, puede crear elemento de prueba, lo que en todo caso dependerá del contenido y de la relevancia de las grabaciones. **2.** De otra parte, cumple, también, una importante función investigadora, en cuanto constituye una herramienta muy

útil para obtener otros elementos de prueba y para decidir sobre sucesivos actos de investigación [Rives].

5.8. Garantías de la interceptación de las comunicaciones

La Ley que desarrolla la interceptación de comunicaciones, siguiendo la doctrina del TEDH en las Sentencias Kruslin, Huvig y Valenzuela Contreras –SSTEDH de 24-4-1990 y de 30-7-1998–, para que el derecho fundamental permanezca incólume, debe contemplar las siguientes cinco garantías:

1. Que se definan las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial;
2. Que se identifique la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas;
3. Que se fije un límite de duración de la ejecución de la medida;
4. Que se determinen las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas, incorporando las precauciones necesarias para conservar intactas y completas las grabaciones realizas, a los fines del eventual control por el Juez y la defensa; y
5. Que se establezcan las circunstancias en las que se puede o debe realizar el borrado o la destrucción de las cintas, especialmente en casos de sobreseimiento o puesta en libertad.

Lo expuesto reconoce, como punto esencial, el principio de reserva de ley en materia de medidas instrumentales restrictivas de derechos fundamentales, una de cuyas notas esenciales es, sin duda, la exigencia de certeza: incorporación de reglas claras y detalladas. Este principio cumple una doble función. **1.** De una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes. **2.** De otra, en tanto los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales (STCE 26/2006, de 30 de enero).

En la base misma de estas garantías se reconoce el cumplimiento de varios principios esenciales del procedimiento penal y, concretamente, de la interceptación de comunicaciones: **(i)** especialidad, **(ii)** excepcionalidad y necesidad, **(iii)** idoneidad o funcionalidad, y **(iv)** estricta proporcionalidad.

La especialidad. Se requiere de la existencia de una investigación penal en trámite por un delito concreto, con la consiguiente prohibición de intervenciones telefónicas con fines generales y prospectivos (STSE 393/2012, de 29 de mayo), esto es, indagar qué es lo que encuentran a un sospechoso sin datos previos delimitados. Se precisa, pues, como presupuesto procesal, de un procedimiento de investigación dirigido al esclarecimiento de hechos concretos con una concreta, aunque provisoria, calificación jurídica, no una causa procesal destinada a determinar qué delitos pudiera estar cometiendo una persona determinada [RODRÍGUEZ LAINZ].

Este principio dice de la finalidad de la medida de intervención telefónica. Ha de ser necesaria para "[...] *proseguir las investigaciones...*" (artículo 230.1 CPP) o, con un sentido más claro, para "[...]*lograr los fines de esclarecimiento del proceso...*" (artículo 202 CPP). Esta finalidad actúa como límite teleológico, de manera que la intervención será posible solo si se está ante un hecho o circunstancia importante, y ante una investigación en trámite. De tal manera que no será la escucha la que dé lugar a la formación de la "causa", sino que por el contrario la "causa" debe existir, estar en tramitación y apreciarse de la misma que con la escucha es posible obtener el descubrimiento o la comprobación de algún hecho relevante para la "causa" [LÓPEZ BARJA].

Una disposición fiscal, previa, ha de indicar el tipo delictivo que se está investigando –de hecho, puede tratarse de diligencias preliminares (artículo del 334.1 del CPP)– que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales (STSE de 11-4-1997). Debe existir la necesaria identidad entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (ATSE de 18-6-1992). Se debe inutilizar el resultado de una intervención telefónica si se ha producido una divergencia entre la autorización concedida (para investigar, por ejemplo, un delito de tráfico ilícito de drogas) y la investigación efectivamente practicada por la policía (un delito de cohecho) (STCE 49/1996, de 26 de marzo).

La excepcionalidad y necesidad. Se vincula a la inexistencia de otras medidas igualmente útiles menos gravosas o restrictivas. Lo imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, está vedado hacerlo (STSE 844/2002, de 13 de mayo). Luego, no es un medio normal de investigación y, por ello, no debe emplearse de forma rutinaria o generalizada (STSE 453/2013, de 18 de julio), solo cuando sin él la obtención de pruebas sería extraordinariamente difícil (STSE de

23-11-2002). Lo imprescindible, en suma, se aprecia tanto de la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, estaría vedado acordar la intervención de comunicaciones (STSE de 1-12-1995).

La idoneidad o funcionalidad. Define el ámbito objetivo y subjetivo. Se concreta tanto en la precisión del hecho y una suficiente identificación del sospechoso y del teléfono empleado como vehículo de comunicación –que muchas veces no están a nombre de quien verdaderamente hace uso de aquéllos–, como en su duración en función a la utilidad de la medida, y concreta ésta en función a las terminales o sistemas de comunicación de utilización ocasional o habitual del imputado–.

La intervención de comunicaciones, por esta exigencia ineludible de indicar el número telefónico o identificar el teléfono, en función a un hecho punible con ciertos marcos de concreción (artículos 230, literales 2 y 3, del CPP[6]), solo comprende como válidas –garantía de constitucionalidad de la misma– aquellas conversaciones que están estrictamente vinculadas al teléfono o teléfonos intervenidos. Si del mérito de las conversaciones intervenidas se advierte la existencia funcional de otros teléfonos y/o personas vinculadas al hecho delictivo investigado, será necesario la ampliación de la medida a esos teléfonos. No es posible extender automáticamente, en cascada, esta medida a la interceptación de teléfonos no comprendidos en la orden judicial. Sí así se hace, desde luego, esas conversaciones no pueden ser utilizadas por su ostensible inconstitucionalidad.

La proporcionalidad. Este principio se vincula, **1.** De un lado, a un delito grave –es su presupuesto material–, cuya valoración no solo debe estar en función a la pena conminada, sino también a la trascendencia social del delito que se trata de investigación (Conforme: SSTCE 167/2002, de 18 de septiembre, y 253/2006, de 11 de septiembre), de suerte que tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior la beneficio que de su adopción resulta para el interés público y de terceros (STCE 96/2012, de 7 de mayo). **2.** De otro lado, a la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito, fundado en razones de política criminal para evitar bolsones de impunidad (STCE 104/2006, de 3 de

6 **Artículo 230 del CPP: 1.** "*El Fiscal [...], podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas [...]*".- **3.** "[...] *la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono* [...]".

abril)–. En consecuencia, la intervención telefónica ha de guardar proporción tanto con la infracción penal que se investiga como con lo que se espera obtener mediante dicha medida. La regla de los sacrificios exige que debe existir proporcionalidad entre el fin perseguido y el medio empleado para conseguirlo [LÓPEZ BARJA].

El artículo 230.1 del CPP optó, para definir el presupuesto material de la medida, por un criterio objetivo-concreto, en cuya virtud la intervención de comunicaciones procede en delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a los cuatro años, entendiendo este baremo como prognosis de pena concreta.

5.9. Garantías de la intervención de comunicaciones

Estas garantías permiten proteger la propia libertad de comunicación, que es puesta en peligro no sólo **(i)** cuando se interfiere o vigila la comunicación misma –momento de la recolección de datos de o sobre la comunicación–, sino también **(ii)** cuando estos datos obtenidos son utilizados para algún fin –momento de la utilización–, y además **(iii)** cuando estos datos se conservan u organizan para algún uso futuro –momento de la conservación, almacenamiento o tratamiento de datos–.

La ley, por tanto, debe dar una protección suficiente para cada momento, y asegurar que la recolección, utilización y almacenamiento no sean ejecutadas para un fin distinto del que les dio legitimidad.

5.10. Presupuestos y requisitos de la intervención de las comunicaciones

En orden a la intervención de las comunicaciones, en concreto las telefónicas, por imperio de las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal, y con fines de investigación penal, existen presupuestos constitucionales (anteriores y coetáneos a la medida), y requisitos ordinarios (posteriores) [MONTERO].

Los primeros –presupuestos constitucionales– permiten configurar la intervención telefónica como una fuente de prueba y medio de investigación, por lo que su incumplimiento, afirma el Tribunal Constitucional, torna inválidos los elementos de convicción recabados (STC García Mendoza, 20582004AA/TC, de 18-8-2004), mientras que los requisitos de legalidad tienen como finalidad convertir la intervención telefónica en un medio de prueba susceptible de ser valorado como prueba de cargo durante el juicio oral y en la sentencia que se dicte [CLIMENT]. La STSE 1954/2000, del 1-3-2000, es básica al respecto.

Los requisitos de legalidad ordinaria se refieren, una vez superados los de Derecho constitucional, a la forma en que tales intervenciones se incorporan al procedimiento; y, su incumplimiento, impedirá que las intervenciones por sí mismas puedan ser prueba de cargo, pero nada obsta a que siendo un medio de investigación válido y fuente de prueba, siempre que se pueda corroborar con otros (testificales, materiales aprehendidos, etcétera) [De Aguilar].

5.11. Presupuestos constitucionales de la intervención de comunicaciones

Los presupuestos constitucionales de la injerencia que la Ley Fundamental autoriza, para determinar su licitud, son cuatro, desde luego más exigentes que la CADH que, a tenor de la SCIDH Escher y otros, se limita a exigir: **a)** legalidad de la injerencia; **b)** persecución de un fin legítimo; y **c)** que la medida sea idónea, necesaria y proporcional.

Se trata de los siguientes:

1. Reserva jurisdiccional absoluta. Esta exigencia importa dos cosas: primero, que se trate de la decisión de un órgano jurisdiccional, independiente al resolver; y, segundo, que sea adoptada en el curso de una actuación procesal, único medio en que la actividad judicial puede desarrollarse. El artículo 230.1 CPP exige, en esta línea, que: "...*la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones*..."; y, el Fiscal, para hacerlo, requiere que previamente decrete diligencias preliminares o dicte la disposición formal investigación preparatoria (artículos 330.1, 336.1 y 337.2 CPP), en función a "...*sospecha(s) de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito*" (artículo 329.1 CPP).

   La intervención judicial como presupuesto necesario y previo a la intervención telefónica, atento a la concordancia del artículo 2.10 de la Constitución y el artículo 230 del CPP, no admitiría excepciones basadas en la urgencia o en el peligro por la demora –expresión que se refiere a la necesidad de salvataje de bienes jurídicos superiores de terceros, durante la etapa de preparación o ejecución, o si ha cesado ésta, si hay indicios graves de la inminencia de la fuga de los sospechosos o de desaparición de los efectos del delito–, ni siquiera en los supuestos de los Estados de Emergencia.

   Se discute que si se somete una intervención gubernamental o policial urgente a la convalidación jurisdiccional se salvaría el vicio de inconstitucionalidad,

tal como, para España, lo declaró la STCE 199/1987, de 16 de diciembre–. Sin embargo, en el Perú, la convalidación judicial no está prevista por el CPP para esta clase de medidas –sí la tiene, por ejemplo, la Ley Argentina 28.873, de 2004: artículo 236, 2do párrafo, del CPP Nación y el artículo 100B,II,4 OPP Alemana–. En conclusión, los jueces tienen el monopolio de autorizar la adopción de intercepción de las comunicaciones. El problema estriba en decidir si, además de la autorización judicial, se requiere que la propia limitación quede bajo control directo judicial; pero, si el acto de investigación queda, constitucionalmente, bajo la autoridad del Ministerio Fiscal, es obvio que no es posible entender que el Poder Judicial también debe realizarla o, en su caso, de intervenir directamente la ejecución de la medida.

2. Resolución judicial. Ha de ser motivada –la motivación es necesaria para justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y hacer posible su control posterior (STSE 1129/2006, de 15 de noviembre)–, y lo será tanto para acordar la medida como para prorrogarla. Ésta ha de justificarse según el momento y por razones específicas en que se solicita, y debe valorar indicios propios sobre la base de lo que se ha venido a descubrir con las anteriores grabaciones. Los indicios deben haber alcanzado cierta medida de concreción, a través del material fáctico concluyente del mundo externo e interno de los sucesos. La resolución autoritativa tiene la forma de un auto, no por decreto, en tanto que tal resolución requiere motivación. Formalmente el auto ha de expresar por sí mismo las razones que llevan a la decisión y debe hacerlo de modo específico –apunta la STSE 931/2013, de 14 de noviembre, que esta medida "*...debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona*"–. No es exigible una extensión determinada del auto, es suficiente que se expresen las razones que justifiquen lo resuelto (STSE 1592/2003, de 25 de noviembre).

Los fundamentos de hecho del auto judicial han de referirse a los indicios o hechos base que puedan derivar a un delito concreto, definido, y a la mención de sospechas fundadas en datos fácticos determinados que dan cierta solidez a las afirmaciones de la Fiscalía solicitante, necesarios para dictar una medida coactiva –basta que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se pide se efectuarían llamadas vinculadas con el delito

investigado, las que conducirían a esclarecerlo (Cas. Argentina, de 13-7-2000, Asunto GN, A y otros)–.

Los fundamentos de hecho recaen en los límites objetivo –hecho punible objeto de investigación: para la obtención de datos que puedan servir para el descubrimiento de un delito y de las personas responsables del mismo (STS de 21-7-1997)– y personal o subjetivo –personas afectadas con la intervención telefónica: los que provisionalmente puedan ser tenidos como responsables del delito investigado o se hallen relacionados con ellos (STCE 49/1999, de 5 de abril)–.

Esta exigencia, que no es meramente de carácter legal, sino que procede de la Constitución, está en función al principio de intervención indiciaria, que requiere que existan datos en el caso concreto que pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria su limitación en función a las circunstancias de la investigación y del hecho investigado (STSE 684/2016, de 26 de julio). Los indicios a los que se alude son algo más que simples sospechas –la sospecha inicial simple solo justifica la incoación de diligencias preliminares de investigación–, pero también algo menos que los indicios reveladores que se exigen para dictar la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria; esto es, sospechas amparadas en alguna clase de dato objetivo (STSE 884/2012, de 8 de noviembre; y, STCE 202/2001, de 15 de octubre). Sin base objetiva, las sospechas que surjan en los encargados de la investigación son inatendibles en sede judicial (STSE 550/2013, de 26 de junio). La decisión judicial, por tanto, ha de expresar la imputación de un delito grave –de los indicados en el 230.1 artículo del CPP–, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios procedimentales de la posible existencia del mismo, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos (STCE 25/2011, de 14 de marzo).

Este juicio, además, que rechaza la precariedad indiciaria y las meras conjeturas, y que carece de una base empírica mínimamente consistente y real, ha de contar con los presupuestos objetivos desde una perspectiva *ex ante* sin que sea aceptable cualquier justificación *ex post* (STSE 567/2013, de 8 de mayo). La sospecha suficiente –de cara a esta medida instrumental–, en base a "elementos de convicción suficientes" (artículo 230.1 CPP) o "datos objetivos determinados" (artículo 230.2 CPP), exigen indicios procedimentales que "...*permiten descubrir o atisbar sin la seguridad de la plenitud*

probatoria, con la firmeza que proporciona la sospecha fundada, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho objeto de investigación a través de la interceptación telefónica, siendo obligación del Juez exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, sino lo hace, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión y no después" (STSE de 18 de junio de 1992). La fundabilidad de las sospechas descansa en la necesidad de que se apoyen en datos objetivos en un doble sentido: **(i)** ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, **(ii)** han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de las personas (STSE de 18 de septiembre de 2002). Se trata, pues, de la fuente de conocimiento del presunto delito, la cual debe ser precisada y valorada.

No es necesario, desde luego, que se alcance el nivel de la sospecha reveladora, que da lugar a la Disposición Fiscal de Formalización de la investigación preparatoria. En el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona (STSE de 25-10-2002).

Los fundamentos jurídicos de la resolución judicial, amén de razonar en torno a la suficiencia de los indicios, al delito investigado, la proporcionalidad de la medida en relación al delito y a su trascendencia, deben incidir en la necesidad y utilidad para acordarla o continuarla. Debe designarse, además, el número telefónico, sin interesar que corresponda o no al investigado –el artículo 230.2 CPP prescribe, al respecto, que la orden judicial puede recaer "*...contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados, que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación*"–. El teléfono afectado será el que se considera, razonablemente, utiliza el sospechoso de ser autor del delito. Por ende, a estos efectos, la interceptación podrá centrarse, tanto en el terminal del que el investigado sea titular, como en aquel que sólo utilice como usuario. La interceptación no se vincula a la titularidad sino a la utilización de un determinado terminal o sistema de comunicación [MARCHENA/GONZÁLEZ-CUELLAR].

Determinar cuándo se está ante indicios suficientes o ante "suficientes elementos de convicción" es un tema arduo. La clave, a mi juicio, está en la noción de probabilidad –es de seguir la noción estadounidense de 'causa probable'–, que apunta a establecer si existe una probabilidad fundada objetivamente –de base razonable, no de certeza– de que a través de determinada línea telefónica se obtendrá información relevante para esclarecer un crimen grave, [...] siempre según el criterio de una persona prudente y razonable (Corte Suprema de Puerto Rico, Asunto Pueblo *v.* Tribunal Superior, 1964). Para su determinación es relevante el tiempo transcurrido, a mayor tiempo transcurrido entre la observación de los agentes que solicitan la orden y la expedición de la misma, menor es la probabilidad en que debe estar fundada la orden, y mayor la probabilidad de una injerencia innecesaria. Luego, es necesario someter a análisis el contenido del pedido, la información con que cuenta, el contraste inicial o la credibilidad del informante. Cuando sólo existe información basada en un tercero, sin constatación policial, rige la regla de la "totalidad de las circunstancias" adoptada por la Corte Suprema USA en la Sentencia Illinois *v.* Gates (1983) –que revocó las reglas AguilarSpinelli, sentencias de 1964 y 1969, que exigían una petición que establezca la razón principal para inferir que el sospechoso está involucrado en una actividad criminal, y que el informante es creíble y que la información aportada por éste es veraz–, en cuya virtud si al considerar todas las circunstancias expuestas en las declaraciones o afirmaciones de la policía, basada en referencias de informantes, hay una probabilidad razonable de que habrá de encontrarse o descubrirse lo buscado, debe expedirse la orden. La confiabilidad del relato es mayor, hay presunción de confiabilidad, si éste proviene de la víctima o un testigo del delito (Corte Suprema, Sentencia Draper *v.* USA, 1950).

La casación argentina ha precisado que no se requiere como presupuesto una 'demostración inequívoca' de actividad delictiva anterior, sino que bastan 'sospechas suficientes de esta actividad', basta que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se ordena se efectuarían llamadas vinculadas con la comisión de los delitos investigados, las que conducirían a esclarecer dichas actividades ilícitas (Sentencias Rivalora, de 4-3-1998; Núñez, de 7-9-1998; Chueque, de 28-3-2003). Lo que se requiere, dice la jurisprudencia germana, seguida por la STSE 1758/2002, de 23-12-

2002, es un grado de sospecha adecuada a la fase inicial de investigación, caracterizado doctrinalmente como la 'sospecha inicial simple', basada en la existencia de 'puntos de apoyo fácticos suficientes desde la perspectiva de la experiencia criminalística'.Los datos objetivos, en que ha de apoyarse la resolución judicial, requieren, primero, que sean accesibles a terceros, para garantizar el control; y, segundo, que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona del imputado. Tales datos objetivos permitirán precisar que la línea telefónica indicada era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación prospectiva (STCE 197/2009, de 28 de septiembre).

La resolución habilitante no solo se debe indicar los hechos investigados –los que precisan de intervención de las comunicaciones–, su calificación jurídico-penal, la imputación de dichos hechos y delito a la persona a quien se refiere la escucha –nombre y dirección del afectado, si se conociera– y la exteriorización de los indicios respecto de los hechos y de la persona afectada con la medida. Además debe señalar el teléfono o teléfonos respecto de que se acuerda someter a escucha, la relación entre el teléfono (o teléfonos) y las personas a quien se les imputa el delito –los fijados por la ley: sancionados con pena superior a los cuatro años de privación de libertad–, la forma de la interceptación y su alcance, el tiempo que habrá de durar la escucha, y la indicación de la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro (STSE 1109/2006, de 16 de noviembre. Artículo 230, apartados 1, 2 y 3, del CPP). Además, el Juez comunicará al Fiscal requirente la habilitación concedida, y mediante oficio comunicará a la empresa concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones la orden judicial, a fin de que facilite la medida y guarde la reserva necesaria para la eficaz ejecución de la medida.

3. Proporcionalidad. La medida de intervención telefónica se autoriza en tanto en cuanto resulta necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (STCE 18 de septiembre de 2002). Debe existir un correlato entre la medida de intervención telefónica, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la

naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social (STSE de 18-6-1992).

La autorización judicial de la medida de interceptación telefónica ha de estar sustentada en una norma que la habilite –que sea asequible y precisa, que determine el alcance y las modalidades de su ejercicio–. Ha de ser, conforme al artículo 230.1 CPP, absolutamente necesaria –por no existir otros medios de investigación menos lesivos y cuando, de otra manera, la investigación de las circunstancias no ofrecería probabilidad alguna de éxito o se tornaría considerablemente más difícil–. Se trata de dos perspectivas del análisis de la necesidad, tanto desde la probable utilidad cuanto de su cualidad de insustituible, pues si no es probable que se obtenga datos esenciales para la investigación o puedan éstos lograrse por medios menos gravosos para los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad vetaría su adopción (STCE 13/1985, de 31 de enero).

Además, debe referirse a delitos graves y de trascendencia social evidente: estricta proporcionalidad, y realizarse en los marcos de una investigación preparatoria en curso –incluye las diligencias preliminares–. La gravedad de la intervención telefónica –el nivel de afectación a la esfera jurídica del afectado– requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar (STSE de 2-6-2010). Será de constatar, también, que junto al secreto formal de las comunicaciones telefónicas a intervenir, no concurra otro secreto de naturaleza material, cual es el caso del secreto profesional, no siendo por ello lícito intervenir el teléfono del abogado del sospechoso, salvo en los supuestos en los que deba ser considerado imputado como autor principal o partícipe.

El plazo de la medida –siempre de duración limitada, prórroga incluida–, que importa el límite temporal de la misma, está vinculado a este principio, que debe ser adecuado a la finalidad de la medida, a las condiciones y entidad de la investigación y del hecho punible investigado. Luego, el plazo y sus prórrogas (sesenta días, prorrogables excepcionalmente por plazos sucesivos, a solicitud del Fiscal y mediante auto motivado: artículo 230.6 CPP), están limitadas al tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y siempre que subsistan las causas que motivaron la interceptación [Marchena/González-Cuellar]. El CPP insiste en la necesidad que el auto de prórroga debe ser fundado y que las prórrogas son excepcionales. Tal motivación propia se entiende porque la intervención telefónica ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en todo

momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que, en su día, determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas (STCE 181/1995, de 11 de diciembre). La viabilidad de la prórroga requiere que la Fiscalía aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos; la intervención en curso ha de arrojar resultados sugestivos de la comisión de delito (SSTSE de 16-2-2007 y 9-12-2010).

Una última nota de la proporcionalidad es el control judicial de la ejecución de la intervención telefónica. Ésta se integra al contenido constitucionalmente protegido del derecho al secreto de las comunicaciones, que requiere de la fijación de un plazo de duración y de los períodos en que se debe dar cuenta de los resultados de la intervención, así como el seguimiento por el fiscal –o el juez– de las vicisitudes del desarrollo y cese de la medida. Distinto es el caso del control judicial de las cintas, custodia de los originales, transcripción de sus contenidos, audición o cotejo[7], cuyas irregularidades no constituyen verdaderamente una vulneración del citado derecho fundamental, pues no tiene lugar durante la ejecución de acto limitativo de derechos sino con ocasión de la incorporación de su resultado a las actuaciones procesales, sin perjuicio de su relevancia a efectos de la prueba de los hechos investigados (STCE 167/2002, de 18 de septiembre).

4. Especialidad. Deriva de la proporcionalidad de la medida (necesidad, subsidiaridad y estricta proporcionalidad). Se ha de especificar lo indicios, el delito que de los mismos se desprende y la persona que aparece como sospechosa de ser la autora del mismo: aquí se explica la necesidad de que se haya incoado una investigación preparatoria, mínimamente en el nivel de diligencias preliminares. El delito debe aludir a un hecho concreto plenamente subsumible dentro de un tipo legal grave, del que existan indicios de criminalidad razonables.

---

7 **Artículo 231 CPP. 1.** "[...] *Las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida* [...] *y el Acta de Recolección y Control serán entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance* [...]. **2.** [...] *Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal* [...]".

Además, ha de referirse a una persona concreta: el investigado, de quien se reputa está vinculado al delito objeto de averiguaciones. Se considera, como lo ha decidido la Casación Argentina (Asunto Reynoso, de 11-6-1999), que de todos modos no es una necesaria una identificación exhaustiva de la identidad nominal del imputado o sospechoso –inicialmente, en muchas ocasiones, iniciada una investigación se llega a conocer de la existencia de un individuo no plenamente identificado, con un nombre o un alias–. Basta con indicios de que utilizará una línea telefónica determinada. No es, pues, imprescindible la identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir.

Puntualizó, al respecto, la STSE 712/2012, de 26 de septiembre, con cita de la STCE 104/2006, de 3 de abril, que no se puede excluir la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir. Asimismo, expresó: "*A la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía –por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos– esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas*".

La finalidad de la intervención de las comunicaciones, como toda medida restrictiva de derechos, es "*...lograr los fines de esclarecimiento del proceso,...*" (artículo 202 CPP). Desde esta finalidad amplia, desde luego, es legítima la identificación de otros sospechosos de los que se carece cualquier otro dato de identidad, pues no supone indeterminación subjetiva alguna. La plena identificación de un número que luego resulta intervenido, no es indispensable para la legitimidad de la injerencia. En esta perspectiva la STSE 309/2010, de 31 de marzo, aclaró lo siguiente: "[...] *lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad es 'la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas'. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquéllas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionados con el delito investigado* [...]".

El Subcapítulo II, Intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, del Capítulo VII, El control de comunicaciones y documentos privados, del Título III, La búsqueda de pruebas y restricción de derechos, de la Sección II, La prueba, del Libro II, La actividad procesal, a diferencia del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal Italiano, no contiene una disposición que regule la utilización de las intervención telefónicas en otro proceso penal, tanto como *notitia criminis* cuanto como medio de prueba –en España recién se incorporó una disposición específica mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre–.

No obstante ello, es plenamente factible reconocer esta posibilidad desde la propia lógica estructural del derecho a la prueba. Desde luego, la regla general es que los resultados de una intervención telefónica sólo pueden ser utilizados en el proceso en el cual había sido efectuada la escucha. Empero, cabe reconocer su plena utilización en otros procesos, siempre que se constate que en el primer proceso la intervención telefónica cumplió los requisitos constitucionales y legales oportunos, por lo que han de aportarse al segundo proceso las piezas procesales para acreditar tal legitimidad y, con ello, poder realizar el pertinente control jurisdiccional [CASANOVA].

Ahora bien, ante un cuestionamiento en el momento procesal oportuno por la parte a quien afecta esas escuchas telefónicas, si las actuaciones son insuficientes o no se han presentado, en tanto no existen nulidad o inutilizaciones presuntas, debe otorgarse a la parte que las propuso que justifique la legitimidad o licitud cuestionadas (Acuerdo del Tribunal Supremo Español 1/2005, de 26 de mayo); y, si el cuestionamiento no se promueve en la estación procesal oportuna –en la etapa intermedia o, antes, en el curso de la etapa de investigación preparatoria– no podrá suscitarse en ulteriores instancias; no son válidas las impugnaciones extemporáneas (Acuerdo del Tribunal Supremo Español de 26 de mayo de 2009). Sobre esto último la STSE 689/2014, de 21 de diciembre, estipuló que "*...la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias*". Se parte de la premisa, salvo prueba en contrario, de que las autoridades han adecuado su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución, ya que sería absurdo entender que como no constan las actuaciones iniciales de las intervenciones telefónicas en una causa distinta hay que pensar que no hubo autorización judicial de las escuchas o la misma no fue motivada y justificada (STSE 689/2014, de 21 de octubre).

Una limitación, sin embargo, es de reconocerse. El nuevo proceso, por el delito que corresponda, debe permitir a su vez la posibilidad de intervenciones de comunicaciones y telecomunicaciones, con lo que respeta el principio de proporcionalidad [Casanova].

5.12. Tutela penal

La protección legal contra la interceptación ilícita es tanto de carácter penal como procesal. Así, el artículo 162 del CP sanciona al que, in debidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar; la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, y si el agente es funcionario público la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación. Se protege, en este caso, el ejercicio fundamental de comunicarse libremente, sin interferencias ni coacciones de ningún tipo y en secreto a través del cable telefónico o similar.

La doctrina penalista entiende que este tipo legal recoge dos supuestos delictivos de actuación del agente, siempre contrario a derecho (sin consentimiento de los participantes o sin mandamiento judicial):

1. Interferir, que importa que el agente intercepta, obstruye o dificulta una comunicación telefónica que se viene realizando entre terceros. Esto es, el agente se interpone o asoma a la conversación para que el mensaje no llegue al destinatario.
2. Escuchar, que significa que el agente, sin dificultar ni obstruir la comunicación entre emisor y receptor, toma conocimiento del mensaje sin que estos conozcan lo que está sucediendo.

5.13. Inutilización probatoria

La vulneración de la exigencia de mandato judicial, motivado, también tiene repercusiones negativas en sede procesal, en tanto en cuanto la información que se obtenga quiera ser aportada en el proceso penal. Dos son las normas matrices que el CPP consagra respecto de la prueba ilícita.

1. El artículo VIII del Título Preliminar establece, de un lado, que la obtención de una fuente de prueba y la incorporación de la misma (medio de prueba) debe llevarse a cabo, para su debida valoración, por un procedimiento constitucionalmente legítimo; y, de otro, que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido

esencial de los derechos fundamentales de la persona –el precepto en mención hace referencia tanto a la prueba originaria cuanto a la derivada, aun cuando la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, siguiendo la Jurisprudencia estadounidense, ha venido identificando una serie de excepciones en aras de afirmar, en cada caso, la presencia de un interés prevalente–.

2. El artículo 159 del CPP, en concordancia con los artículos 155.1 y 157.1 del mismo Código[8], precisa que la sanción procesal para fuentes o medios de prueba, obtenidos o actuados, con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es su inutilización, que impide categóricamente al juez comprenderlas en la formación de cualesquiera decisiones que pueda emitir: auto o sentencia.

5.14. La intervención de comunicaciones

Se entiende que el contenido esencial o, mejor dicho, el contenido constitucionalmente protegible del derecho al secreto de las comunicaciones, comprende la comunicación misma entre dos o más personas, a la que nadie puede acceder, salvo autorización de los participantes en la comunicación o por orden motivada del juez –principio de exclusividad de la jurisdicción– en los marcos de un procedimiento que cumpla con las garantías legalmente previstas. La orden judicial y las exigencias o presupuestos para que sea acordada son los señalados anteriormente. La ejecución y control de la ejecución, existiendo normas con rango de ley que las desarrollan, son de mera legalidad ordinaria, cuya vulneración sólo causa la nulidad de actuaciones. Es de aclarar, sin embargo, que si en la ejecución de la interceptación media extralimitación material o temporal en el uso de la autorización, lo que se afecta es el contenido esencial del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones.

Estas garantías han de referirse a los mecanismos para la autorización de la orden, a los rigores en su ejecución y a los controles ulteriores por parte del afectado. La orden judicial –presupuestos de su emisión y requisitos de su contenido

---

8 **Artículo 155.1 del CPP:** "*La actividad probatoria en el proceso penal está regulada* (i) *por la Constitución,* (ii) *los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y* (iii) *por este Código*".
Artículo 157.1 del CPP: "*Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley* [...]".
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 la persona*".

referidos a la proporcionalidad de la medida– y el cuidado en los mecanismos de su obtención, que garanticen seguridad, eficacia y objetividad en el procedimiento de ejecución de la medida, se erigen en los elementos que integran el contenido esencial del mencionado Derecho Constitucional, cuya vulneración determina la inutilización del elemento de prueba, esto es, de la información recabada.

Si la intervención telefónica se hubiera adoptado con vulneración de lo dispuesto en el artículo 2.10 de la Constitución o de cualquier otro derecho fundamental procesal (artículos 139.3 de la Constitución: debido proceso, y 2.24.e de la Ley Fundamental: presunción de inocencia), surge el problema de determinar cuál será la extensión de la inutilización probatoria; si ha de quedar ceñido al contenido fáctico del soporte electrónico reproducido en el juicio y a las pruebas que directamente deriva de ella o si, por el contrario ha de extenderse a todas las pruebas que directa o indirectamente tengan como causa aquella prueba ilícita [Gimeno]. La respuesta no puede ser otra que la segunda, por imperio del artículo 159 del CPP. Cabe puntualizar que el derecho vulnerado será, de un lado, el material del artículo 2.10 Constitucional y, de otro lado, el procesal del artículo 139.3 de la Constitución, sin perjuicio que también pueda afectarse el artículo 2.24.e de la Ley Fundamental. La inutilización del contenido de las grabaciones se extenderá a las demás pruebas que se obtuvieron como consecuencia de la información inconstitucional (prueba refleja), y ésta lo será aquella información causalmente derivada de la primera.

La legitimación activa para invocar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, desde la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.), no está limitada a la víctima titular del derecho vulnerado, sino también a quien ostente un "interés legítimo", noción mucho más amplia que "derecho subjetivo" o "interés directo". Por tanto, es suficiente que un sujeto jurídico se encuentre en una determinada situación jurídico-material identificable con un interés en sentido propio, cualificado y específico, para ostentar la indicada legitimación activa (STSE 263/2003, de 19 de febrero).

El CPP regula lo que denomina, bajo inspiración italiana, "Medios de búsqueda de pruebas y restricción de derechos", precisamente en el Título III de la Sección II referida a la prueba. En la parte general, Capítulo I, denominado "Preceptos Generales", fija las exigencias comunes a las diversas medidas instrumentales restrictivas de derechos que autoriza.

Toda medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos es, propiamente, un acto de investigación limitativo de un derecho fundamental

destinado a descubrir los hechos punibles que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los haya podido cometer –garantizan, pues, el proceso de conocimiento–. No cabe duda que la intervención telefónica es un acto de investigación limitativo de un derecho fundamental: el secreto o confidencialidad de las comunicaciones telefónicas, y que se dirige a buscar y adquirir las fuentes de la investigación.

El Código Procesal Penal ha previsto una amplia gama de actos que limitan derechos fundamentales, pero según su entidad o nivel de la afectación a su contenido constitucionalmente protegible, ha dividido la intervención de la autoridad penal (Policía, Fiscal y Juez) de distinto modo e intensidad, de cara a su preconstitución probatoria. Es importante reconocer la opción por el reconocimiento de afectaciones leves, medias e intensas de los derechos fundamentales –propuesto por ALEXY y en su día adoptado por el Tribunal Constitucional Alemán en la conocida sentencia sobre el tabaco–, a fin de articular de una manera adecuada la autonomía y rol de director de la investigación del Ministerio Público con la salvaguarda de los derechos fundamentales, reconociendo a la Fiscalía un desarrollo autónomo de las acciones básicas relativas a sus competencias y que no supongan una amenaza media o intensa para la dignidad del individuo y los derechos fundamentales que la garantizan, y de otro aplicar la máxima *in dubio pro libertate* para que las afectaciones medias e intensas requieran el control previo de necesidad y proporcionalidad del Juez de la Investigación Preparatoria. Así se tiene:

1. Actos realizados por la policía en las diligencias de prevención: control de alcoholemia, registro de personas;
2. Actos efectuados por la policía con dación en cuenta al Fiscal: pesquisas, retenciones para pesquisas, mínimas intervenciones corporales.
3. Actos cumplidos por la policía con orden del fiscal: video vigilancia, aseguramiento de documentos contables y administrativos.
4. Actos realizados por el Fiscal por ejecución directa: reconocimiento de personas.
5. Actos llevados a cabo por el Fiscal con necesidad de resolución confirmatoria judicial: incautación forzosa de bienes por peligro por la demora, examen corporal de una mujer de urgencia que comprometa el pudor.
6. Actos formalizados por el Fiscal con orden judicial: intervención y grabación de comunicaciones, allanamiento, levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

5.15. Legalidad procesal

La restricción de derechos está sometida al principio de legalidad. El artículo 202 CPP precisa que su objeto, constitucionalmente lícito, se circunscribe a la finalidad de esclarecimiento del proceso, y que la autoridad penal ha de actuar siguiendo las prescripciones de la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

Como los actos de investigación son realizados por la Fiscalía y su ayudante principal: la Policía, corresponde al juez autorizar la medida que ésta solicita y, luego que la ejecuta la Fiscalía, controlar debidamente su corrección jurídica. Los presupuestos para la autorización judicial de restricción de derechos fundamentales están recogidos en el artículo 202 del CPP[9], mientras que las condiciones y la ejecución de la medida lo están en el artículo 203 del CPP[10].

5.16. Presupuestos

Por imperativo de la Constitución la adopción de la medida se somete al cumplimiento de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

El Fiscal, en los marcos de una investigación en curso, debe formular un requerimiento motivado. La cantidad de indicios delictivos (suficientes elementos de convicción, tal como prescribe la ley) está en función al momento en que se solicite la medida, a las características limitativas y entidad lesiva de la medida a solicitarse, y a la gravedad del hecho que necesita esclarecerse –ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia; por tanto, a la simple manifestación de la Policía o de la Fiscalía ha de acompañarse algún otro dato o de algunos que permitan al juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad (así, por ejemplo, Auto del Tribunal Supremo Español, Asunto Naseiro, de 18-6-1992)–. Debe existir una imputación concreta –criterio de especialidad: no se puede abrir una prospección sobre la conducta de una persona en general–. El juez, que es el sujeto activo u ordenante, ha de realizar un juicio de proporcionalidad, sobre la base de las exigencias que prevé la ley, y de la necesidad, subsidiaridad y estricta proporcionalidad.

---

9 **Artículo 202 CPP:** "*Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado*".

10 **Artículo 203 CPP: 1.** "*Las medidas* [...] *deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida en que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada,* [...]. **2.** [...] *El Juez de la Investigación Preparatoria, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno* [...]".

Además de la autorización judicial, la medida aprobada debe, de una u otra forma, controlarse en su desarrollo y cese. Integra el control la posibilidad de impugnación y del reexamen de la medida, "*...si nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma*".

5.17. Naturaleza jurídica de la intervención telefónica

La regulación específica de la intervención, grabación, registros de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, como se dice en el artículo 230 del CPP, está prevista en el subcapítulo II, bajo el título de "La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones", de marcada influencia italiana y alemana.

La intervención telefónica se concibe como un instrumento procesal penal instructorio o investigativo de naturaleza compleja, al constituir:

1. Una restricción al derecho fundamental a la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas privadas, no consentida por los interesados y desconocida por ellos.
2. Adoptada en el curso de una investigación preparatoria –generalmente en sus momentos iniciales o diligencias preliminares– por necesidad de la averiguación adelantada, para **(i)** investigar hechos presunta pero fundadamente constitutivos en graves delitos; **(ii)** recabar en su caso fuentes de prueba; y **(iii)** asegurar tales fuentes para el juicio oral.
3. Procurando que la medida dure y se extienda lo menos posible, al afectar tanto al derecho a la confidencialidad de las comunicaciones como al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

La actividad de captación de la conversación no es una fuente o medio de prueba. Es una técnica que pueda dar lugar a la obtención de elementos de prueba a valorar un día. Por ello, esta medida es un elemento de un medio de prueba [CARBONE].

5.18. La intervención telefónica

Se ha de entender por intervención telefónica, en los términos del artículo 230 CPP, el acto de investigación en cuya virtud el juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del fiscal, con relación a un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y en el curso de una investigación preparatoria –incluida las diligencias preliminares–, decide, mediante auto especialmente motivado, que un

funcionario policial o de la Fiscalía proceda a la "*obtención por escucha u otro medio de los contenidos de una comunicación telefónica, mediante el uso de cualquier dispositivo electrónico, mecánico o de otro tipo*" (Ley USA Omnibus Crime Control and Safe Streets U.S.C. Act de 1968), en cuya virtud efectuará la grabación o registro magnetofónico u otro medio que asegure la fidelidad del registro de éstas durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del delito y la participación de su autor.

Como se está ante una medida limitativa, de cara al principio de intervención indiciaria, si los motivos que determinaron su dación desaparecen, debe ser interrumpida inmediatamente.

5.19. Requerimiento fiscal y auto judicial

En cuanto al requerimiento y la decisión jurisdiccional, es de destacar lo siguiente:

1. El requerimiento fiscal debe cumplir con los siguientes requisitos, que a su vez se trasladarán al auto judicial: **(i)** la presencia de indicios delictivos suficientes, acompañando los recaudos correspondientes; **(ii)** el concreto o preciso delito investigado –que ha de ser uno sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad–; **(iii)** el juicio de necesidad de la medida –que según la ley requerirá de una absoluta necesidad "*...para proseguir con las investigaciones*"–; **(iv)** la identificación contra quien ha de dirigirse la medida, que será contra el investigado o contra los que reciben o tramitan por cuenta de aquél determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación (cfr.: artículo 100A *in fine* OPP: "*... sólo contra el inculpado o contra personas respecto de las cuales y en base a determinados hechos puede suponerse que transmiten al inculpado determinadas comunicaciones o difunden las trasmitidas por éste, o que el inculpado utiliza a dichas personas como enlace*"); **(v)** el nombre y dirección del afectado, la identidad del teléfono a intervenir y gravar o registrar; y, **(vi)** la forma de interceptación –la modalidad puede consistir básicamente en la escucha directa de las conversaciones, en su grabado y/o en la transcripción de lo grabado–, su alcance y duración.
2. El juez de la Investigación Preparatoria ha de resolverlo mediante trámite reservado e inmediatamente. Este mismo procedimiento rige el trámite de prórroga, que pueden ser sucesivas, y que, por ejemplo, la ley alemana limita a tres como máximo. El plazo de duración no puede ser superior a los 30 días, salvo prórroga. Si bien la ley no limita al número de prórrogas

ha de entenderse que éstas no pueden prolongarse ilimitadamente. En su delimitación, necesariamente judicial, desde luego, el juez ha de tomar en cuenta, como un referente importante, el derecho comparado inmediato, las necesidades de la causa y la exigencia de límites prudenciales al proceder de las autoridades para evitar un estado de cosas que degenere en excesos, desviación o abuso de poder.

3. El auto judicial ha de ser motivado. Debe plasmar el juicio de ponderación sobre la necesidad de la medida. Debe valorar la necesidad de la misma en función de la suficiencia de indicios de criminalidad –en rigor, de iniciales elementos indiciarios, precisamente porque la necesidad de la medida tiene lugar, por lo general, en los primeros momentos de la investigación (STSE 75/2003, de 23-1-2003), siempre con suficiente base objetiva (STCE 49/1999, de 5-4-1999), respecto de los que no cabe una constatación previa judicial (STSE 1426/2002, de 18-7-2002)– y al cumplimiento de los demás presupuestos de la proporcionalidad. Como requisitos específicos ha de determinar al destinatario de la medida –a las personas afectadas– y el número de teléfono, así como el delito o delitos cuyo esclarecimiento constituyen la causa y finalidad de la intervención. Además, debe indicar a la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro.

   Sólo de esta manera será posible comprobar: **(i)** su legitimidad de origen (cumplimiento de los presupuestos), **(ii)** su legalidad de ejercicio (requisitos procedimentales), y **(iii)** la validez de las fuentes de prueba obtenidas, como resultado final.

5.20. Ejecución de la medida (artículo 231 del CPP)

La ejecución de la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas, por razones obvias es secreta –es la única forma de evitar su inutilidad–. Corresponde a la Fiscalía o a la Policía, bajo la dirección de la primera, con el auxilio de las empresas de telefonía. Los que intervienen en esas operaciones deben guardar secreto de lo que se obtenga. Las comunicaciones serán registradas mediante su grabación o por el medio técnico que asegure la fidelidad del registro. Las grabaciones serán entregadas al fiscal, quien debe conservarlas con las medidas de seguridad correspondientes. Todo ese procedimiento debe figurar en las actas Recolección.

El Fiscal dispondrá la transcripción escrita de la grabación, levantándose el acta de Control, sin perjuicio de la conservación de los originales y mantenimiento de la reserva. Como el fiscal tiene el señorío de la investigación y le corresponde probar la comisión del delito, la ley le reconoce la facultad de apartar las comunicaciones irrelevantes, y entregarlas a las personas afectadas, destruyendo la transcripción o copia de ellas, lo que se dejará constancia en el acta pertinente.

Culminada la intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquélla, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado –deberá asegurarse que las grabaciones íntegras estén a disposición de las defensas, para su crítica, contraste y posible solicitud de complemento–.

La notificación al afectado, en sede de investigación preparatoria, está condicionada a que no se ponga en peligro la vida o integridad corporal de terceros y si el objeto de la investigación lo permitiere. Desde luego el Fiscal instará motivadamente al juez esa posibilidad del secreto, que el Juez decidirá reservadamente, fijando en su caso el plazo para el necesario descubrimiento.

5.21. Intervención del afectado

La comunicación a los afectados, persigue que éstos puedan revisar las grabaciones y actas. El plazo para hacerlo es de tres días –por razones obvias vinculadas a la extensión de las mismas y dificultad de su acceso el Juez, muy bien, puede fijar un plazo judicial–. Si el afectado encuentra algunas objeciones a las grabaciones –actuadas fuera de plazo o al margen de la autorización judicial, o a su autenticidad– o a las transcripciones –falta de fidelidad con la grabación–, puede instar el re examen judicial –el cuestionamiento ha de ser concreto o específico y señalará qué se busca obtener con el reexamen–. El reexamen judicial se lleva a cabo mediante una audiencia convocada al efecto con la concurrencia del fiscal y de los afectados –directos o indirectos– y su defensa. La audiencia de reexamen está dirigida a verificar sus resultados y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto [si el imputado no reconoce como propia la voz grabada será del caso disponer la realización de una pericia, cuya realización en modo alguno significa una lesión al derecho a la autoincriminación y al silencio por tratarse de una modalidad de prueba]. Se entiende que si no las objeta, su admisión a la causa para su posterior incorporación al debate queda consolidada.

Si el acto pasa el reexamen judicial, tiene una naturaleza de prueba documental preconstituida, y su contenido puede ser introducido en el juicio oral a través de su audición o de la lectura de la transcripción (artículo 383°.1.e del

CPP; las transcripciones, ha dicho el Tribunal Supremo Español, pueden sustituir a la audición en la audiencia pública: STSE de 21-12-1998. Ambas posibilidades, por ejemplo, son admitidas por el BGH (Tribunal Supremo Federal Alemán) en la sentencia de 3-5-1997. Queda claro que la audición de las grabaciones en el acto oral no es imprescindible, pues puede ser sustituida por la reproducción de los folios que incorporan las grabaciones, salvo claro está que lo insten las partes para constatar algún dato o aspecto relevante.

Como es obvio los efectos de lo obtenido dependen del cumplimiento de los requisitos legales: si todo se ha realizado conforme a la legalidad, estaremos ante una fuente de prueba que podrá ser reproducida en el juicio oral. Si por el contrario, se ha incumplido algún requisito, dependerá de la importancia de éste el grado de ineficacia: no es lo mismo que se carezca de autorización judicial a que no se haya realizado una correcta selección de las conversaciones [BANACLOCHE].

6. Diligencia de allanamiento y registro

6.1. 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 ley[11]. Los límites que establece la ley para franquear este derecho, en materia penal, se encuentran recogidos en el artículo 214° CPP, junto con los supuestos de flagrancia delictiva y grave posibilidad de comisión de un delito como supuestos de injerencia sin que media una orden judicial[12]. Se

11 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*".

12 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*".

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 de 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 aquél 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, de 17 de febrero). Por consiguiente, el concepto de domicilio es fundamental para el Derecho por cuanto la persona necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones [Álvarez Rodríguez/Ríus 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 de 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 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 sólo 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 aquél.

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 sobre 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 prueban que han de surtir efectos en el juicio oral mediante simples actos de reproducción formal. Es de 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].

6.2. 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 la intimidad en todos sus aspectos, personal y familiar.

6.3. 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 CPP[13], 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.

---

13 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*".

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 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 pre constituida.

Por otro lado, la decisión judicial debe indicar la forma en que práctica 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 CP[14]).

B. Sujeto pasivo

La redacción del artículo 216.1 del CPP nos dirige a identificar que el destinatario de esta diligencia es el imputado, siempre que se encuentre presente[15]. 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 de 29 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 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, de 9 de octubre, precisa que no es

---

14 Artículo 368 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*".

15 Artículo 216.1 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*".

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 de 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 la 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 éstas 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 al 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 sustantiva 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 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 fue ampliando 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-CUELLAR].

6.4. Objeto material

A. El domicilio

El objeto material de esta diligencia es el domicilio, no necesariamente identificable con el de morada habitual (STSE de 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 de 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 de 28 de octubre de 1990 y STEDH "N", de 16 de diciembre de 1992); las viviendas pueden ser principales o segundas viviendas, que refleja los constantes lazos del titular con ella (STEDH Gillow, de 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 de 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 encuentra en ellos no tienen derecho a una pretensión de privacidad (SSTCE 76/1992, 228/1997 y 941/1999, así como SSTSE de 7 de abril de 1995 y de 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 de 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 "domicilio 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 de 129 de julio de 1993)–. Su registro, en tanto en cuanto 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 de 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 de 14 de marzo de 1992) –. La STCE 10/2002, de 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 personan 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 éstas ya han sido desocupadas y en donde el dueño no vive allí; si 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 de 11 de octubre de 1993 y STEDH

Niemietz de 16 de diciembre de 1992); así como los locales de negocio, en tanto no se admite libremente el acceso a terceros (STSE de 14 de abril de 1994) –aquí, como en el caso anterior, no se realizan actividad propias de la intimidad (STSE de 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 de 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 en cuanto no estén unidos a la vivienda ni dispongan de acceso interno a la misma (STSE de 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 de 20 de octubre de 1994)–, las literas de un tren (STSE de 22 de diciembre de 1997), las celdas en las prisiones –son lugares cerrados que no constituyen domicilio y sí edificios públicos (STSE de 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, circunscripta 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). Ésta requiere: **A.** 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–. **B.** Que los ítem no contemplados en la autorización o distintos de los tenidos en mira al ingresar, sean distintos de aquéllos 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 de 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 de 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, de 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 está siendo 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 una duración un tiempo susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintas [CALDERÓN-CHOCLÁN].

6.5. 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[16])[17].

A. Motivación

1. Como regla general, la resolución de allanamiento exige un auto fundado o motivado –exigencia de la garantía de tutela jurisdiccional– donde debe detallarse los indicios acerca de la existencia en un lugar cerrado, del imputado, cuya detención 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 de 6 de noviembre de 2003). Es suficiente aquella motivación que permita conocer las razones de la correspondiente decisión judicial (STSE de 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 de 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 de 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

---

16 Artículo 203.1 PP: "*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*".

17 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*".

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, de 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 de 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 de 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 veces[18].

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 pruebas. 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 (artículo 216.3 del CPP[19]). 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 CPP[20]). 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

18 Artículo 21.2 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, sólo de ser posible, al portero o a quien haga sus veces*"

19 Artículo 21.3 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*".

20 Artículo 215.1 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*"

un período determinado. En estos supuestos, el juez deberá plasmar las razones que justifican esta medida.

6.6. 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, de 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 media coacción o intimidación de parte de la autoridad pública –ser prestado libre y espontáneamente: STSE 577/1998, de 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 de 18 de febrero de 1994). Éste, por lo demás, puede ser expreso, tácito o presunto.

La STSE de 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 de 4 de noviembre de 2010 estableció que ésta presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es co-titular.

La STSE 779/2006, de 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 co-titulares, 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 intimidad ambiental" o "la coacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan" (STS de 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.

6.7. 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, de 17 de febrero; 133/1995, de 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 suido 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.

6.8. 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 de 3 de febrero de 2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia. Indicaba CARNELUTTI con respecto a la flagrancia: "*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 ajeno, 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, de 14 de abril; 172/1997, de 13 de febrero, y 13/1997, de 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 de 28 de diciembre de1994 y de 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.** Cuasi flagrancia: 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, de 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, de 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, de 30 de junio).

Es cierto que la modificación del artículo 259 del CPP[21], establecida por la Ley número 29596, de 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 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, de 18 de noviembre, que señaló la imagen de flagrancia describe la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido, visto directamente o percibido de 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, de 14 de enero; 472/1997, de 14 de abril, se apunta que la flagrancia se podrá aplicar a una

---

21 Artículo 259 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*".

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 obvió 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.

6.9. 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 deriven 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 conexionadas con la entrada y registro ilícitamente

practicada (STSE 472/1997, de 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, de 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 sólo 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 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, de destaca la sanción procesal aparejada a la práctica de la prueba prohibida.

3. La doctrina del Tribunal Constitucional Español en este punto se ha ido matizando 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 sólo 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.

7. Registro e intervención corporal

7.1. El registro corporal

Es una medida restrictiva realizada por la Policía –por sí o por orden del Fiscal–, de carácter preprocesal, expresamente reconocida por el artículo 210 CPP, que sólo puede realizarse legítimamente cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes delictivos, y como tal consiste en el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del intervenido, y que puede comprender no sólo las vestimentas que llevare sino también el equipaje o bultos que portare y el vehículo utilizado.

A. Esta medida no sólo tiene una expresa previsión legal –perspectiva formal–, que regula sus presupuestos, ámbito, sujetos autorizados, procedimiento y garantías para el afectado, sino que además desde una perspectiva material exige "*...fundadas razones para considerar que una persona oculta bienes delictivos*". Ello es así porque, como es obvio, la obligación de esclarecer los delitos y garantizar la seguridad ciudadana no puede significar que el ordenamiento jurídico autorice procedimientos policiales cuando no existan razones para sospechar de un ciudadano. Se trata de una noción, sin duda relativamente indeterminada, pero que de todas maneras exige a la autoridad una ponderación de las circunstancias previas, de los indicios, que determinan

su intervención, tales como las características y calificación del lugar, lo ocurrido previa y concurrentemente, y las circunstancias en que se halla una persona o su actitud ante la presencia policial, que a su vez expresen un racional espíritu investigador. Es de insistir en la necesidad de indicios profesionalmente evaluados –que supone una intervención razonablemente fundamentada– y que implica un juicio ex ante basado en la lógica, la experiencia y razones de urgencia, que determina la intervención, y que supone desde la perspectiva *ex post* que tal intervención se acredite como racionalmente justificada [URBANO].

La Suprema Corte de Estados Unidos, por ejemplo, en el Asunto Terry vs. Ohio, de 1968, exige en esos casos una *reasonable suspicion* (reasonable grounds en la Police And Criminal Evidence Act de 1984 – PACE británica) –y muy parecida a las *"fundadas razones"*, de nuestro CPP, y, en todo a la sospecha simple o sencilla del Derecho Alemán (einfachen tatverdacht) en contraposición a las sospechas fundadas exigible para acordar prisión preventiva (*dringenden tatverdacht*)–, que concretó cuando la autoridad observa una conducta inusual que le conduce razonablemente a concluir a la luz de su experiencia que puede existir una conducta criminal y que las caso, personas con las que se está tratando están armadas y son peligrosas –según nuestro Código, "*...ocultan en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito*"–; o en el curso de la investigación la autoridad se identifica como policía y hace preguntas razonables, o cuando nada en los momentos preliminares del encuentro sirve para despejar su razonable temor por su seguridad o la de otros, de que es portador de bienes peligrosos –esto último para el caso de armas, explosivos o sustancias contaminadas o contaminantes–. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, por ejemplo, también considera razonable un registro personal, cuando la policía advierte, al acercarse a una persona, un especial nerviosismo, lo que denotaría según la experiencia criminalística un comportamiento característico de quien lleva ocultos objetos cuya posesión no es lícita (ATS 522/1995, de 7 de marzo), o cuando ésta al advertir la presencia policial pretende irse (ATS del 4 de junio de 1997), o previamente incurrió en infracción de tráfico y al acercarse el personal policial mostró especial nerviosismo (ATS 138/1996, de 24 de enero).

B. En las operaciones policiales preventivas de control del delito o cuando se está al inicio de una investigación del delito, el registro personal –siempre realizado directamente por la policía– se decide, *motu propio*, por la Policía

o por el Fiscal; en el primer caso, el requisito de control instaura es la comunicación del registro al Fiscal. Esta medida, como se ha expuesto, al ser superficial y no importar una mayor intromisión en los derechos fundamentales del individuo, no requiere autorización judicial previa –por lo demás, la Constitución no lo impone– ni tampoco la presencia de abogado. En el primer caso –ausencia de mandamiento judicial– porque, a la luz del artículo 210 CPP, se trata de intromisiones leves en los derechos fundamentales, y porque son actuaciones que se practican bajo la urgencia y no permiten dilación alguna; en el segundo caso (ausencia de abogado defensor) porque, igualmente, se trata de una actuación inmediata en que la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia, y la presencia del abogado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva, en la que solo tendría sentido el comprobar la vigencia de las exigencias allí afirmadas cuando el cacheo alcanza una mayor intensidad, importa una mayor intromisión en los derechos fundamentales del individuo [Díaz Cabiale].

C. El ámbito del registro personal siempre tiene un carácter superficial sobre la parte externa del cuerpo de una persona dirigido a averiguar si la persona registrada posee algún bien delictivo. Un "cacheo", inevitablemente, puede incidir en el derecho a la intimidad corporal, en tanto implique palpar zonas íntimas de una persona –no realizar exploraciones en la vagina o en el recto–, pero para evitar un atentado al principio de proporcionalidad –prohibición del exceso– debe realizarse por una persona del mismo sexo del intervenido. Además de las vestimentas, el registro puede extenderse o comprender: 1) el equipaje o bultos que portare; y, 2) el vehículo utilizado para su transporte. Y, aún cuando en ambos casos. desde luego, se afecta el derecho a la intimidad personal –no la intimidad corporal– no se trata de una injerencia ilegítima, en tanto se cumplan en su decisión y ejecución los principios, ya revisados, de intervención indiciaria –existencia de sospecha racional– y de proporcionalidad.

D. El procedimiento que fija la ley se orienta, en primer lugar, a cuidar que el registro tenga lugar con seriedad y orden, asegurando los derechos del afectado con la medida; y, en segundo lugar, a preconstituir sus hallazgos a través de la confección de un acta. Los pasos que han de seguirse, son: 1) explicar las razones de la ejecución del registro, especialmente respecto a los registros de equipaje, bultos y vehicular; 2) invitar a la persona –en el caso de registro personal– a que exhiba y entregue el bien buscado, que positivo

no se procederá al registro, salvo que "*...se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones*"; **3)** realizar el registro propiamente de ser debe demorar el tiempo estrictamente necesario y ser consecuente con el bien buscado, que justificaron las sospechas, para lo cual previamente debe hacerse saber al afectado que tiene derecho a hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza, "*...salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación*"; y, **4)** levantar un acta que dé cuenta, objetivamente, de todo lo acontecido, y que será firmado por todos los concurrentes al acto, lo cual significa, materialmente, que el afectado debe estar presente durante la realización del registro, lo que es imprescindible, pues al tratarse de una diligencia irrepetible conviene satisfacer al máximo el principio de contradicción, cosa que se consigue con la presencia de la persona afectada [CLIMENT DURAN].

7.2. La intervención corporal

Es un acto de investigación, propio de la actividad investigadora de la Policía y del Ministerio Público (vid.: arts. 159.4 y 166 Const.) que tiene por objeto el cuerpo de una persona, sin necesidad de obtener su consentimiento, y tiende a buscar, dentro de él, el cuerpo del delito o los instrumentos o los efectos del delito -"*...hechos significativos de la investigación...*" dice el artículo 211 CPP,- [QUISPE FARFÁN]. Cuerpo del delito en sentido estricto, es el conjunto de elementos materiales y manifestaciones externas producidos directamente por el delito en las personas o en las cosas objeto del mismo; instrumentos del delito, son aquellas cosas empleadas para la comisión de delitos (relación de medio a fin); y, efectos del delito, son las cosas obtenidas como resultado del hecho punible, efecto o resultado de la acción [ALMAGRO].

Tres requisitos adicionales son exigibles: **(i)** necesidad de presencia de un médico o un profesional especializado –el nivel de complejidad del examen determinará que sólo se trate de un enfermero (o personal sanitario que cuente con la especial preparación) o que se requiera de un médico, luego, no puede hacerlo un policía o un personal no especializado, y que se practiquen según su *lex artis*–; **(ii)** que en ningún caso suponga un daño grave para la salud [GONZÁLEZ-CUÉLLAR]; y, **(iii)** que no constituya, en si mismo o por la forma de realizarlo, un trato inhumano o degradante [RAFAEL].

Es de agregar **1)** que la infracción que la determine sea grave, al punto que el CPP fija valla en 4 años de pena privativa de libertad; **2)** que debe mediar

proporcionalidad entre la medida y los efectos que de la misma hayan de obtenerse o se espere razonablemente que puedan alcanzarse; y, **3)** que no haya otra vía menos traumática para la averiguación del hecho penal [Ruiz Vadillo].

Si bien el cuerpo humano se utiliza como sujeto pasivo del proceso en orden a la investigación y comprobación de los delitos, es de circunscribir la intervención corporal como acto concreto –para diferenciarlo del registro corporal– a aquellos actos que implican, no una búsqueda de objetos en la superficie corporal o en la cavidades u orificios corporales naturales (v. gr.: registros anales o vaginales), sino una extracción de fluidos del cuerpo humano, tales como análisis de sangre o de orina, punción lumbar, o la realización de exámenes radiológicos o ecográficos, y cualquier otro tipo de actuación sanitaria [Roxin]. El artículo 211.1 CPP menciona expresamente *"...pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas..."*. A los efectos de su delimitación conceptual –y por razones de estricta legalidad, pues la intervención corporal requiere autorización judicial– es de puntualizar que las intervenciones corporales implican: **1)** la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial, o **2)** la exposición del cuerpo humano a radiaciones. Sólo será un mero registro o inspección corporal, por ejemplo, los examen dactiloscópicos o antropomórficos, los cacheos policiales, los exámenes anales o vaginales, y, por su carácter mínimo, la inspección de la cavidad bucal –no sólo en ese caso, como dice la STSE de 17 de junio de 1996, no se afecta a partes íntimas del cuerpo, sino que tampoco importan una especial incidencia en una zona sensible o en un ámbito del cuerpo no visible con pretendida vocación de ocultación–.

En el caso del registro corporal éste sirve, indistintamente, para: **(i)** la determinación del imputado –que es el caso de los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos–; **(ii)** la determinación de circunstancias relativas a la comisión del delito –los exámenes ginecológicos–; o, **(iii)** para el descubrimiento del delito –las inspecciones anales o vaginales–. En el supuesto de intervención corporal, la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias) o en su exposición a radiaciones, sirven también para averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del delito o a la participación en él del imputado [Ortego Pérez].

Las intervenciones corporales están sujetas a mandamiento judicial, por el Juez de la Investigación Preparatoria. Como tal, son acordadas durante la

Investigación Preparatoria. A estos efectos, esta etapa está integrada por los actos iniciales o "Diligencias Preliminares" y, posteriormente, por la "Investigación Preparatoria" propiamente dicha, que se inicia con la expedición por el Fiscal de la denominada "Disposición de Formalización" –el artículo 336.1 CPP, claramente, estatuye que con dicha Disposición se continúa la Investigación Preparatoria], que se comunica al Juez de la Investigación Preparatoria (artículo 3 CPP). Por consiguiente, no hace falta exigir, para la realización de una intervención corporal, la "Disposición de Formalización" y la respectiva comunicación al Juez competente, solo que el Fiscal la solicite, y para hacerlo es claro que solo hace falta que esté en curso las denominadas "Diligencias Preparatorias", cuyo inicio no esta sujeto a formalidad alguna; la propia comunicación de la Policía acerca de una incidencia que amerita la realización de una intervención corporal, sujeto al cumplimiento de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad (artículo 203.1 CPP), es suficiente para que el Fiscal decida la iniciación de las "Diligencias Preparatorias" y pueda solicitar la medida de intervención corporal.

Formalmente, según el artículo 203.2 CPP, el requerimiento del Ministerio Público será motivado y debidamente sustentado; esto es, con explicación fundada de los fundamentos de hechos y jurídicos que lo justifiquen, y con los anexos que constituyan los elementos de convicción que sustenten los presupuestos materiales y formales de la medida solicitada. El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará al respecto mediante auto fundado, el mismo día o al día siguiente. Con tal finalidad, primero, puede correr traslado a los sujetos procesales y, en especial, al afectado, siempre que "...*no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida*"; y, segundo, convocará una audiencia, con intervención del Fiscal y del afectado –y se realizará con quienes concurran a la misma, conforme a la concordancia de los artículos 8.2 y 203.2 CPP–. La decisión de correr traslado y convocar a una audiencia, es inimpugnable.

Corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria, en este caso, analizar si los motivos, que razonablemente fundados, argüidos por el Fiscal, tienen la fortaleza lógica y probatoria –nosotros diríamos "conviccional"– necesaria para sustentar tanto la "creencia" del Fiscal como el "interés por la investigación"; y, con base en ese análisis, el Juez determinará la razonabilidad y la necesidad de la diligencia requerida por el Fiscal para proceder a autorizarla o negarla [ALBARRACÍN – ARIAS].

La resolución judicial autoritativa no siempre es previa a la intervención corporal. Es posible, conforme al apartado 3) del citado artículo 211 CPP, que la

intervención deba practicarse con urgencia cuando hay peligro por la demora, y no puede esperar la orden judicial. Se trata de los supuestos de imposibilidad de orden judicial previa por razones de tiempo, que impiden acudir al Juez y/o que éste resuelva inmediatamente, sin dilación alguna, y porque se presenta una necesidad apremiante, insuperable de otro modo, de riesgo para la medida o la salud del afectado que hace imperativo la realización sin tardanza, al instante, de la intervención corporal. En estos casos, el Fiscal ordenará su realización e instará, inmediatamente –sin trámite alguno– la confirmación judicial. En estos casos, conforme al artículo 203 CPP, el Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía; también podrá, mediante decisión irrecurrible, correr previo traslado a los sujetos procesales y convocar a una audiencia. El Juez de la Investigación Preparatoria, desde luego, no sólo analizará la presencia de indicios delictivos (sospecha inicial simple o sencilla) y las exigencias del principio de proporcionalidad, sino también si en el caso concreto medió urgencia o peligro por la demora causantes de la realización de la intervención corporal sin orden judicial previa.

La vigencia del principio de proporcionalidad en los supuestos de esta medida se expresa en tres aspectos concretos: **(i)** delitos que permiten la intervención corporal; **(ii)** prescindencia de autorización judicial; y, **(iii)** presencia de abogado defensor.

En virtud del sub-principio de estricta proporcionalidad, una medida como la de intervención corporal, solo puede tener lugar, conforme al artículo 211.1 CPP, si el delito objeto de investigación está sancionado con pena privativa mayor de cuatro años. La amplitud de la norma establece que el criterio para determinar el delito que franquea esta medida es aquel cuya pena máxima supere los cuatro años de pena privativa de libertad –no interesa, a estos efectos, el mínimo conminado o la presencia de penas alternativas–, sin que a ello obste que en el caso concreto pueda ser que la pena que podría imponerse al afectado no supere ese límite (es de significar que cuando se trata de imponer la medida de prisión preventiva –que importa una afectación más grave a un derecho fundamental–, el artículo 268.1,b) CPP estipula que "*...la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad*".

El artículo 211.5 CPP introduce una clasificación en las medidas de intervención corporal, de trascendental importancia, a los efectos de la preceptiva orden judicial. Existen, entonces, intervenciones corporales mínimas o leves e

intervenciones corporales graves. Las primeras, serían aquellas que no entrañen peligro o perjuicio para la salud ni ocasionen sufrimientos a la persona. El CPP las enumera, vía ejemplificativa, entre las que se encuentran, pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello (puede ser también de uñas, de sarro ungueal, siempre que el experto que las lleve a cabo no la considere riesgosa). Se entiende que si el especialista da cuenta de la existencia de un posible riesgo para la salud, se trate de intervención leve o grave, y como quiera que se está una condición de legitimidad del acto, se requerirá orden judicial, la cual se contará necesariamente con previo dictamen pericial, el cual debe establecer la ausencia de peligro de realizarse la intervención para su puesta en ejecución.

En las intervenciones corporales, como regla, se exige la concurrencia de abogado defensor del afectado. Así lo dispone el apartado 4) del artículo 211 CPP. Sin embargo, su participación está condicionada a que concurra a la citación que se le curse –obviamente la citación no está condicionada a plazos previos ni a la exigencia de otras formalidades adicionales–. Por otro lado, también es posible prescindir de la presencia del defensor cuando "*...exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente*", en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido, siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta que se levante al efecto, con motivo de la realización de la intervención corporal, se indicará la causal invocada para prescindir de la intervención del abogado defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido. En tanto se trata de un requisito que integra el contenido esencial del derecho o garantía constitucional de defensa procesal, el análisis de valorabilidad que hará el Juez Penal comprenderá si, en efecto, el motivo de la prescindencia es razonable –si, en efecto, en función a la naturaleza de la diligencia, y a la forma, circunstancias, y urgencia de su realización, no era dable esperar el tiempo que demandaba la ubicación y concurrencia de un abogado al acto–, pues de no ser así la prueba será constitucionalmente prohibida, por imperio del artículo 159 CPP.

Un último requisito de la intervención corporal es, según se ha expuesto, que a través de su realización no se ocasione un trato inhumano o degradante al afectado con la medida. Esto tiene que ver con la valoración del consentimiento del intervenido y con la forma cómo se realice la diligencia.

A. El artículo 211.1 CPP autoriza la realización de la intervención corporal aun sin el consentimiento del imputado. En ese mismo sentido se orienta el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, ordinal vigésimo tercero, que dispone su realización aun sin

el consentimiento del afectado, previa orden judicial, siempre que no exista otro medio para descubrir el presunto delito; también acepta esa posibilidad el artículo 81 a) StPO Alemana, que es la fuente de nuestra ley. Un sector de la doctrina considera que el empleo de *vis compulsiva* o coactiva afecta la dignidad de la persona e importa un trato degradante [Ortego Pérez]. El Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió su constitucionalidad (BverfGE 16, 194), en tanto se respete el principio de proporcionalidad, y en el entendido que esas medidas, más allá de importar una notable injerencia en la integridad corporal, están en función a las características del delito investigado y a la especial situación del imputado: gravedad del hecho y ausencia de riesgo para el afectado. Dahs apunta que desde el subprincipio de adecuación, para superar la resistencia del inculpado a la ejecución de la diligencia de investigación corporal ordenada, es razonable emplear medidas coactivas para lograr la efectividad de la misma [Etxeberría]. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Italiana, así en la sentencia 238/1996, y otras anteriores, como la 54/1986, de 24 de marzo, que han señalado que una vez superada la exigencia de norma expresa que autorice las pruebas coactivas –que es el caso peruano– su realización no compromete la dignidad de la persona (ejecutarla sin el consentimiento del afectado no lesiona la dignidad de la persona, no importan un menosprecio). De igual manera, pese a la posición contraria de la jurisprudencia constitucional española (vid.: STC 37/1989), se pronuncia González-Cuellar, pues no aceptarla, a final de cuentas, se privaría de eficacia práctica a estas medidas; en igual sentido se pronuncia Arilla Platero, quien sostiene que "...si se admite la procedencia de una autorización judicial que acuerde la intervención corporal, parece consecuente dotar a la misma de eficacia, recurriendo a la '*vis compulsiva*', pues de lo contrario, la orden judicial quedaría desvirtuada" [Arilla Platero].

B. Como se ha dejado expuesto, las diligencias deben ser realizadas por un médico o un profesional sanitario. El modo de hacerse debe respetar las *lex artis*, y en condiciones que se observe la privacidad del acto y no se someta al afectado a prácticas o maniobras indebidas o claramente violatorias de las reglas que configuren la corrección técnica o científica de la diligencia. Por otro lado, el trato inhumano tampoco tiene cabida en esas diligencias, en tanto que no se ocasiona "en la persona sufrimientos de especial intensidad"; al igual que el trato degradante, en la medida en

que no trae consigo "humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la propia imposición (de la medida)" (Cfr.: STC 1429-2002–HC/TC, que en este punto ha seguido la STCE 65/1986, de 22 de mayo, la sentencia del BverfG 16.2002-1093; y, en especial, las sentencias del TEDH de 25 de febrero de 1982, recaída en el Asunto Campbell y Cosans, y, antes, de 25 de abril de 1978, recaída en el asunto Tyrer). Es claro, sin embargo, que por el objetivo que persigue, ninguna medida de intervención corporal es pasible de ser considerada, por ese solo hecho, un trato inhumano o degradante, aunque puede llegar a serlo en razon a los medios utilizados. Incurren en esa desproporción, por los medios, si la intervención por ser excesivamente dolorosa o por la posibilidad que conllevan de provocar trastornos en la salud lesiona la integridad fisica en una medida superior a lo debido o razonable.

7.3. La intervención corporal a terceros

La intervención corporal no sólo está circunscrita al imputado o de quien se presuma fundadamente que está vinculado como autor o partícipe en la comisión de un delito de determinada entidad –que está sancionado con una pena no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad–; también puede recaer en "personas no inculpadas", conforme lo prescribe el artículo 212 CPP, cuya fuente es el artículo 81 C (1) de la StPO Alemana. Un no inculpado es, desde luego, un testigo –noción en la que se incluye a las víctimas, y al denominado "testigo contaminante", que es aquella persona que por una u otra circunstancia ha contaminado la recogida del cuerpo del delito–, y la intervención solo puede imponerse en esa condición, sin finalidad incriminatoria.

La admisibilidad de la intervención corporal, en estos casos, está condicionada a que se deba constatar, para el esclarecimiento de los hechos, si en el cuerpo del no inculpado se encuentra determinada huella o secuela del delito. Se trata, a mi juicio, de una noción, sin duda, más restringida que cuerpo del delito, instrumento y efecto del delito, y está radicada en la circunstancia de que el cuerpo del no inculpado se erigió como objeto material del delito y, en consecuencia, sobre el recayó la acción criminal o, en todo caso, sufrió de uno u otro modo un efecto o daño típicamente relevante. Se trata, en suma, de todas aquellas alteraciones causadas directamente por el hecho delictivo en el cuerpo de la víctima, que a su vez permiten obtener conclusiones fundadas acerca de la autoría y sobre la ejecución del hecho, incluyéndose en este concepto las heridas y las lesiones corporales que pueden ser halladas en el cuerpo de la víctima [ETXEBERRIA].

Podría sostenerse, en el ámbito de los atentados sexuales, que el deber de esclarecimiento y de persecución del crimen que está atribuido al Estado no tiene jerarquía suficiente para limitar un derecho constitucional a quien es por completo ajeno a la propia imputación y, por ende, para imponer al agraviado, como obligación procesal, el sometimiento a una intervención corporal: los derechos a la dignidad y a la autodeterminación apoyarían aparentemente esa tesitura. Sin embargo, como expusimos en otra ocasión, si bien toda intervención médica constituye una intromisión en el respeto de la vida privada de las personas, tal derecho fundamental no es absoluto y por tanto, en ciertas ocasiones puede ser restringido en virtud de las necesidades de defensa de importantes intereses colectivos. La intervención de un médico con arreglo a la *lex artis*, su nula afectación a la salud que incluso no ocasiona dolor alguno, y la reserva del propio examen -que en este caso puede ser vaginal o anal para obtener fluidos compatibles con agresión sexual- lograría que los intereses colectivos, compatibles con el debido esclarecimiento de los hechos delictivos y la emisión de un fallo judicial justo, queden satisfechos [San Martín].

La imposición coactiva de la intervención solo procede: **a)** si no cabe temer ningún daño para la salud del no inculpado –requisito obvio que se proyecta asimismo, por imperativo del principio de proporcionalidad, a los imputados–, y **b)** si resulta indispensable para la averiguación de la verdad –requisito derivado del subprincipio de necesidad, pero que en este caso exige un canon de valoración mucho más estricto–. De proceder la intervención corporal, el artículo 212.2 CPP dispone que solo puede ser efectuada por un médico. Sin duda es exagerada la norma cuando prescribe que un médico debe realizar la extracción y el análisis sanguíneo –es aceptable que el análisis se realice por personal médico, pero no es razonable que una simple extracción de sangre la realice un médico, vista su nula complicación o riesgo para el paciente–.

El apartado 3) del artículo 212 CPP equipara la negativa al examen o extracción de análisis sanguíneos a la negativa para prestar testimonio (vid.: concordancia del artículo 165 CPP). En estos casos, por encima del deber de colaboración con la justicia y de la exigencia de llegar a la verdad de lo acontecido, prima el derecho a la reserva familiar –que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar– o a la reserva profesional. Acreditado el vínculo familiar o la relación profesional, ese solo hecho, sin consideración adicional alguna, basta para impedir la realización de la intervención corporal. De igual manera, cuando se está ante un menor de edad

o un incapaz decide su representante legal, salvo que el imputado esté involucrado en el delito investigado, en cuyo caso decide el Juez.

7.4. La prueba de alcoholemia

El art. 213 CPP prevé el sometimiento obligatorio a "*...comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado*" tanto por razones de prevención de delitos, cuanto por la inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito, no necesariamente de tránsito referido a manejo de vehículos automotores. Asimismo, una vez que el resultado de la comprobación es positiva o, en todo caso, si el intervenido presenta signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida (drogas), será retenido y conducido coactivamente a un centro de control sanitario para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos, según prescripción del facultativo. En tanto la intervención se debe a la posible comisión de un delito, se reconoce al afectado el derecho de conocer las razones del examen y que puede estar asistido por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad.

En rigor, la denominada "prueba de alcoholemia" es un acto de investigación de carácter pericial practicado, en una primera fase, por la policía ayudado de un aparato utilizado al efecto; y, en una segunda fase, siempre que resulte positiva, o sin que la espiración de aire sea necesaria cuando se trate de signos evidentes de intoxicación alcohólica o por otra sustancia prohibida, se complementará con la realización de una prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos realizada por un facultativo. Su objeto, como es obvio, estriba en establecer el grado de alcohol u otra droga ingerida. Constituye además una intervención corporal aun cuando suponga una intervención muy leve –es el caso de la espiración de aire–; y, si resulta positivo, se consolidará, ya mediante reconocimientos médicos propiamente dichos, a través de diversos exámenes: análisis de sangre, orina u otros. Su valor probatorio, en el primer acto de detección es meramente indiciaria (de indicio procedimental), sin valor concluyente –de ahí la exigencia de un ulterior reconocimiento médico y de su evitación cuando la intoxicación es evidente– y, en el segundo, se trataría de una prueba pericial preconstituida; ésta sería, en verdad, una fuente de prueba que debe ingresar al proceso no sólo con su efectiva documentación, sino con la declaración de los agentes que participaron en ella [DÍAZ CABIALE]. Esta prueba, en todo caso, no sería necesariamente una prueba directa, sí en cambio una prueba indiciaria, en tanto que la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica o de sustancias prohibidas sirve

para deducir fundadamente, por ejemplo, la conducción de un vehículo bajo la influencia de aquellas sustancias, etcétera.

La nota que justifica la prueba de alcoholemia, en punto a la presunta comisión de un delito, será, entre otras: **(i)** cuando el usuario o conductor que aparezca como responsable en un accidente de tránsito; **(ii)** cuando existan síntomas evidentes o manifestaciones de su conducta que permiten advertir que se está bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de otras sustancias prohibidas; y, **(iii)** cuando infrinja las normas de la legislación sobre tránsito.

La prueba de alcoholemia no requiere previo mandato judicial. No sólo porque expresamente no lo impone el artículo 213 CPP, sino porque, además de estar precedida de las notas de urgencia y de necesidad [Jimeno Bulnes, y STCE 207/1996, de 16 de diciembre], se trata de simples operaciones médicas –pequeñas extracciones de sangre en la mayoría de los casos– que en modo alguno ocasionan perturbaciones físicas o pueden ocasionar riesgos en la salud del intervenido. Es aplicable, en todo caso, el apartado 5) del artículo 211 CPP que libera de orden judicial las pequeñas extracciones de sangre que no provoquen ningún perjuicio para la salud; sólo se exige la comunicación al Fiscal.

Los métodos alcoholimétricos tienen como uno de sus aspectos más significativos la prolija incidencia en la Constitución; y, en tal virtud, pueden afectar el derecho a la libertad, a la integridad física, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia [Gimeno]. Ya se ha dilucidado los problemas vinculados a la restricción de la personal y a la afectación a la integridad física o corporal. Por tanto, es de referirse a los otros dos derechos fundamentales comprometidos.

A. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable *(nemo tenetur se ipsum accusare)*, está incorporado en nuestra Constitución por referencia al artículo 8, numeral 2, literal g), de la CADH en virtud del artículo 139.14 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la defensa procesal [San Martín]. Se trata de un derecho de "autodefensa" en su manifestación pasiva, que da la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculpación a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto permaneciendo callada y no admitiendo ni los hechos ni el derecho derivado de los mismos que se le imputa –este derecho se ejerce, precisamente, con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación–. En cuanto a su ámbito, se circunscribe **(i)** a la no exigencia de una conducta activa del imputado que entrañe una declaración

que exteriorice un contenido, y **(ii)** siempre que esa declaración importe el reconocimiento inmediato de una infracción. Por tanto, no puede pedirse coactivamente al imputado que declare y responda compulsivamente a un interrogatorio, cuyas respuestas puedan incriminarlo al importar el reconocimiento, expreso o tácito, de la comisión de una infracción.

Este derecho instrumental se circunscribe a la declaración del imputado, entendida como deposición, manifestación o explicación que realiza acerca de los hechos sobre los que versa la causa, que exteriorice un contenido concreto, incriminatorio, de admisión de culpabilidad. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones de los países democráticos, entienden que la declaración es una conducta positiva no exigible al imputado, quien además por imperio del derecho a la presunción de inocencia, por inversión de la carga de la prueba –y en relación con lo anterior–, no está obligado a colaborar activamente en el proceso y ello no sólo por medio de no prestar declaración alguna o de un determinado contenido, sino tampoco a través de la exigencia de realización de cualquier conducta que entrañe un comportamiento positivo, esto es, una acción cualquiera de movimiento. Nada se opone, por cierto, al establecimiento de una obligación personal que implique el deber del imputado de soportar pasivamente injerencias en su cuerpo, con las limitaciones necesarias, de extraer datos de carácter objetivo idóneos a la investigación penal [ASCENCIO].

En tal virtud, es evidente que la realización de una intervención corporal, en este caso la extracción de sangre u otras, en tanto solo se obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen, y no le impone cooperar de modo activo en él, no viola el principio de pasividad, base de la cláusula de no autoincriminación –se trata de simple obligación de tolerar–. Así, por lo demás, se ha pronunciado la Corte Suprema USA en el asunto Schmerber vs. California (757, 1966), que señaló que la extracción de sangre no goza de naturaleza testimonial o comunicativa, en tanto que la Quinta Enmienda de la Constitución Estadounidense solo protege las comunicaciones del acusado, cualquiera que sea la forma que adopten. El TEDH, de igual manera, en STEDH de 21 de diciembre de 2000, recaída en al Asunto Heaney and Mc- Guinness vs. Irlanda, párr. 40, precisa que si se trata de material que tenga una existencia independiente de la voluntad del afectado, tal como muestra de sangre, no se afecta ese derecho, circunscrito al respeto del derecho del acusado de permanecer en silencio. Empero, el

imputado muy bien puede negarse a pasar la prueba de espiración de aire en tanto se trata de la exigencia de una acción activa o conducta comisiva, pues en ese caso, con la utilización de aparatos electrónicos, se le obliga a que respire [Roxin].

B. El derecho a la presunción de inocencia está reconocido en el artículo 2.24. f) de la Constitución. A su vez, el artículo II del Título Preliminar del CPP condiciona la legitimidad de la sentencia firme a la existencia *"[...] de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales"*. Las pruebas alcoholométricas, por su propia naturaleza pericial, no se erigen en un atentado a la actividad probatoria neutral y garantizada, que ha de llevar a cabo el Estado. Como anotó po ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión n.° 8239/1978, de 2 de diciembre de 1978, estas constituyen una posibilidad ofrecida al acusado de probar un elemento que le disculpa, no establecen una presunción de culpabilidad; un examen de sangre si el resultado es positivo, puede determinar una sentencia condenatoria, pero si ese mismo examen es negativo, puede disculpar al imputado.

VI. CADENA DE CUSTODIA

1. Bases legales y conceptuales previas

A. El CPP, en su artículo 220.5, en el ámbito de la incautación instrumental de: **(i)** un bien constituye el cuerpo del delito, **(ii)** de las cosas relacionadas con el delito y **(iii)** de las cosas que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, esto es, en la esfera de la etapa de investigación preparatoria, instituye, por primera vez, como noción positivizada –lo cual, desde luego, no quiere decir que no haya existido como categoría procesal y criminalística–, la denominada cadena de custodia. El artículo 318.1 del CPP, en el ámbito de la incautación cautelar, prácticamente dice lo mismo, pero no utiliza la expresión cadena de custodia.

La incautación instrumental es un medio de investigación restrictivo del derecho fundamental de propiedad. Tiene un carácter indirecto y persigue el aseguramiento del cuerpo del delito en sentido amplio, que incluye las denominadas "piezas de convicción". Es, pues, un acto de investigación que se dirige a buscar y adquirir las fuentes de investigación.

La incautación cautelar es una medida de coerción que garantiza la consecuencia accesoria del decomiso.

Su similar tratamiento jurídico, fuera de esta clásica distinción, obliga a que se aborden de manera similar.

B. Según el artículo 218. 2 y 316-317 del CPP, que se refiere a la incautación instrumental entendida como aprehensión de la cosa, bien o materialidad concreta –menciona: bien que constituye cuerpo del delito, cosas que se relacionen con él, y cosas necesarias para el esclarecimiento de los hechos– y su retención por el órgano oficial del Estado competente [la fiscalía], esta diligencia puede hacerla: **1.** La policía cuando media flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. **2.** El fiscal, fuera de los casos de flagrancia delictiva, cuando exista peligro por demora –riesgo de desaparición de la cosa, bien o materialidad concreta de no asegurarse inmediatamente–. **3.** El juez, como primera palabra, siempre mediante auto fundado, fuera de flagrancia y del peligro por la demora; y, como segunda palabra, en los otros dos casos y en vía de confirmación. Similar tratamiento de la incautación, sea instrumental o cautelar: artículos 218.2 y 316-317 CPP.

De lo expuesto se desprende, primero, que el derecho fundamental de propiedad, a los efectos de las medidas limitativas con fines del proceso penal no requiere, con carácter previo, mandato judicial; segundo, que es posible que la autoridad de investigación penal: policía y fiscalía –según exista flagrancia o peligro por la demora– pueda incautar provisionalmente la cosa o bien vinculado al delito; y, tercero, que de uno u otro modo, la culminación formal o perfeccionamiento de una aprehensión de un bien o cosa con fines procesales penales, requiere de una resolución judicial fundada.

Recuérdese con carácter previo que, a diferencia del proceso civil, la actividad de averiguación y aseguramiento de las fuentes de investigación en el proceso penal es reglada y su ejecución se atribuye a una autoridad oficial del Estado. La investigación preparatoria, por consiguiente, en tanto actividad inquisitiva, que, como tal, recae sobre cualquier sospecha del hecho punible, persigue preparar el enjuiciamiento a través del esclarecimiento de los hechos objeto de imputación, evitando la realización de juicios innecesarios. Los actos instructorios son simplemente actos de aportación de hechos al proceso y permiten un juicio de probabilidad

suficiente para dictar medidas limitativas de derechos, el procesamiento y el auto de enjuiciamiento [Gimeno].

C. El apdo. 5 del artículo 220 del CPP incorpora la cadena de custodia como un medio adecuado –no el único– para garantizar la autenticidad de lo incautado de los elementos materiales del delito, sea para fines cautelares o instrumentales. Cuando se dice autenticidad se hace mención, de acuerdo con la segunda acepción de la RAE, a la "certificación con la que se atestigua la idoneidad y verdad de algo".

D. Según su estructura los medios de investigación o de prueba –que para el caso es lo mismo: son prácticamente coincidentes entre sí [Gómez Colomer]– son reales y personales. Los primeros son aquellos cuya fuente está constituida por una cosa o un bien material concreto [Keilmanovich].

Maier denomina medios de prueba materiales –'medios de investigación' si se actúan en fase de instrucción o investigación preliminar–, e incluye los registros o prueba documental y las cosas. **(i)** Los documentos son todo soporte material de una expresión intelectual –de una idea a trasmitir hacia el futuro–. **(ii)** Las actas o registros judiciales, aunque ellas son también documentos o registros, dan cuenta de una actividad cumplida durante el procedimiento, que acreditan cómo se desarrolló cierta actividad durante el procedimiento judicial –es lo que se denomina prueba documentada–. **(iii)** Las cosa y los lugares –estos últimos, solo como escenarios importantes para el conocimiento judicial–, contienen de ordinario rastros del hecho punible, que permiten verificar indicios acerca de la acción u omisión punible a averiguar; no poseen nunca como contenido un significado intelectual, solo contienen rastros de la conducta humana pasada, cuando esos rastros son útiles para el procedimiento.

El objeto de la cadena de custodia, como se dijo, es el cuerpo del delito y las cosas o bienes –diremos, también, lugares–. La noción clásica de cuerpo del delito se remonta al antiguo procedimiento inquisitorial canónico italiano del siglo xii, aunque se atribuye a Farinacio el uso de ese vocablo por primera vez en 1581. Modernamente podemos definirlo como "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho punible". Comprende la fase externa de la conducta delictiva. Se acredita con cualquier medio probatorio en correspondencia con el principio de libertad de prueba [Barragán Salvatierra].

E. Este concepto amplio, el *corpus delicti*, que apunta a la comprobación del delito y a la averiguación del delincuente, contiene los siguientes elementos: **1.** La persona o cosa objeto del delito, sobre el que recae el delito –*corpus criminis* (cadáver en homicidio, la caja fuerte forzada en el hurto)–. **2.** Los medios o instrumentos a través de los cuales se cometió el delito –*corpus instrumentorum*– (revolver utilizado). **3.** Los efectos relacionados con el delito, esto es, las cosas obtenidas como consecuencia de su ejecución (cosas robadas). **4.** Las piezas de convicción, que son las huellas, rastros o vestigios –elementos materiales, en suma– dejados por el autor en la comisión del hecho y susceptibles de ser recogidos y que permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor –*corpus probationem*– (trozos de cristal con las huellas dactilares del imputado, las ropas manchadas de sangre) [PÉREZ/ CRUZ MARTÍN].

F. Nuestro sistema procesal, respecto del cuerpo del delito, exige a las autoridades penales la formulación de un acta circunstanciada. Así, la policía (artículo 68.2 CPP, aunque el artículo 68.1.k CPP), menciona que los secuestros e incautaciones se efectúen, "bajo inventario". En el caso de las pesquisas, de fuente italiana –comprobar el estado de algo y, en su caso, recogerlo y conservarlo–, se exige un acta (artículo 208.2 CPP: cita como referencia: rastros, efectos materiales, elementos materiales). El examen corporal (artículo 211.4 CPP), el allanamiento (artículo 216.3 CPP: bienes delictivos y cosas relevantes para la investigación), el aseguramiento de documentos privados, la incautación postal, la intervención de comunicaciones –originales de la grabación: 231.1 CPP–, el aseguramiento de documentos privados, contables y administrativos (artículos 232 y 234 CPP), también se requieren de un acta.

2. La cadena de custodia: definición y alcances

A. El artículo 220.5 del CPP fija la finalidad de la cadena de custodia: garantiza la autenticidad de lo incautado –*certificación con la que se atestigua la idoneidad y verdad de algo*–. A su vez, a partir de ese lineamiento legislativo, autoriza a la Fiscalía de la Nación a reglamentar esa institución. Son delegaciones que tienen un carácter ordenatorio –en el que previamente se ha fijado su contenido esencial– luego, no vulneran el principio de legalidad procesal penal, en su ámbito de exclusividad legal. La Fiscalía de la Nación ha cumplido con ese cometido (Resolución n.º 729-2006-MPFN, de 15-06-06). Debe quedar claro, desde el principio de libertad probatoria,

que la autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual –si correspondiere– se realizaron los análisis forenses o periciales y se establecieron los vínculos o inferencias respectivas (entre otras: relacionar al imputado con la víctima o con la escena del delito, establecer las personas asociadas o partícipes del delito, corroborar el testimonio de la víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente), y el mismo que se exhibe en el juicio oral.

B. La cadena de custodia, en primer lugar, no es más que un mecanismo para demostrar la autenticidad del cuerpo del delito, como concepción amplia, incautado durante la etapa de investigación preparatoria. En segundo lugar, se refiere al conjunto de formalidades con el que se asegura que el cuerpo del delito incautado en sede de investigación preparatoria permanece inalterado hasta el momento en que es utilizado en el desarrollo del enjuiciamiento. En tercer lugar, el diseño de este mecanismo busca facilitar la demostración de la autenticidad del cuerpo del delito a través de un conjunto de documentos que, debidamente fechados y rubricados por cada uno de quienes tienen contacto con este, permite determinar tanto las condiciones en que cada uno de ellos lo recibió y entregó, como las eventuales pruebas a las que fueron sometidos [Reyes Alvarado]. El requisito de autenticidad, por lo demás, responde al principio o elemento de mismidad, propio de las ciencias forenses y de la investigación criminal.

C. Como dice Mora Izquierdo, la autenticidad del cuerpo del delito puede acreditarse de una de las cinco formas criminalísticamente aceptadas. Estas son las siguientes:

1. Auto autenticación. **2.** Marcación. **3.** Testimonio. **4.** Pericias. **5.** Cadena de custodia.

La primera forma está en relación con bienes, cosas u objetos que tienen características notorias y bien conocidas que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas (v. gr. ejemplar de un periódico, imagen de un personaje relevante). La segunda es el acto de señalar el cuerpo del delito con un signo distintivo, propio y exclusivo, de quien intervino en las diligencias de levantamiento, recolección o incautación del perito que lo manipula dentro del laboratorio (ejemplo, grabar las iniciales del policía o fiscal que intervino en el mango de un

cuchillo hallado en el lugar de los hechos). La tercera es el testimonio de acreditación, en cuya virtud el testigo reconoce el cuerpo del delito como auténtico (ejemplo, las fotografías). La cuarta es la pericia de acreditación en la que el perito precisa que lo que analizó es auténtico, que es el mismo bien, cosa u objeto que recibió. La última es la cadena de custodia.

Es de acotar, sin embargo, que, respecto de la autenticación, el CPP establece la necesidad de levantamiento de actas que mencionen objetivamente el bien recogido o incautado –recogida del bien, cosa u objeto y práctica documentada de la diligencia referida al cuerpo del delito–. Su elaboración –a cargo mayormente de la Policía– la búsqueda y recogida del cuerpo del delito forman prioritariamente parte del acervo de conocimientos y experiencias de la policía y, residualmente, de la Fiscalía, en cuanto órganos de investigación del delito. Si cumplen los requisitos pertinentes, evita un procedimiento ulterior de autenticación de dicha diligencia de aseguramiento de fuentes de investigación –ubicación, recogida e incautación– a través de auto de autenticación, marcación, testimonio o pericia.

D. La cadena de custodia, como quinta forma de autenticación, referida al cuerpo del delito, "se puede definir como aquel procedimiento de registro y control que tiene por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba [en pureza, del hecho delictivo y de su autor] tales como documentos, armas blancas y de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, huellas dactilares, etcétera, desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen, considerando su derivación a los laboratorios criminalísticos forenses donde serán analizados por parte de los expertos, técnicos o científicos, y hasta que son acompañados y valorados como elementos de convicción [en rigor, actos de prueba] en la audiencia de juicio oral" [READI SILVA].

La cadena de custodia es, propiamente, un sistema de control que permite registrar de manera cierta y detallada cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación –utilización de embalajes adecuados–, rotulación, etiquetamiento –con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación–, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico,

Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados) hasta llegar a las instancias judiciales.

La cadena de custodia "no protege la cantidad y calidad de la prueba material sino la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate" [Sala Tercera, sentencia, de 21-12-07; Costa Rica].

E. El mecanismo que expresa la cadena de custodia se concreta materialmente a través de formularios de registro de información o, como precisa el Reglamento antes citado, en "formatos de la cadena de custodia", que acompañan en todo momento al cuerpo del delito y son objeto de supervisión por el fiscal o un funcionario delegado. Cada eslabón en la cadena de custodia está debidamente registrado, y de modo ininterrumpido, lo cual demuestra la totalidad del camino recorrido por el cuerpo del delito. La presentación de estos formatos evita la necesidad de hacer concurrir a quien o quienes han tenido que lidiar con el cuerpo del delito. Esta prueba documentada –el formato y documentos anexos– es suficiente y más operativa que el testimonio. La jurisprudencia estadounidense, liderada por el caso USA vs. Howard-Arias, decidida en 1982 por la Corte Federal de Apelación del Cuarto Circuito, señaló que la cadena de custodia es una variación del principio autenticación (o, con mayor precisión y según se expuso, una de sus formas de autenticación) [Muñoz Neira].

3. La ruptura de la cadena de custodia

A. La ruptura de la cadena de custodia –la presencia de irregularidades en su decurso– se presenta cuando en alguno de los eslabones de la cadena o de los tramos por la que transita el cuerpo del delito se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito –organismo técnicos-periciales, laboratorios forenses, universidades, instituciones públicas o privadas, institutos de investigación (artículo 173.2 del CPP)– o juez. Aquí, en principio, se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización.

B. De la ruptura de la cadena de custodia o de su omisión no sigue necesaria o automáticamente que el cuerpo del delito es inauténtico y, por consiguiente, que carece de eficacia probatoria. Recuérdese, de un lado, que la cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautado, que solo busca facilitar la

demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; y, de otro lado, que en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (artículo 157.1 del CPP), de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la Ley.

C. Así las cosas, es de precisar lo siguiente:

(i) El cuerpo del delito y el conjunto de diligencias –mayormente periciales– realizadas a partir de él no pierden eficacia probatoria por el simple hecho de la ausencia de la cadena de custodia o de su ruptura. No obstante, ello, será necesario que la parte –no solo la parte acusadora, que por ley debe seguir el procedimiento en cuestión para garantizar la mismidad de la prueba– que incorpore esos elementos materiales pueda acreditar la autenticidad del cuerpo del delito en sus ámbitos esenciales por otros medios de prueba, más allá de la prueba documentada que dimana del acta de incautación y de los formatos respectivos de cadena de custodia –perjudicados por la ruptura de la conexión–. Por lo demás, errores formales o de poca entidad en la propia elaboración de las actas y formatos, en modo alguno hacen perder eficacia probatoria a la cadena de custodia. La decisión acerca de la autenticidad de un elemento material es parte del juicio de valor que el juez debe realizar sobre el grado de credibilidad de la prueba aportada o practicada en el juicio; el error del juez al formular el juicio sobre la autenticidad de la prueba material importa un error de derecho por falso juicio de convicción [REYES ALVARADO].

(ii) La ruptura de la cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba determinante de su inutilización –sanción procesal asociada a la prueba prohibida– porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno (artículo VIII del Título Preliminar y artículo 159 del CPP). Tampoco un bien, cosa u objeto relacionado con el delito que se ofrezca como prueba material con ausencia de una cadena de custodia o cuando se produce un supuesto de ruptura de la misma puede ser considerado como un medio de prueba impertinente o prohibido por la Ley (artículo 155.2 del CPP).

(iii) Como existe libertad probatoria y solo se presenta un vicio en un mecanismo tendente a acreditar la autenticidad de la prueba material, la vulneración de las reglas de cadena de custodia no da lugar a la exclusión

probatoria. La pérdida de eficacia procesal dimanante del vicio en cuestión puede ser salvada con una actividad probatoria alternativa, por lo que se está ante un aspecto propio de la valoración de la prueba, de la credibilidad del cuerpo de la prueba que presentó la parte concernida, que el órgano jurisdiccional decidirá de acuerdo a las restantes circunstancias del caso [Muñoz Neira].

(iv) Tratándose de la cadena de custodia, la alegación de la simple posibilidad de su rompimiento, manipulación o contaminación no es aceptable. Debe acreditarse acabadamente tal alegación. En todo caso, la actividad probatoria establecerá si es del caso otorgar o no mérito a esa evidencia y valorarla o no.

(v) La vulneración del contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental, a propósito de irregularidades en la cadena de custodia, solo se presentaría cuando se admite y se da el valor de prueba cuando el supuesto cuerpo del delito se obtuvo sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, la garantía de defensa procesal.

(vi) Cabe insistir –y así lo ha precisado el Tribunal Supremo Español en las sentencias de 04-06-10 y 24-04-12– que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega de lo incautado a la entidad correspondiente, que es el proceso al que se denomina genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan solo sirve para garantizar que lo analizado es la misma e integra cosa, bien u objeto ocupado, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que el bien, cosa u objeto analizado no fuera aquel bien, cosa u objeto originario, ni para negar el valor probatorio de los exámenes periciales y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

VII. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

1. Aspectos generales

1. 1 Fundamento

La lucha contra la delincuencia organizada, es decir, el descubrimiento y sanción de delitos de una enorme gravedad y de gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con material altamente sofisticado con un criterio de racionalidad en su actividad criminal y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, resulta cada vez más difícil para los aparatos estatales de represión criminal. Por tanto, se hace imprescindible la adaptación de las técnicas de investigación a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia (STSE de 0910-87).

En la necesidad de garantizar eficacia y eficiencia en el sistema de investigación [PEÑA-CABRERA FREYRE], se han introducido cuatro mecanismos que dan respuesta a ese fenómeno social, de tal manera que pueda compatibilizarse el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los imputados en un proceso penal, con una mayor solvencia y rigor en la lucha contra la criminalidad, esencialmente contra la criminalidad organizada. Se iniciaron, a nivel mundial, en la lucha contra las drogas y el terrorismo, y luego se fueron extendiendo, con plena previsión legal, a otros delitos especialmente graves (corrupción y criminalidad organizada transnacional). Se trata del agente encubierto o especial (artículo 341 CPP) y de la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (artículo 340 CPP).

La Ley n.° 30077, de 20-08-13, incorporó las denominadas operaciones encubiertas (artículo 341-A CPP) como un tercer acto especial de investigación referidas a la criminalidad organizada. A su vez definió el Marco Operativo de lo que debe entenderse por criminalidad organizada o especial (ver: artículos 2 y 3 de dicha ley).

El Decreto Legislativo 1307, de 30.12. 2016, introduce por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 68-A del CPP (Operativo de revelación del delito), aunque se trata más bien de regular normativamente una práctica o técnica seguida por la Fiscalía y la Policía. Lo primero que es de relievar es lo erróneo de la denominación. El vocablo "Operativo" es un adjetivo y, por tanto, sinónimo de activo, agente, operante o ejecutante. Se trata más bien de la denominación "Operación" que es un sustantivo, que en pureza se refiere a una

técnica especial de investigación, delimitada a una actuación secreta, especializada e interinstitucional de carácter compleja. Esta técnica de investigación, empero, se ha consignado en el Capítulo II del Título I referido a la Policía, y no –como debe ser– en el Título IV de "Actos Especiales de Investigación", conjuntamente con la entrega vigilada, los agentes encubiertos y especiales, y las operaciones encubiertas.

La revelación del delito es un acto especial de investigación que, en cuanto a su oportunidad, puede desarrollarse antes, en el mismo momento o después –para su esclarecimiento– de la comisión de un delito. En orden a los sujetos que pueden intervenir, se requiere como mínimo a la Fiscalía y la Policía, sin perjuicio de la asistencia y participación de otras entidades (por ejemplo, UIF-Perú, SUNAT, CGR, DIGESA, etc.). La finalidad u objeto de esta operación es la de identificar a los intervinientes en el delito y, en su caso, detenerlos (cuando ya se conozca su identidad y ubicación). Una exigencia formal es la perennización de la diligencia a través de un medio idóneo (filmación, básicamente), sin perjuicio de que se levante el acta respectiva, conforme al artículo 120.1 CPP.

Desde la mera legalidad no es del oponer nada a esa norma, más allá de su ubicación formal en el Código. Es de resaltar positivamente la filmación de la diligencia, pues la actuación gana en objetividad y, por ende, por la seguridad del medio de protocolización tiene el carácter de prueba preconstituida, sujeta formalmente a la corrección de la filmación y del acta que se levante al efecto.

Es una técnica de investigación, las más de las veces, que se realiza luego de una paciente labor de inteligencia, de observación, vigilancia y seguimiento (las conocidas como OVISE: observación, vigilancia y seguimiento). Permite, finalmente, identificar con mayor seguridad a delincuentes tras su captura, detectar sus vinculaciones con otras personas y advertir lo que vienen realizando, y, en el momento de la actuación, lograr decomisos e incautaciones, así como asegurar pruebas documentales y físicas, así como vestigios materiales.

También regula las incursiones fiscal-policiales en los supuestos de interdicción de drogas o de contrabando.

Todo ello no obsta, empero, que la captura de delincuentes, si no media autorización judicial, sólo será posible en flagrancia delictiva, cuya concreción ha sido extendida al máximo en el artículo 259 del CPP, según la Ley número 29569, de 25-8-2010, con la finalidad de facilitar la captura efectiva del sospechoso.

1.2. Crimen organizado y nuevas tecnologías investigativas

El Acuerdo Plenario 10-2019/CIJ-119, de 10-9-2019, publicado en El Peruano el 6-11-2019, fijó un conjunto de lineamientos en materia de tecnología, técnicas especiales de investigación y crimen organizado. Las **técnicas de investigación**, señaló, son aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a las que esta acción va dirigida. Se clasifican en **(i) técnicas tradicionales de investigación** –se visualizan hacia atrás, reconstruyen hechos del pasado y ofrecen al investigador los móviles y circunstancias en que se cometió el delito, así como la determinación de las personas que participaron en su comisión–; y, **(ii)** en **técnicas especiales de investigación** –visualizan el presente y hacia adelante, a modo de extraer elementos de una organización criminal en plena operación, y comprende toda información relacionada a la agrupación criminal, como el tipo de estructura que presenta, modo de operar, identificación de sus miembros y colaborares, forma de reclutamiento de nuevos miembros, formas menos peligrosas para infiltrar la organización, forma de relacionarse con otros grupos criminales, examen de toma de decisiones y grado de agresividad de la organización–. Por lo general, las técnicas especiales de investigación entrañan limitación de derechos fundamentales, que según su nivel de intensidad requiere la orden del Ministerio Público o una decisión jurisdiccional.

El citado Acuerdo Plenario definió los principios regulatorios de las técnicas especiales de investigación, y siguiendo a la UNODC, en el entendido que deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo estar sometidas a estrictos y rigurosos controles legales. Se trata de los principios de legalidad, excepcionalidad o subsidiaridad, proporcionalidad, celeridad, reserva, pertinencia, especialidad y jurisdiccionalidad.

La **videovigilancia** es una técnica especial de investigación está regulada en el artículo 207 CPP; es, concretamente, una medida de búsqueda de pruebas. Tiene como objetivo obtener fuentes de investigación o de prueba que permitan sustentar un eventual requerimiento fiscal, como la prisión preventiva o alguna otra medida de coerción, así como la propia acusación y, en su caso, la sentencia si se incorpora al juicio oral como medio de prueba. Un instrumento típico de videovigilancia son los drones, al que el Acuerdo Plenario antes mencionado prestó particular atención, cuya utilización puede vulnerar el derecho a la libre personalidad y al proyecto de vida de cada individuo en específico. El uso, pues,

de la tecnología puede y debe incorporarse en la investigación del delito, siempre que se utilice con pleno respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad. Es necesario, sin duda, una regulación específica y la incorporación de criterios generales mínimos que orienten su manejo o uso y su debida apreciación.

2. El agente encubierto o especial

2.1. Definición

Es una medida –o medio de investigación–, regulado en el artículo 341 CPP, que consiste en la entrada de uno o varios policiales, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y castigo de la organización, con todos los elementos que la integran.

La finalidad del acto de infiltración a través del agente encubierto es obtener la información necesaria apta para enervar la presunción de inocencia. El último destinatario y máximo interesado en la información averiguada es el Estado [Gómez De Liaño]. Su adopción es excepcional –solo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso– y debe estar sometida a un test de proporcionalidad: **(i)** examen de idoneidad, el agente encubierto debe ser un medio apto para captar información de cargo con efectos penales; **(ii)** examen de necesidad, al tratarse de una injerencia intensa en los derechos y libertad se debe verificar que exista una organización criminal y que por sus características represente una verdadera amenaza, igualmente debe comprobarse que no exista otra medida idónea de búsqueda y obtención de información; y, **(iii)** examen de proporcionalidad estricta que debe considerar circunstancias como la duración de la infiltración, las facultades que se otorgan al agente encubierto, etc. [Bernal]. Todos esos ámbitos deben abarcar la disposición fiscal.

El agente encubierto es un miembro de la Policía Nacional, que investiga bajo una 'identidad alterada' por un tiempo prolongado; la intervención de un policía en prácticas aisladas como, por ejemplo, aparente comprador de drogas o bienes delictivos no lo convierte en agente encubierto y, por tanto, esta intervención no está sujeta a las reglas del artículo 341 CPP [Roxin]. La intervención del agente encubierto solo está permitida para el esclarecimiento de "hechos punibles de importancia considerable". Es imprescindible, para acudir a esta técnica de investigación, que el esclarecimiento no sea posible, o en todo caso que la averiguación presente una dificultad considerable, y por tanto que otras medidas

de investigación fueran inútiles. El agente también puede ser un ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar fuentes de prueba de cargo del delito; se le denomina "Agente Especial". Está sujeto al mismo estatus jurídico que el agente encubierto.

El agente encubierto o especial viene amparado en su cometido por una identidad supuesta. Participa en el tráfico jurídico bajo una 'identidad alterada', para cuya creación y conservación son admitidas la expedición y modificación de documentos de identidad y demás registros de datos personales. Además, se le permite adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación. Debe poner a disposición de quien le autorizó la investigación toda la información que vaya obteniendo, para su aportación al proceso. Es lógico que se reserve secretamente el nombre verdadero del agente encubierto o especial, al constituirse en una presunción *iure et de iure*, el peligro de la seguridad personal del agente [PAZ RUBIO].

El agente encubierto o especial accede mediante el engaño, no solo al conocimiento de delitos cometidos en vías de preparación, sino también a todo un cúmulo de datos privados sobre las personas investigadas y su círculo de allegados. El derecho afectado, en estos casos, es la autodeterminación informativa, esto es, el derecho a elegir libremente al destinatario de la conversación y al testigo de la esfera privada. Se exige al agente la debida prudencia en la realización de averiguaciones e, incluso ocupación sigilosa de bienes, para que sean proporcionados con lo que pretende conseguirse, sin que puedan llegar a alcanzar la categoría de provocaciones para delinquir, pues ello desvirtuaría su propia naturaleza y su legitimidad [MONTÓN REDONDO]

La infiltración policial a través de un agente encubierto es, por tanto, un acto de investigación que limita, en determinada medida, derechos fundamentales; es, pues, una limitación de baja o mediana intensidad, por lo que su institucionalización no requiere de previa orden judicial. Su relevancia está, precisamente, en el hecho mismo de su secretismo y uso del engaño como método de investigación. Sin embargo, las investigaciones encubiertas ante delitos graves no pueden excluirse –no pueden sacrificarse por conveniencia (STEDH Texeira de Castro vs. Portugal, § 36, de 09-06-98)–, y están avaladas, desde el principio de proporcionalidad, por la STEDH Lüdi vs. Suiza, de 15-06-92, en cuya virtud quien sabe que comete un acto criminal debe soportar y asume la posibilidad de ser objeto de una investigación encubierta, de encontrar un funcionario policial encargado de desenmascararlo (§ 40).

2.2. Regulación legal

Como puede observarse, el artículo 341 CPP precisa como requisito previo la existencia de una investigación relacionada a un caso de criminalidad organizada –se trata de una asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o de manera reiterada una serie de delitos–, trata de personas, delitos contra la administración pública que se encuentren previstos de los artículos 382 al 401 del CP. El apdo. 1 del artículo 341 CPP limitaba la intervención de los agentes encubiertos o especiales a las "actividades propias de la delincuencia organizada"; sin embargo, el Decreto Legislativo 1307, de 30 de diciembre de 2016, extendió su ámbito de aplicación a los delitos de trata de personas y contra la administración pública contemplados en los artículos 382 al 401 del CP.

Para la lícita actuación de los agentes encubiertos o especiales se precisa de una previa autorización del fiscal encargado, se necesita una disposición –en el caso de los delitos cometidos contra la administración pública, el fiscal puede disponer que tanto funcionarios o servidores como particulares sean nombrados como agentes especiales y en caso de participar en un delito de revelación del delito, el fiscal dispondrá las medidas de protección. Este supuesto requiere que lo actuado sea confirmado por el juez penal–. Para hacerlo se requiere de "indicios de su comisión", esto es, sospecha inicial simple. La autorización la proporciona el fiscal, con conocimiento y registro de la Fiscalía de la Nación. El plazo es de seis meses prorrogables por disposición motivada del fiscal de la investigación. El principio de necesidad determinará el número de prórrogas que puedan acordarse.

Si en el curso de la investigación resulta indispensable llevar a cabo actuaciones limitativas de derechos fundamentales –entradas domiciliarias, intervención de las comunicaciones– se requerirá expresa autorización judicial.

El procedimiento vinculado a la designación y actuaciones del agente encubierto o especial es reservado.

2.3. Valoración

La información obtenida será puesta en conocimiento de la autoridad y será valorada "como corresponde". La condición de su valoración está en la legalidad de la designación del agente encubierto o especial y en que no se hayan afectado de modo grave derechos fundamentales, a menos que se haya recabado la pertinente orden judicial habilitadora. La eficacia de los elementos de prueba que obtengan los agentes encubiertos quedará condicionada por el respeto a las garantías del

proceso penal, esencialmente las de defensa procesal y presunción de inocencia. No tendrá eficacia si se hizo incurrir a un sospechoso en un "delito provocado". La misión de la policía es descubrir el delito no facilitar la comisión de otro delito, por lo que rige la regla *venire contra factum proprium*, en cuya virtud el Estado no puede castigar a aquel a quien él mismo, precisamente, ha inducido a llevar a cabo un hecho punible. El agente provocador es, precisamente, aquel que induce a otros, le genera la idea criminal, a cometer hechos punibles para, inmediatamente después, poder detenerlo.

El agente, de otro lado, debe actuar dentro de la esfera de su cometido bajo la condición de que está revestido de una autorización especial ex lege. Las conductas que realice las hará en cumplimiento de su deber y conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad. La racionalidad marcará el juicio de valor acerca del acto concreto que realice. Si el acto que ejecute es desproporcionado la prueba obtenida no será valorada precisamente por la conculcación de los principios de necesidad y proporcionalidad. Por el contrario, la prueba obtenida por el agente mediante la comisión de un delito del que está exento de responsabilidad penal es hábil y eficaz [LÓPEZ BARJA].

La Ley no modifica las reglas generales de aportación y valoración de la declaración testifical del agente encubierto o especial en el juicio oral. Empero, existe una importante modificación en la normativa sobre protección de testigos. Se puede ocultar su identidad por resolución motivada, siempre que exista motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente o de otra persona, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando al agente policial. Por ello, cuando las partes soliciten conocer la identidad del testigo protegido, que al propio tiempo es agente encubierto o especial, ciertamente el órgano judicial tiene que revelar la identidad, pero la identidad falsa, nunca su verdadera.

El agente encubierto o especial puede y debe declarar como testigo en el acto oral sometiéndose a las preguntas de las partes procesales –se le considera, por tanto, un medio de prueba–. Su identidad real, como se anotó, no debería ser develada, aunque sí su identidad supuesta –la que utilizó cuando se infiltró en la organización criminal– (y, agregamos, la propia condición de agente encubierto o Especial del testigo), lo que constituye una necesidad primaria para el correcto funcionamiento, o incluso para la propia existencia del Agente Encubierto o Especial. La STEDH Lüdi, de 15-06-92, no pone en cuestión que solo se conozca el nombre supuesto del agente encubierto –no su identidad real–, todo ello bajo el canon de la eficaz lucha contra el fenómeno criminal organizado [GÓMEZ DE

Liaño Fonseca-Herrero]. Se exige, evidentemente, una Disposición motivada del fiscal a fin de expresar las razones por los cuales se pone en peligro la vida o la seguridad del agente encubierto o especial, de lo contrario, la reserva de su identidad constituiría un daño a la defensa del imputado. Pese a ello, cierto sector de la doctrina considera que la no relevación de la identidad del agente merma el derecho de defensa de un imputado, pues en este tipo de testimonios no resultaría posible determinar si el agente –en calidad de testigo– guarda razones para no declarar objetivamente, si registra por ejemplo antecedentes por falso testimonio, o si simplemente estamos ante un testigo poco fiable. Debe considerarse que en la legislación peruana no se ha considerado un ámbito de protección o seguridad para el agente en caso su identidad sea develada en el juicio; un aspecto que sí ha sido considerado en la legislación colombiana (artículo 31 CPC); sin embargo, podría incluirse ese aspecto en una modificación a la ley procesal penal.

La apreciación –interpretación y valoración– de su testimonio no está sujeta a limitación ni especialidad alguna, pero la infracción de las reglas fijadas para esa figura determina la prohibición de la valoración de la prueba obtenida (STSE de 07-11-00). La STSE de 14.02.95 señaló que la testifical del infiltrado es otro factor importante a la hora de construir prueba de cargo, y que su credibilidad corresponde al correcto análisis lógico y de experiencia del juez, siendo del caso reconocer que la actuación del agente policial en la mecánica en cuestión se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente. El Tribunal debe tomar con cautela y prudencia su valoración, principalmente debido a que al estar declarando sobre lo que fue precisamente el desempeño de sus funciones específicas, el policía o el particular intentará narrar los hechos de tal forma que no quede duda en el desempeño de su función, pues ello lo afectaría de forma directa. Existe la probabilidad –que debe ser considerada por el tribunal– de que la declaración del agente distorsione la real situación de los hechos o la forma en que ellos acontecieron, lo que puede significar una grave repercusión en la situación del imputado [Jauchen]. En definitiva, deben aplicarse las reglas comunes de valoración de un testigo en este caso, pues la sola declaración del agente no puede generar no tiene la entidad para fundamentar una condena, sino que debe estar rodeada de otros elementos objetivos (datos, testimonios, etc.) que le permitan al Juzgador emitir una sentencia condenatoria en el caso específico.

Distinta es la figura del confidente, quien viene a ser una fuente suplementaria de información para los policías, que actúa ya consumado el delito

[DE URBANO]. Como tal, es una información, inicialmente reservada o secreta, pero pendiente de confirmación a través de la comprobación o verificación real de esa misma información, que así se convalida [CLIMENT]. Su inadmisibilidad es obvia al no identificarse ni declarar en el plenario. Ello en modo alguno elimina la posibilidad de utilizar "fuentes confidenciales de información", siempre que se circunscriban exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. Es, pues, solo un indicio procedimental, que no puede, por lo demás, utilizarse como dato directo y único para la adopción de medidas limitativas de derechos [RIVES SEVA]. Así lo declaró la STEDH Windisch, de 27-09-90. Ha de destacarse que los policías que se han servido de confidentes para obtener información sobre los delitos que investigan no están jamás obligados a revelar cuáles son sus fuentes de información, pues si estas carecen de virtualidad probatoria, al solo erigirse como fuente de información para el inicio de las correspondientes averiguaciones, en nada afecta a la realidad fáctica sobre la que había de construirse, en su caso, la prueba de la infracción penal (STSE 49/1995, de 17 de enero). El confidente es, pues, una figura lícita, pero su proyección jurídica es irrelevante, de suerte que no es posible aceptar ni siquiera la figura del testigo de referencia que tiene como testigo fuente a un confidente anónimo [CLIMENT]. Una investigación policial puede iniciarse por delaciones, informaciones anónimas escritas o colaboración ciudadana, pero el valor probatorio de esas fuentes, por contrario al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal, si no se determina la identidad y declara el confidente o informante en condición de testigo, carece de eficacia probatoria, a la que se extiende el testimonio por referencia del agente que ha recibido la información [GARCÍA MUÑOZ].

El testimonio que también se rechaza es el del agente provocador, entendiéndose como tal a la persona –policía o civil– que hace incurrir en un delito a un tercero; él es la causa del delito. Pero no solo eso, sino también la prueba que recabó; por su inadmisible ataque a la dignidad personal y a la interdicción de toda arbitrariedad (STSE de 30-12-95). El delito provocado, por consiguiente, es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho delictivo, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo (STSE de 09-10-87). Ello genera la impunidad de la conducta de quien realiza el delito provocado, y se erige en una condición de procedibilidad, deducible del Estado

de derecho –la provocación o inducción al delito está prohibida pues contraviene el principio de legalidad y de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (STSE de 25-01-07)–, conforme a la cual se invalida todo el procedimiento en el que los agentes del Estado han actuado no para prevenir el delito, sino como instigadores de su comisión (STSE de 20-10-97). Sin embargo, no debe calificarse como agente provocador cuando el agente ha actuado frente a una persona ya predispuesta a cometer el delito. En definitiva, si el delincuente ya tiene la predisposición para delinquir y el agente solo facilita los medios para la comisión del hecho, en consecuencia, no se invalida la aportación del agente encubierto. Esta predisposición debe existir al momento que los agentes toman contacto con el imputado, y no en un tiempo posterior (STSE 24/2007).

Cuestión distinta al agente provocador es la del agente descubridor del delito ya consumado. En este último caso el policía utiliza medios engañosos para descubrir la infracción cometida con anterioridad, generalmente de tracto sucesivo –como, por ejemplo, en tráfico ilícito de drogas cuando el delincuente ya tiene la droga en su poder o tiene vínculos activos y estructurados para conseguirla–, cortando de esta forma su continuidad. No hay, en este supuesto, una situación inductora que juegue al margen de la ley procesal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. El agente no busca la comisión del delito, sino los medios, las formas o los canales por los que ese delito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas (SSTE de 13 de mayo y de 8 de julio de 1999). Es irrelevante si el hecho que fundamenta la sospecha se encuentra en etapa de preparación o si ya ha superado el comienzo de ejecución, solo se requiere advertir que el delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente es libre y nace espontáneamente; la proposición parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma (STSE de 13-02-96). El castigo se realiza por las actividades preexistentes a la actuación policial engañosa que sean constitutivas de delito y no, exclusivamente, por el acto provocado. No es lo mismo "delito provocado" que "delito comprobado", como sucede cuando se ofrece a un policía una compraventa de droga sin que existan pruebas de que este hubiera solicitado tal adquisición, sino solo que mantenía una relación con el acusado para descubrir sus relaciones con el narcotráfico; no existe provocación del delito sino verificación de su existencia, acopiando pruebas del mismo a fin de

comprobar una actividad delictiva preexistente de la que se sospechaba (STSE de 19-02-03). De igual manera, no se da un supuesto de delito provocado cuando un policía se hace pasar por un cliente y pregunta quién vendía droga, de suerte que ante esa pregunta el imputado, salió a buscarla y regresó al poco rato, ofreciéndola al policía; aquí el imputado no buscó la droga motivado por la actuación policial, sino que la poseía de antemano para venderla (STSE de 19-02-03).

2.4. Exención de responsabilidad

Es posible que durante el desenvolvimiento de la operación el agente encubierto o especial cometa hechos delictivos. En consecuencia, el apdo. 6 del artículo 341 CPP introduce una exención de responsabilidad, pero se debe tratar de delitos propios del desarrollo de la investigación, siempre y cuando sean consecuencia necesaria de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una inducción al delito.

2.5. Algunos problemas probatorios

2.5.1. Efectos probatorios

El objeto de la infiltración de un agente encubierto en la organización criminal reside en el enjuiciamiento de los hechos punibles mantenidos por las acusaciones. La prueba para poder recibir la valoración del juez debe practicarse en el juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicciones e igualdad. Cabe excepcionar los supuestos de prueba preconstituida.

2.5.2. La licitud probatoria derivada de la infiltración

La idea de la prueba prohibida va íntimamente unida al momento crucial de obtención de la fuente de prueba. Las vulneraciones podrían ser:

A. Violación a la intimidad

La sola integración y presencia del agente en el grupo criminal organizado vulnera los derechos a la intimidad en el sentido amplio y estricto, siempre que el inicio de investigación encubierta venga marcado por las siguientes vicisitudes en la preceptiva autorización fiscal sobre la prueba resultante. En ese sentido, la filtración practicada, en todo momento, sin contar con la obligada autorización

fiscal inicial; la infiltración ejecutada en un primer momento con autorización fiscal, pero desarrollada en un segundo momento, tras el agotamiento del plazo de duración establecido por el fiscal sin autorización de concesión de prórroga; la autorización fiscal inicial conferida sin respeto a las exigencias dimanantes del principio de prohibición de exceso y ausente de una motivación suficiente, da lugar a la exclusión de lo obtenido por ilegítimo.

Primer aspecto problemático: ¿Qué sucede si el Ministerio Público autoriza una investigación encubierta y tras el obligado control judicial –por tratarse de investigación que pueda vulnerar derechos fundamentales, que sobrevino con posterioridad– la autoridad penal decide revocar la infiltración permitida por el fiscal? En primer lugar, es de señalar que el fiscal es quien puede autorizar a miembros de la PNP mediante disposición a actuar como agente encubierto (artículo 340.1 CPP). Sin embargo, cuando se limitan derechos fundamentales se necesita la autorización del juez (artículo 340.5 CPP), por lo que su obtención, igualmente, es ilegítima.

B. Violación del domicilio

La información lograda en virtud del agente encubierto en un lugar privado o domicilio *ex constitutione*, sin contar con autorización judicial o sin concurrir flagrancia delictiva, pero con la autorización del delincuente, no presenta problemas en tanto el legislador reguló expresamente el engaño de la infiltración como título legitimador del consentimiento viciado del titular para entrar en un domicilio.

2.5.3. Testimonial del agente encubierto

La normativa procesal de la infiltración no modifica, en modo alguno, las reglas generales sobre la aportación y valoración de la declaración testifical en el acto oral. La declaración del agente no ratificado, en forma alguna, en el juicio oral, tiene el valor de una denuncia y, por tanto, no constituye un medio de prueba sino, un objeto de la actividad probatoria. Los hechos de conocimiento propio del agente han de ser aportados al juicio oral mediante la prueba testifical. En cualquier caso, la prueba para poder recibir la valoración del Tribunal han de practicarse en juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción e igualdad [Gómez De Liaño].

2.6. Problemas probatorios

2.6.1. Efectos probatorios

La circulación y entrega vigilada de bienes de origen delictivo constituye una diligencia de investigación sumarial limitativa de derechos fundamentales, que participa, en su caso, de la naturaleza jurídico-procesal de acto de aseguramiento de la prueba apto para enervar la presunción de inocencia en el juicio oral, en tanto en su adopción y en su práctica vengan plenamente satisfechas las exigencias legales y constitucionales al respecto.

2.6.2. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial

En principio, las diligencias policiales previas al proceso recogidas en los informes policiales carecen de valor probatorio. Sin embargo, esta regla ha recibido matizaciones en relación con determinadas situaciones contenidas en el informe policial que, en relación a las exigencias de la prueba preconstituida constituyen una fuente de datos objetivos e irrepetibles.

2.6.3. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación

La corrección de la actuación de la autoridad policial, junto con la observancia del resto de exigencias formales materiales y objetivas, convierte el acto de aseguramiento de la fuente de prueba en un supuesto de prueba preconstituida, sobre la cual el juez puede extender su absoluto conocimiento en la fundamentación de la sentencia.

2.6.4. Identificación y recogida del cuerpo del delito

La correcta actuación policial en la identificación y ocupación del cuerpo del delito preconstituye prueba sobre el delito, que precisará de la lectura del acta en el juicio oral. Ergo, cuando la PNP certifica el contenido ilícito de las remesas en el informe policial preconstituye el hecho objetivo del delito, pero resulta necesaria la ratificación y declaración testifical en el acto oral, si se le cuestiona.

2.6.5. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida

La circulación y entrega vigilada configurará un acto de aseguramiento de la prueba que enerva la presunción de inocencia, no solo cuando se cumpla los requisitos de prueba preconstituida sino también en la disposición de la

operación fueran observadas las exigencias legales. Los resultados de la circulación y entrega vigilada han de quedar excluidos de la apreciación en la sentencia cuando la operación integre una prueba prohibida. Aun cuando resulta factible que la diligencia de circulación vigilada conduzca a la adopción de otros medios de investigación, en verdad, la práctica acredita lo contrario. Normalmente, la disposición de una entrega controlada encuentra su razón de ser en la información obtenida a través de otras diligencias de investigación.

Si bien es cierto que el supuesto de hecho del cual parte la prueba prohibida en la circulación vigilada es frontalmente opuesto al caso de la prueba prohibida en materia de agentes encubiertos, no lo es menos que la teoría refleja que residenció los efectos de la prueba prohibida en el ámbito de los agentes encubiertos, también ha de imperar, en el ámbito de la circulación y entrega vigilada, como en cualquier otro análisis de la extensión de los efectos de la prueba prohibida.

3. La circulación y entrega vigilada

3.1. Definición

Es una medida o técnica concebida inicialmente para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas (Convención de Viena de 20-12-88) y, luego, extendida a otros delitos graves, de carácter organizado, destinada a perseguirlos con eficacia. Por esta medida se permite, conforme al artículo 340.1 CPP, que los bienes delictivos o remesas sigan su curso criminal sin que la autoridad intervenga, a pesar de conocer que el delito está teniendo lugar, hasta un momento ulterior con la finalidad de detener y desarticular el mayor número de los elementos integrantes de la organización delictiva (STSE de 20-03-96).

Lo que se pretende es que una serie de bienes delictivos, que en principio debían ser de inmediato intervenidos y detenidos quienes los tuvieran en su poder, circulen por territorio peruano o salgan o entre en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a los expresamente fijados por la ley, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines. La intencionalidad legal es, entonces, simple: legitimar el seguimiento policial controlado de los bienes delictivos, para localizar su origen y destino y, con ello, a los responsables de las redes de producción o distribución [Montón Redondo]. El entendido es que el Estado tiene facultad para vigilar, acechar y espiar lo que hacen los enemigos de la sociedad [Peña Cabrera].

En la doctrina se distingue hasta tres tipos de entrega vigilada: **(i)** entrega vigilada con sustitución o limpia, en donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares pero inocuos o lícitos; **(ii)** entrega vigilada interna que tiene lugar cuando la información sobre la remisión de especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de las mismas; y, **(iii)** la entrega vigilada externa que se produce en los casos sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recepcionada o producida por las autoridades del Estado en donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal debe transitar hacia su lugar de destino.

Esta medida, entonces, debe ser considerada, en lo inmediato, como una exención de la obligación que incumbe a las autoridades policiales y fiscales de denunciar y perseguir los delitos presuntamente cometidos de los que tengan conocimiento. Además, tiene una finalidad indagatoria de modo inmediato y, también, de carácter probatoria en lo mediato por cuanto permite la adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba a valorar por el juez una vez incorporadas debidamente al proceso [LÓPEZ YAGÜES].

3.2. Objeto

Se extiende a las remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos. Según el apdo. 4 del artículo 340 del CPP, los bienes delictivos son drogas tóxicas y demás sustancias prohibidas, materias primas o insumos destinados a su elaboración, bienes y ganancias en el delito de lavado de activos, bienes relativos a los delitos aduaneros, y bienes, materiales, objetos y especies referentes a los delitos de extracción de bienes culturales, especies de la flora o fauna protegidas y de especies acuáticas, delitos monetarios, y de armas y explosivos.

3.3. Procedimiento

Esta medida la puede adoptar el fiscal, a cuyo efecto emitirá una Disposición –la decisión debe ser específica de su objeto y finalidad–. Para su adopción rige el principio de proporcionalidad, debe tenerse en cuenta su necesidad o relevancia a los fines de la investigación en relación con las características del bien delictivo de que se trate, la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia. Se trata de descubrir un delito cometido por una organización criminal, que se encuentra fuera del conocimiento de las autoridades.

3.4. Envíos postales

Cuando el bien delictivo se encuentre en envíos postales, el apdo. 3 del citado artículo 340 CPP estipula que la apertura o la sustitución de su contenido deberá realizarse respetándose las garantías judiciales –señaladamente, de previa orden judicial– (STCE 329/2004), excepto el requisito de la presencia del interesado –por razones obvias de eficacia de la entrega vigilada–. La intervención postal es aquella medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones postales decretada normalmente contra un investigado –emisor o receptor de la comunicación– [Guerrero Peralta].

El acto de apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta la culminación de las diligencias preliminares, pero puede prolongarse por quince días luego de formalizada la investigación preparatoria.

La aplicación de semejante procedimiento es legalmente adecuado e incluso imprescindible para el efectivo descubrimiento del autor de la infracción, que, de otro modo, sería muy difícil hacerlo (STSE 2114/2002, de 18 de diciembre).

4. Las operaciones encubiertas

4.1. Definición

La Ley n.° 30077, de 20-08-13, incorporó las denominadas operaciones encubiertas como un nuevo acto de investigación especial en el ámbito de la criminalidad organizada, el delito de trata de personas y contra la administración pública previsto en los artículos 382 al 401 del CP. El artículo 341-A CPP identifica este acto de investigación especial como propio de la subfase de diligencias preliminares, destinado a las tareas de identificación de personas naturales y jurídicas, de bienes y de actividades, en todos los casos, referidos o vinculados a la criminalidad organizada. Ese es su objeto.

Como se trata de un acto de investigación restrictivo de la garantía-derecho fundamental de defensa procesal, pues se realiza sin el conocimiento de los investigados, requiere que la Policía Nacional –que es el órgano ejecutor– sea autorizada, mediante una Disposición fundada, por el Ministerio Público.

Las actividades de averiguación policial importan, de un lado, la denominada protección legal –esto es, seguridad o custodia velada o subrepticia, de modo tal que no sea posible su identificación– de personas jurídicas, bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, al punto de

requerir su sustitución; y, de otro lado, la creaciónespecífica, por parte del fiscal, de personas jurídicas ficticias y la modificación de personas jurídicas ya existentes, siempre en este último caso, como es obvio, que no afecten a terceros titulares de las mismas. Asimismo, puede autorizar que personas naturales encubiertas puedan particpar en los procesos de selección, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado. Se trataría, entonces, de personas jurídicas ya creadas o sin funcionamiento u operatividad real y de personas jurídicas artificiales o simuladas, para que intervengan en el tráfico jurídico y, de ese modo, puedan permitir que se conozca las actividades de otras personas jurídicas, las ocupaciones o funciones de individuos, los bienes comprometidos en su lógica delictiva y su modus operandi, al punto que incluso realicen contratos o negocios jurídicos con dichas personas morales o naturales para desentrañar la criminalidad de su conducta. Se trata, pues, de un acto de investigación indirecto. Por su intermedio, restringiendo el derecho de defensa y, parcial o limitadamente, el derecho de propiedad, se busca conocer la trama organizativa y funcional de concretas actividades delictivas del crimen organizado.

Estas diligencias preliminares requieren que el juez penal confirme lo actuado. Esta resolución es impugnable.

4.2. Procedimiento

El fiscal es el órgano facultado para disponer la realización de operaciones encubiertas; mientras que la Policía, el organismo calificado para su ejecución, sin que ello signifique la necesidad de las labores de superintendencia del Ministerio Público, pero no el reemplazo o marginación de la Policía. La ley fija competencias específicas que no pueden ser alteradas por el fiscal instructor.

La Fiscalía debe emitir una Disposición, con arreglo al artículo 122.2 CPP, pues al importar esta diligencia una restricción de una garantía-derecho fundamental se necesita de la respectiva motivación y su acomodación a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad. La Ley hace mención a la exigencia de indicios de criminalidad o de sospecha fundada –en el sentido de que existan algunos datos concretos que revelen la posibilidad cierta de la existencia de la comisión de delitos alrededor de la criminalidad organizada–; y, como matriz imperativa de la afectación de un derecho fundamental, la medida se fundamentará –desde el principio de proporcionalidad– en la satisfacción de los subprincipios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, en los ámbitos de una investigación correctamente iniciada y desarrollada por la Fiscalía y la Policía.

La autorización materia de la Disposición Fiscal debe inscribirse en un registro especial, conforme a lo estipulado y siguiendo lo consignado, en lo pertinente, en el apdo. 2 del artículo 341 CPP. Los resultados de la operación encubierta no se agregan al expediente principal, sino en un "cuaderno secreto" –cuyas pautas deben reglamentarse por el fiscal de la Nación, pero ciertamente se agregarán los informes policiales respectivos, las actas levantadas y los hallazgos e incidencias producidas–, al que solo tendrán acceso los fiscales y los jueces competentes para el caso en concreto.

4.3. Valoración

La eficacia procesal del resultado de una Operación Encubierta está condicionada, primero, a la estricta legalidad del procedimiento jurídico de autorización –motivación de la Disposición autoritativa y precisión de los actos encubiertos autorizados–; y, segundo, a que en su ejecución no se afecten derechos que requieran de una autorización judicial expresa y no se lleven a cabo actuaciones no autorizadas. Si las fuentes de prueba son de obtención legítima –el hallazgo resultante de las diligencias encubiertas–, el elemento de prueba obtenido puede ser valorado libremente por el órgano jurisdiccional, y por ende constituir fundamento para una sentencia. Su exacto valor o peso, desde luego, estará en función a la información obtenida, a su calidad y a la pertinencia y relación con las demás pruebas de cargo.

VIII. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. El plazo

El artículo 342 CPP establece un plazo ordinario común perentorio, para la conclusión de la investigación: ciento veinte días naturales. El *dies a quo*, o inicio del cómputo del plazo, se cuenta a partir de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, lo que es así porque la sub fase de diligencias preliminares tiene su propio plazo y está sujeto a variadas contingencias (Sentencia Casatoria n.° 2-2008/La Libertad, de 03-06-08). La prórroga es posible, hasta por sesenta días naturales –plazo prorrogado–, siempre que se presenten causas justificadas. Estas tienen que ver con las dificultades de las investigaciones, como sería la demora en la realización de un determinado acto de investigación: pericia compleja, incomparecencia de un órgano de investigación o ausencia momentánea a la citación fiscal, etc. La prórroga requiere de una Disposición Fiscal (artículo 122.2 CPP).

El apdo. 2 del artículo 342 CPP reconoce un plazo ordinario especial, radicado en las investigaciones complejas, de ocho meses, salvo el caso de delincuencia organizada en que el plazo es de treinta y seis meses. Asimismo, la prórroga –plazo prorrogado–, por un plazo igual, está condicionada a las mismas causas justificadas indicadas en el apdo. 1 del referido artículo. El fiscal, entonces, debe explicitar con todo rigor las razones del plazo que fija [PEÑA CABRERA-FREYRE].

2. El proceso complejo

El apdo. 3 del artículo 342 CPP define lo que es un proceso complejo. La citada norma identifica ocho supuestos: **1.** Actuación de una cantidad significativa de actos de investigación. **2.** Investigación de numerosos delitos. **3.** Incorporación en la causa de una gran cantidad de imputados o agraviados. **4.** Indagación de imputados integrantes o colaboradores de organizaciones criminales. **5.** Elaboración de pericias que importan revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos. **6.** Ejecución de gestiones procesales fuera del país. **7.** Revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. **8.** Investigación de la delincuencia organizada.

Sin duda, se trata de una relación de circunstancias, cuya interpretación debe ser teleológica, por lo que el presupuesto necesario para su configuración jurídica estriba en que la especial dificultad y objetiva complejidad de las actuaciones debe ser real. Un acto de investigación, en concreto, será complejo si su actuación requiere una variada y difícil realización de actos sucesivos de carácter previo o coetáneo.

3. La determinación del plazo

En tanto el señorío de la investigación corresponde al Ministerio Público, el fiscal del caso es quien define el momento de su conclusión. Lo hará cuando considere que la investigación preparatoria ha cumplido su objeto, esto es, si se han llevado a cabo las actuaciones necesarias para poder decidir si pide el sobreseimiento o si formula acusación (artículo 343.1 CPP). La fijación o determinación de un plazo concreto es solo el límite objetivo de carácter temporal de duración de la investigación. En consecuencia, es posible, si el fiscal considera que ya no tiene otras diligencias que realizar, las dé por conclusas antes del vencimiento del plazo.

En todo caso, a los efectos de la razonabilidad del plazo de la investigación se ha de tener presente dos baremos: **1)** que el fiscal pueda alcanzar los objetivos

previstos en el artículo 321.1 CPP; y, 2) que los derechos del imputado –incluso de las demás partes procesales– no sean afectados irrazonablemente [Peña Cabrera-Freyre]. El Tribunal Constitucional, por lo demás, ha señalado los criterios que, en su día, el TEDH fijó: 1. gravedad y clase o naturaleza del delito imputado; 2. características del hecho objeto de investigación; 3. dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento; y, 4. actitud del fiscal y del encausado, esto es, diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado (STC 7624-2005-PAC/TC).

4. La intervención del juez de la investigación preparatoria

Si vencido el plazo respectivo el fiscal no dicta la providencia de conclusión de la investigación, entonces cualquiera de las partes, motivadamente, puede instar su cierre ante el juez de la investigación preparatoria. El juez, a estos efectos, luego de cumplir el trámite previsto en el apdo. 2 del artículo 8 CPP: recabar información al fiscal acerca de los sujetos procesales personales, y formular el juicio de admisibilidad correspondiente, citará al Fiscal y a las demás partes a una "audiencia de control del plazo". El fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal (artículo 8.3 CPP). Escuchadas las partes, por su orden, y revisadas las actuaciones fiscales, el juez de la investigación preparatoria dictará el auto correspondiente.

El juez puede estimar o desestimar, motivadamente, la solicitud de las partes privadas. Si estima la petición, ordenará al fiscal que en el plazo de diez días se pronuncie formulando acusación o solicitando el sobreseimiento. El incumplimiento del fiscal a cumplir el mandato judicial acarrea responsabilidad disciplinaria: es un plazo impropio, que no determina caducidad alguna. La Ley no se ha puesto en el caso de una persistencia en el incumplimiento; no tiene, como el modelo chileno, la posibilidad de dictar el sobreseimiento de la causa.

5. Investigación preparatoria y control del plazo

5.1. Aspectos generales

Es de partir de unos conceptos iniciales. En primer lugar, los actos procesales constituyen el elemento objetivo del proceso –que significa sucesión y continuidad–. De un lado, se entiende que el conjunto organizado de actos integra la actividad procesal, que está gobernada por reglas técnicas. De otro lado, se reconoce que los actos procesales son realizados por cada uno de los sujetos

en el proceso y son manifestaciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos en él [QUINTERO/PRIETO].

En segundo lugar, el acto procesal, consistiendo en un comportamiento voluntario humano con influencia sobre el proceso –a cuya constitución puede, incluso preceder–, presenta un aspecto formal, que es objeto de un conjunto de disposiciones. Así las cosas, el acto procesal debe encuadrarse dentro de los límites de tiempo y de lugar, y debe asumir un hábito externo idóneo para hacerlo conseguir los efectos a que tiende. El conjunto de estas condiciones que el ordenamiento pone para el cumplimiento de los actos procesales, constituye la forma del acto [LEONE].

En tercer lugar, el proceso penal, como cualquier otro, ocupa un espacio en el curso del tiempo. La sucesión de actos que él implica, encadenados los unos con los otros, cubre una sumatoria total que hace a la duración que se asigna para todo el proceso. Este tiempo total de duración del proceso se enlaza y funda con la demanda de terminación razonable de éste, conforme con los graves intereses que el juicio penal compromete [MORAS MOM]. En las nomenclaturas modernas processo designa toda la secuencia judicial acerca de determinado acto; es una voz metafórica, con sentido traslaticio; los actos componen series definidas por las relaciones anterior y posterior: varias normas cuantifican los intervalos, y los plazos y términos son la respectiva medida [CORDERO].

Existe, por consiguiente, una triple relación del proceso con el tiempo: en primer lugar, el tiempo es el marco de la actividad procesal; en segundo lugar, es su ordenador; y, en tercer lugar, constituye una condición formal [ALZAMORA VALDEZ].

La determinación temporal del acto procesal depende de una exigencia de organicidad de las actividades procesales, que tiende a asegurar una actuación de la justicia rápida, pero también ordenad, y a reafirmar el sentido de confianza en la función de la justicia [LEONE].

En esta perspectiva el Título II "Los Plazos" de la Sección I "Preceptos Generales" del Libro II "Actividad Procesal" del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– (artículos 142/148) reconoce, por lo menos, tres notas características del régimen jurídico de los plazos de las actuaciones procesales en lo que respecta al factor tiempo, al orden lógico de las cosas, a su coordinación temporal. Son las siguientes:

Primera, la realización de las actuaciones procesales, sin dilación, dentro del día y hora precisados. Se computan según el calendario común. Es obvio que si los plazos son por meses y años se computan de fecha a fecha [Garberí Llobregat].

Segunda, los plazos fijados en días no incluyen días inhábiles, salvo el caso de las medidas coercitivas personales. Si en este supuesto (medidas coercitivas personales) el plazo vence en día inhábil, se prorroga de pleno derecho al día siguiente hábil.

Tercera, el vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la ley permita la prórroga –es la nota de improrrogabilidad, que genera como efecto la preclusión o imposibilidad de práctica posterior del acto no realizado en tiempo oportuno–. La caducidad, empero, no se extiende a aquellos plazos que sólo tienen como fin regular la actividad de los fiscales y jueces. Se trata de "plazos impropios", cuya inobservancia solo acarrea responsabilidad disciplinaria –así lo estableció la Corte Suprema para el caso de los plazos del procedimiento de investigación: Sentencia Casatoria 54-2009/La Libertad, de 20-7-2010–.

Íntima relación con el tiempo de las actuaciones procesales –vinculada a términos y plazos– no solo tiene la institución de la preclusión –relacionada, como efecto con la caducidad y con la invalidez del acto–, sino también la institución de prórroga de los plazos –concesión de nuevos plazos– y, finalmente, la cosa juzgada. La prórroga del plazo, conocida también como dispensa del plazo, tiene por fin atemperar la inexorabilidad de los plazos perentorios; es un correctivo que autoriza al fiscal o juez ordenar la práctica de aquellas actuaciones omitidas y que el estado de la investigación aconseje [Florián].

El Código Procesal Civil –en adelante, CPC–, en su artículo 144 "actuación diferida", aplicable al procedimiento penal –en tanto conjunto de actos que se suceden en el tiempo y se anteponen unos a otros [Moreno/Cortes]– por imperio de su Primera Disposición Complementaria, expresamente autoriza al juez, en los casos de actuaciones procesales que requieran más tiempo del plazo previsto, a suspenderlas para su continuación al siguiente día hábil o cuando el juez lo fije, lo que debe hacerse constar en acta. Esta regla es útil, por ejemplo, en el caso de audiencias preparatorias y preliminares que, por su propia complejidad, demande un tiempo de realización más extenso del legalmente previsto.

En suma, la eficacia del acto procesal depende que sea actuado en momento oportuno y la ley reglamenta el tiempo fijando límites a la actividad de los sujetos [Quintero/Prieto].

Es de distinguir dos conceptos: término y plazo. En ambos casos se trata de requisitos de tiempo que han de observarse para la válida realización de las actuaciones procesales –todos y cada uno de los actos del proceso–. Su función es, primero, regular el impulso procesal a fin de hacer efectiva la preclusión de las distintas etapas del proceso que permiten su desarrollo progresivo; y, segundo, defender los derechos de los litigantes, evitando que éstos puedan resultar víctimas de las astucias de la parte contraria o de arbitrariedades de la autoridad [ALSINA]. A final de cuentas, el valor seguridad jurídica y la garantía de tutela jurisdicción (artículo 139.3 Const.) informan los tiempos procesales, su régimen jurídico.

La voz "término" está referida a la concreta fecha en la que debe tener lugar un acto procesal. Identifica un concreto momento de ejecución de una determinada actuación procesal. Vale decir, determinaciones de tiempo para un momento fijado anteriormente.

En cambio, la voz "plazo" se circunscribe a un momento o fecha cualquiera de los muchos incluidos en un periodo de tiempo que se delimita al efecto. El acto procesal se practica dentro de un espacio o lapso temporal fijado para su posible desarrollo, a partir de la indicación de su fecha de inicio (*dies ad quo*), en que ha de iniciarse el cómputo, y de finalización (*dies ad quem*), a partir del cual el plazo ha de entenderse agotado [ASENCIO MELLADO]. Es, pues, el espacio de tiempo dentro del cual debe ejecutarse un acto procesal.

Respecto de los plazos de duración del proceso, en función a las etapas procesales, el CPP solo fija un plazo general para la etapa de investigación preparatoria. El Código ha renunciado a fijar un plazo general de duración del proceso penal o, por lo menos, del proceso penal declarativo de condena en primera instancia. Los demás plazos se refieren a concretas actuaciones procesales o serie de actos dentro de cada etapa. El plazo legal, por lo demás, evita la manipulación del sistema de justicia penal –el decisionismo y la arbitrariedad– acerca de la duración del proceso, al establecer un límite absoluto al ejercicio de la acción penal [ALARCÓN MENÉNDEZ].

La etapa de "investigación preparatoria", definida en el artículo 321 CPP, puede dividirse en dos períodos: **(i)** diligencias preliminares –que la puede realizar la Policía o el Ministerio Público (artículo 330.1 CPP)–; y, **(ii)** investigación preparatoria formalizada. Si bien la investigación preparatoria, como institución procesal básica, siempre es necesaria, pues una persona antes de ser acusada debe haber sido investigada y tenido la oportunidad de defenderse, incluso solicitando la realización, interviniendo en todos los que se realicen y, finalmente, alegar sobre

ellos –nuestro Código adoptó la modalidad de "investigación participativa"–; lo cierto es que, en determinados supuestos, puede faltar alguna de ellas. En el primer caso, cuando la denuncia que se presentó al Fiscal está escoltada de información razonable sobre el caso –por su contenido es posible hacer un juicio de "sospecha reveladora"– (artículo 336.1 CPP); y, en el segundo caso, cuando las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión –es la denominada "acusación directa", que parte de la noción de "sospecha suficiente"– (concordancia de los artículos 336.4 y 344.1 CPP).

Estas dos realidades procesales (diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada) están sujetas a plazos específicos para cada una de ellas, aunque, como apunta el artículo 337.2 CPP, se conciben unitariamente, pues lo central de ambas: realizar actuaciones de investigación y medidas de aseguramiento, están sujetas a una misma regulación.

El artículo 334.2 CPP estipula que el plazo de las "diligencias preliminares" es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. Empero, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación –la propia ley autoriza el ejercicio de la discrecionalidad, que estando reconocida por la ley no importa arbitrariedad ni ilegalidad alguna–.

El artículo 342 CPP regula el plazo de la "investigación preparatoria formalizada". Los plazos son variables en función a las características de la investigación preparatoria. Se reconocen plazos ordinarios y plazos prorrogados.

1. El plazo ordinario es de ciento veinte días naturales para las investigaciones simples; es de ocho meses para las investigaciones complejas; y, es de treinta y seis meses para las investigaciones contra integrantes de organizaciones criminales.

2. El plazo prorrogado es de hasta sesenta días naturales para las investigaciones simples; y por un plazo igual para las investigaciones complejas y contra integrantes de organizaciones criminales: hasta ocho meses para el primer caso y hasta treinta y seis meses hasta el segundo caso.

En ambos tipos de plazos, de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria formalizada, el CPP introdujo el régimen de su control judicial en aras de afirmar la celeridad procesal y la interdicción de las dilaciones indebidas, que integran la garantía genérica del debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución –en adelante, Const.–).

El artículo 334.2 (tercera, cuarta y quinta oraciones) CPP, estipula que cualesquiera de las partes que se considera afectada por la duración excesiva de las diligencias preliminares y el fiscal no les pone término, acudirá el Juez de la Investigación Preparatoria para que, previa audiencia, decida sobre el particular y, en su caso, les ponga fin.

El artículo 343. 2 y 3, CPP establece que si vencidos los plazos el Fiscal no da por concluida la investigación preparatoria formalizada, la parte procesal afectada podrá acudir al juez pidiéndole declare su finalización, quien previa audiencia dictará la resolución que corresponda.

5.2. Plazo de las Diligencias Preliminares

La concordancia de los artículos 329.1, 330. 1 y 2, 334.2 y 337.2 CPP configuran lo que se denomina "régimen jurídico de las diligencias preliminares". Estos preceptos contienen, en lo que nos ocupa, unas reglas expresas en materia de plazos y su control. Para entenderlas, empero, cabe hacer mención a lo que se denomina "naturaleza jurídica" de las diligencias preliminares, cuya fuente es el anterior Código de Procedimiento Penal Colombiano y el artículo 94.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Conforme al artículo 330.2 CPP su "[...] *finalidad inmediata es realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente*" [el subrayado es nuestro].

Las diligencias preliminares se decretan si falta concretar la sospecha de la comisión de un hecho presuntamente delictivo, tanto respecto de su objetividad típica cuanto de la intervención de los sujetos activos y pasivos del presunto delito, sin perjuicio de realizar actos de aseguramiento de las fuentes de investigación física o material y de las personas involucradas en su comisión. La "concreción" significa **(i)** la obtención –conseguir u ocupar– de fuentes de investigación (cosas y personas), y **(ii)** la realización –efectuar, llevar a cabo o ejecutar– de medios de investigación precisos para comprobar, con cierto nivel de solvencia, los hechos acaecidos e identificar a los participantes en ellos (no solo imputados y agraviados, sino también testigos y peritos, así como otras fuentes de información). Se trata de la obtención y comprobación de lo más esencial y seguro de lo que pretende esclarecerse.

Pero, en tanto se trata de un período singular dentro de la etapa de investigación preparatoria, las diligencias preliminares no están destinadas a realizar todo tipo de actos de investigación o de aseguramiento. Solo pueden realizarse actos urgentes o inaplazables. El juicio de urgencia, desde sus propios términos, está relacionado con la temporalidad en la actuación de los actos que deban llevarse a cabo; no de otro modo puede interpretarse, pues de lo contrario se desnaturalizaría su esencia.

Lo primero, lo urgente, significa que debe tratarse de una actuación (obtención de fuentes de investigación o ejecución de medios de investigación) que debe realizarse de modo apremiante o prontamente. Es aquello que no puede esperar desde las exigencias del caso concreto y resulta patente su inmediata ejecución o actuación por no requerir el cumplimiento previo de alguna exigencia legal o situacional.

Lo segundo, lo inaplazable denota lo que no se puede postergar o diferir. Debe hacerse ya, pues su no actuación inmediata genera el riesgo de que esa diligencia pueda perderse o que no consiga el efecto deseado [véase: DRAE].

Lo determinante, entonces, es la cualidad temporal de las concretas actuaciones procesales que ha de llevar a cabo el Fiscal. Las referidas actuaciones, una vez identificadas, han de demandar su realización inmediata o pronta, sin dilaciones. El acto de obtención de fuentes de investigación o de ejecución de medios de investigación debe tener entidad suficiente para concretar, en su día, una sospecha reveladora del delito y sus participantes (artículo 336.1 CPP: para posibilitar la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria).

Así las cosas, las diligencias preliminares si bien pueden constituir medios válidos de investigación, y, como tal, este procedimiento de investigación preliminar está reglado puntualmente, únicamente tiene por objeto determinar si procede la incoación de proceso [Calderón-Choclán]. Se trata, en suma, de una investigación inicial ante la *notitia criminis*; comprende las primeras declaraciones, actuaciones investigativas y aseguramiento de las primeras fuentes de investigación –no elementos de prueba, que se refiere al resultado de los medios de prueba, al aporte que contiene– [Sánchez Velarde].

Lo urgente o inaplazable de las actuaciones procesales en sede de diligencias preliminares, vinculadas al tiempo en que han de ejecutarse y a la necesidad de su obtención o realización, explicaría, de un lado, la brevedad y unicidad del plazo: solo sesenta días (artículo 334.2 CPP) –sin perjuicio de que el plazo se flexibiliza,

sin tiempo fijo, ante investigaciones con cierto nivel de complejidad–; y, de otro lado, la no previsión expresa de plazos de prórroga.

Se trata de decidir si se inculpa formalmente o no a una persona, no si se le debe acusar, es decir, concretar cargos para su enjuiciamiento, de suerte que solo se requiere sospecha reveladora, no sospecha suficiente, que es una exigencia de mayor conocimiento y convencimiento.

Este, sin embargo, no ha sido el criterio adoptado por la Sentencia Casatoria 528-2018/Nacional, de 11-10-2018. En esta oportunidad la Corte Suprema señaló que la interpretación de lo urgente e inaplazable no puede limitarse a una interpretación temporal sobre su actuación, pues existen determinadas actuaciones que no pueden realizarse en un breve periodo de tiempo (Fundamento Jurídico Sexto). Tal interpretación, empero, rebasa los alcances del enunciado legal, pues la pertinencia de los actos de investigación en sede preliminar está condicionada a que se trate de actos urgentes o inaplazables; y, su definición –dentro del sentido literal posible del precepto– no puede desconocer este mandato normativo, lo que, por lo demás, es compatible con la naturaleza jurídica y objeto del procedimiento de investigación preliminar.

Es cierto que existen actos de investigación complejos y que demandan un tiempo de ejecución considerable, que eventualmente puede rebasar los fijados para tal procedimiento investigativo. Sin embargo, la razonabilidad del plazo exige que lo más complejo debe concluir durante el procedimiento de investigación preparatoria formalizado, tanto más si para formular una inculpación formal solo se requiere sospecha reveladora, no sospecha suficiente, menos alta probabilidad de condena.

De otro lado, es de preguntarse si cabe un plazo de prórroga en las diligencias preliminares. Una primera interpretación, estricta sin duda, es que no es posible, porque la ley no lo permite, pese a que en otras muchas instituciones procesales asociadas a plazos de duración, en especial en el caso de la investigación preparatoria formalizada, sí lo autoriza expresamente. Una segunda interpretación, que intentaría compatibilizar la investigación con las necesidades de su prórroga autorizada en el caso de la investigación preparatoria formalizada y, asimismo, para evitar procesamientos indebidos o, por el contrario, la impunidad, en función a la carga procesal y a las dificultades objetivas de las actuaciones que han de realizarse, considera que, en vía supletoria, es posible hacerlo acudiendo a otros preceptos del ordenamiento procesal.

Es de reconocer que el principio de legalidad procesal es un derecho que integra la garantía del debido proceso [SAN MARTÍN CASTRO]. Nuestro CPP adoptó

el principio de legalidad de las formas. El CPP, en su artículo 334.2, no prevé taxativamente plazos de prórroga, pese a que en varias instituciones similares sí los incluyó. La prórroga del plazo solo procede por autorización legal expresa (artículo 144.1 CPP). La observancia de los plazos para fiscales y jueces ha de ser rigurosa (artículo 144.2 CPP).

Ahora bien, la realidad impone soluciones creativas a los fiscales y jueces. Para ello, es posible acudir al artículo 145 CPP, que instituye lo que se denomina "reposición del plazo". Entre otros supuestos, procede cuando se presentan "[...] *factores de fuerza mayor o de caso fortuito* [haya] *impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad prevista en su favor, podrá obtener la reposición íntegra del plazo, con el fin de realizar el acto omitido* [...]". Se puede disponer de oficio o a pedido de parte, y la ausencia de culpa es lo determinante para su aceptación [Volks].

Es claro que la negligencia del Fiscal no se tipifica como fuerza mayor o caso fortuito, ni tampoco la complejidad misma de la investigación –en este caso la propia ley autoriza al Fiscal fijar un plazo judicial, más allá de los sesenta días–, salvo que luego, en el curso de las actuaciones, surjan circunstancias de especial dificultad imprevisibles en un primer momento. Debe estarse ante una circunstancia natural o física (catástrofes, terremotos, inundaciones) o social o institucional (huelgas, asonadas, interrupción de servicios públicos esenciales) o ante la no realización de concretas actuaciones procesales por una situación o defecto imprevisible, no imputable al fiscal –se entiende que las diligencias de cooperación judicial internacional, por su propia naturaleza, no pueden calificarse de urgentes o inaplazables dado que por lo general su tiempo de ejecución es muy extenso: no son propias de las diligencias preliminares–. Estos factores, determinantes de la reposición del plazo, quedan libradas al criterio del fiscal o, en su caso, del juez [Alsina].

Por lo demás, no cabe una segunda prórroga o reposición del plazo. Éste debe ser inferior al fijado anteriormente y, como consecuencia del tiempo transcurrido, debe replantearse, justificadamente, lo que se requiere que realizar con urgencia. Al finalizar el plazo, con su actuación o sin ella –de las diligencias ordenadas y no actuadas–, el Fiscal debe decidir si archiva las actuaciones o si dicta la disposición de continuación y formalización de las investigaciones procesales. Es de tener presente, por lo demás, que si se archivan las actuaciones porque no se pudo conseguir indicios de criminalidad, eventualmente, ante nuevos aportes investigativos o ante la constatación de un procedimiento de investigación indebido, puede reabrirse la investigación por orden del Fiscal Superior (artículo 335.2 CPP).

El artículo 334.2, segunda oración, CPP, reconoce un plazo distinto al seguido para las investigaciones simples: el plazo para las investigaciones complejas. En estos casos prescribe que: "[...] *el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación*". Se trata de un plazo judicial que, por su propia naturaleza, no tiene indicado en la ley un tiempo máximo. Sin duda, por el tipo de actos de obtención de fuentes de prueba y de medios de investigación que pueden realizarse en este período, no cabe que el plazo se homologue al de una investigación preparatoria formalizada. El plazo de prórroga siempre ha de ser menos extenso en el tiempo.

Los baremos de apreciación para la determinación del plazo son tres: **(i)** características del hecho investigado; **(ii)** complejidad de la investigación; y, **(iii)** circunstancias específicas del caso (artículo 334.2, segunda oración, CPP).

Como es patente, cada delito tiene sus propias características y la criminalística aplicada ha generado protocolos específicos para su dilucidación inmediata. No es lo mismo un delito de lesiones u homicidio que uno de lavado de activos, o un delito de organización criminal que uno de desobediencia a la autoridad, o un delito de corrupción que uno de rebelión o de terrorismo. Depende **(i)** del número de hechos presuntamente cometidos, **(ii)** de la cantidad personas involucradas (intervinientes, agraviados, testigos, peritos), **(iii)** de la vinculación entre estas últimas, **(iv)** de cómo se presente el caso en función a los participantes procesales –colaboración o posiciones de contradicción de los involucrados– y al rol que les corresponda, **(v)** de qué problemas para su esclarecimiento puedan advertirse desde un principio, **(vi)** de los recursos o logística que demanden su gestión y la recolección de información, **(vii)** de la existencia de que se cuenta o no con una especialización o un bagaje experimental en su comprobación en casos similares, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás Altas Cortes nacionales tienen criterios de apreciación parecidos para fijar la razonabilidad del plazo. Ante un cuestionamiento al mismo, siempre se tiene presente, objetivamente, los hechos en sí –su propia gravedad y naturaleza–, el caso en su específica complejidad y la propia dinámica investigativa, así como la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo; y, subjetivamente, tanto la conducta del fiscal (si actuó o no diligentemente) como la de los investigados, si estos últimos realizaron conductas de mala fe procesal o de manifiesto abuso de su derechos procesales [SCIDH Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, de 27-11-2008, párr. 155; y, STC 3778-2004-AA/TC, de 16-11-2005, párr. 21].

Uno de los roles del Juez de la Investigación Preparatoria es el de controlar la legalidad de los plazos procesales (artículo 323.2 CPP). Lo hace, en este caso, previa audiencia, según el artículo 334.2, última oración, CPP.

En vista de que el señorío absoluto de las diligencias preliminares la tiene el Fiscal, un paso previo a la parte afectada para acudir al Juez es instar al Fiscal la conclusión de las diligencias preliminares; de no responder o de denegar su petición, en el plazo de cinco días la parte procesal afectada debe presentar su solicitud de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria. La conclusión de las diligencias preparatorias que ha de demandar la parte procesal afectada se plantea cuando el plazo se agotó o cuando el plazo fijado, en los casos de designación judicial, es irrazonable.

Las reglas de la audiencia preparatoria son las estipuladas, en lo pertinente, en el artículo 8 CPP –es la regla básica en materia de audiencias preparatorias y aplicable supletoriamente en todas las audiencias que se incoen durante la etapa de investigación preparatoria–. El Juez mediante auto motivado decide al respecto. Será un auto oral cuando el Juez resuelve la solicitud inmediatamente en plena audiencia; y, será un auto escrito cuando lo hace con posterioridad a ella, supuesto en que el Juez tiene un plazo de dos días para emitirlo.

5.3. Plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada

La investigación preparatoria formalizada se inicia con la expedición de la disposición fiscal de continuación y formalización de la investigación preparatoria, la cual se comunica al Juez para su registro y determinación de su competencia funcional (véase: artículos 3 y 336 CPP). Ésta importa la promoción de la acción penal y es un acto fiscal de imputación, por el cual el investigado es objeto de una inculpación formal. Las actuaciones que pueden realizarse, en su esencia, son: **(i)** los actos de investigación previstos en el artículo 336.3 CPP, sin perjuicio de las demás advertidas en el propio Código, que incluyen actos de investigación, directos o indirectos, restrictivos como no restrictivos de derechos, con la previa autorización judicial según los casos, y tradicionales como especiales–, o de comprobación del delito y de identificación del presunto delincuente y sus circunstancias personales, de inspección o sobre la persona; **(ii)** las medidas de coerción procesal –las más intensas, desde el principio de proporcionalidad, requieren autorización judicial–; y, **(iii)** las medidas de aseguramiento de bienes (*corpus delicti* y piezas de convicción) y, en su caso, de personas.

La investigación preparatoria formalizada, tras la inculpación formal, persigue acopiar todos los elementos –de investigación o de prueba (en los casos de prueba anticipada o de prueba preconstituida, de carácter típicamente sumarial)–, de cargo o de descargo, que permitan cumplir con los presupuestos del enjuiciamiento [GIMENO SENDRA]. Como el Fiscal está sometido al principio de objetividad (conforme: artículo 61.2 CPP), debe reunir todo lo necesario para que todas las partes pueden formular sus pretensiones al finalizar la investigación e iniciarse la etapa intermedia. El juicio de inicio parte de una sospecha reveladora y procura alzar una sospecha suficiente acerca de la imputación, necesaria para la acusación y la procedencia del juicio oral.

Su naturaleza es claramente instrumental, en tanto en cuanto su finalidad esencial radica en preparar el acto del juicio oral o plenario, en el cual, bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción, el Tribunal sentenciador formará su convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. Los actos de investigación limitan su eficacia a la etapa de investigación preparatoria y, por tanto, carecen de trascendencia, en línea de principios, para producir consecuencias en el juicio oral, en el cual la comprobación del delito y de su autor se lleve a cabo mediante los actos de prueba [ASENCIO MELLADO]. Así fluye del artículo 325 CPP.

La investigación preparatoria formalizada está sometida a un plazo determinado, taxativamente definido en el artículo 342 CPP. A estos efectos, no se trata de un plazo máximo único, sino que los plazos ordinarios son tres, según las características del procedimiento de investigación. Así, **(i)** hasta ciento veinte días naturales si el procedimiento es simple, **(ii)** hasta ocho meses si el procedimiento es complejo, y **(iii)** hasta treinta y seis meses si el procedimiento se sigue contra integrantes de una organización criminal. Dentro de estos plazos, obviamente, no están comprendidos los plazos de las diligencias preliminares (Sentencia de Casación 2-2008/La Libertad, de 28-6-2008).

La definición de procedimiento de investigación simple se puede configurar negativamente; es decir, cuando no es complejo, lo que se explica en función a que el CPP incorporó una noción legal o auténtica de procedimiento de investigación complejo en el artículo 342.3. El procedimiento de investigación será complejo cuando responde indistintamente a uno de los siete supuestos que fija este precepto: **1.** Ejecución de una cantidad significativa de actos de investigación. **2.** Investigación de numerosos delitos. **3.** Presencia de una cantidad importante de imputados o agraviados. **4.** Elaboración de pericias que comportan la revisión

de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos. **5.** Realización de gestiones de carácter procesal fuera del país. **6.** Actuación de diligencias en varios distritos judiciales. 7. Revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. En este caso, se trata de una relación de circunstancias, cuya interpretación debe ser teleológica, por lo que el presupuesto necesario para su configuración jurídica estriba en que la especial dificultad y objetiva complejidad de las actuaciones debe ser real [San Martín Castro].

La modificación del artículo 342.3 CPP por la Ley 30077, de 20-8-2013, introdujo el procedimiento de investigación contra organizaciones criminales. Esa ley instituye un procedimiento penal con especialidades procedimentales. Sus artículos 2 al 4 son claves para determinar el ámbito de aplicación de este Estatuto Legal. No solo fija un concepto operativo de organización criminal a los efectos del proceso penal –no es un tipo penal, el cual está previsto en los artículos 317 y 317-B del Código Penal, conforme al Decreto Legislativo 1244, de 29-10-2016–, sino que está en función a sus integrantes, a las personas vinculadas y a las que actúan por encargo –temporal, ocasional o aislada–, siempre que los hechos atribuidos se orienten a la consecución de los objetivos de la organización criminal. Los delitos que, a partir de la organización criminal, cometan aquéllos son los indicados en el artículo 3, así como los otros delitos cometidos en concurso con los primeros y los tipos penales que contemplen como circunstancia agravante específica su comisión mediante una organización criminal.

A esta normatividad se refiere el artículo 342.2 CPP al excluir el procedimiento de investigación contra organizaciones criminales de la calificación de procedimiento de investigación complejo.

Cabe puntualizar que corresponde al Fiscal determinar desde un inicio, y reordenar cuando corresponda, qué modalidad de procedimiento de investigación sigue: simple, complejo o contra organizaciones criminales. Así fluye de la primera oración del apartado 3 del artículo 342 CPP. Este precepto si bien solo se refiere al procedimiento de investigación complejo, es obvio que existiendo tres modalidades de procedimiento de investigación preparatoria formalizada debe especificar ante qué modalidad se está en el caso concreto, lo que es indispensable para su futuro control judicial, si así lo plantea alguna de las partes procesales.

Corresponde concluir, entonces, que un procedimiento de investigación preparatoria formalizada será simple cuando no es complejo o seguido contra organizaciones criminales. Hace relación a investigaciones que carecen de factores complejos, legalmente considerados; y, desde luego, no se trata de los casos de

organizaciones criminales. Lo que no encaja en ambos supuestos es, entonces, un procedimiento de investigación preparatoria formalizada simple.

El artículo 342.2 CPP reconoce el llamado plazo prorrogado. El correspondiente enunciado legal se limita a fijar la extensión del plazo prorrogado y estipular que solo cabe hacerlo una única vez (última oración del artículo 342.1 CPP). La extensión del plazo prorrogado es: **(i)** máximo de sesenta días naturales en los procedimientos de investigación simples; **(ii)** máximo de ocho meses para los procedimientos de investigación complejos; y, **(iii)** máximo de treinta y seis meses para los procedimientos de investigación contra organizaciones criminales. En estos últimos supuestos la ley dice que la prórroga es por igual plazo, de ahí que se ha señalado ocho meses y treinta y seis meses, respectivamente.

¿Cuándo cabe la prórroga? Sin duda, cuando las actuaciones procesales correspondientes no se han realizado y, por ende, falta concretar todos los ámbitos esenciales para un pronunciamiento efectivo acerca del sobreseimiento o la acusación. La determinación del concreto plazo prorrogado, obviamente, está en función a las diligencias propias de la investigación preparatoria que faltan actuarse. De su número y nivel de dificultad dependerá la extensión del plazo.

La conclusión del procedimiento de investigación preparatoria formalizada se produce ya sea **(i)** cuando éste cumplió su objeto, aún antes de que el plazo formal establecido no haya operado, o **(ii)** cuando venció el plazo (artículo 343.1 CPP). La solicitud directa de control del plazo debe presentarse cuando venció el plazo legalmente previsto. Le corresponde instarla a la parte procesalmente legitimada (imputados, actores civiles, terceros civiles y personas jurídicas). El órgano competente para examinar la pretensión de conclusión del procedimiento de investigación preparatoria formalizada es el Juez de la Investigación Preparatoria.

La decisión jurisdiccional, mediante auto fundado, se profiere tras la realización de una audiencia preparatoria (artículo 343.2 CPP). El Fiscal ha de presentar el expediente fiscal y el juez debe revisarlo y decidir, previa alegación de las partes procesales que concurran a la audiencia. La resolución se dictará ya sea en la misma audiencia, al concluir las alegaciones o, posteriormente, dentro de los dos días de celebrada la vista (artículo 8.4 CPP).

Es de tener presente que el Juez de la Investigación Preparatoria tiene un ámbito de apreciación amplio. No solo está sujeto al vencimiento formal del plazo, sino de modo relevante a la existencia o no de tiempos muertos no imputables al Ministerio Público, al examen de la negligencia o no del Ministerio Público, a la

buena o mala fe de las partes procesales respecto de las actuaciones procesales de esclarecimiento, etcétera.

Si el Juez de la Investigación Preparatoria estima la solicitud de control de plazo, dispondrá la conclusión del procedimiento de investigación preparatoria formalizada, y otorgará al Fiscal un plazo de diez días para que emita el requerimiento sobre el fondo del asunto: de sobreseimiento o acusatorio.

LECCIÓN DÉCIMA TERCERA

LA ETAPA INTERMEDIA

I. ASPECTOS GENERALES

1. Concepto

Descriptivamente, la etapa intermedia está referida a la serie de actuaciones procesales que tienen lugar desde que concluye la investigación preparatoria hasta la emisión del auto de citación a juicio (artículos 343.1 y 345 CPP). Su base legal se encuentra en la providencia de conclusión: artículo 343.1 CPP o, en su defecto, en el auto de conclusión: artículo 343.3 CPP.

Puede definirse como aquella etapa en la que, tras el examen de los resultados de la investigación preparatoria, se decide sobre la denegación o el reconocimiento de la pretensión penal mediante un examen de sus presupuestos materiales y procesales, ordenando en consecuencia la apertura del juicio o el sobreseimiento de la causa.

Desde el punto de vista procedimental, la etapa intermedia es bifronte, pues mira, de un lado, a la investigación preparatoria, para resolver su correcta clausura o el archivo de la causa (artículos 345.2, 346.5, 346.1, 347.2 y 352.4 CPP), y de otro, a la etapa de enjuiciamiento, determinando su desarrollo (artículo 353 CPP). Tiene autonomía propia.

2. Resultado

La etapa intermedia constituye un enjuiciamiento de los resultados de la etapa de investigación preparatoria. De manera unánime, se le atribuyen dos funciones: por un lado, la revisión e integración del material instructorio o investigativo y, de otro lado, el control de los presupuestos de apertura del juicio oral [Ormazabal Sánchez]. En este sentido, se destacan dos fases importantes en la etapa intermedia.

A. Si alguno de estos juicios obtiene un resultado negativo, si lo efectuado no pone de manifiesto la existencia de un delito o lo incorporado no justifica el ejercicio de la pretensión penal, determina el sobreseimiento del proceso o la remisión de las actuaciones para que se completen debidamente; esto es, se incoe una investigación suplementaria: artículo 346.1 y 5 CPP.

B. En la etapa intermedia se manifiesta el ejercicio de la acusación. Implica, por una parte, la decisión de si hay elementos de convicción suficientes para entender fundada la pretensión penal con arreglo a lo esclarecido y aportado en la investigación preparatoria o no; y, por otra, si con arreglo a aquel, resulta fundado ejercitar la pretensión penal, debiendo abrirse el juicio oral, o, por el contrario, sobreseer o remitir la causa para recabar los elementos necesarios para el citado ejercicio: artículos 353 y 352.4 *a contario sensu* CPP.

La parte acusadora decide, en un primer momento, y a partir de la investigación preparatoria, si mantiene o no los cargos; y el juez de la investigación preparatoria resuelve sí reconoce o no el poder de acusar en el caso concreto.

3. Funciones

Está sujeta a dos grandes funciones: principal y secundaria o accesoria.

3.1. Función principal

Su objeto es el examen de la fundamentación fáctica y jurídica del requerimiento fiscal y de los presupuestos de admisibilidad del juicio oral; revisa, por tanto, el material instructorio. Está destinada a decidir si debe enjuiciarse a una persona o, en su caso, sobreseer la causa. Realiza un control negativo de la acusación, de carácter material. Se trata de que los intervinientes tomen conocimiento recíproco de las pretensiones jurídicas que se harán valer en el juicio y su sustento probatorio, de esa forma se permite que la defensa se prepare con la antelación suficiente para el inicio de un juicio, de ser la pretensión acusatoria la del representante del Ministerio Público [César San Martín]. En este caso decide si la acusación parece fundada o verosímil –que sea suficiente o probable-, de manera que pueda tenerse por probable la imposición de una pena. Este enjuiciamiento condiciona el reconocimiento pleno de la pretensión y la consiguiente incoación del juicio oral. La concurrencia de dichos presupuestos materiales o de fundamentación material se identifica, a su vez, con la inexistencia de los motivos determinantes del sobreseimiento (artículo 344.2 CPP).

En consecuencia, la etapa intermedia cumple dos funciones, positivas o negativas, según el caso. Estas conducen al auto de sobreseimiento (artículo 347 CPP) o al auto de enjuiciamiento (artículo 353 CPP). Tanto el enjuiciamiento como el sobreseimiento aparecen como el correlato procedimental de dicho reconocimiento o denegación.

3.2. Función secundaria o accesoria

Es una función contingente, de integración y revisión del material investigativo. Las bases para decidir son las actuaciones de la investigación preparatoria. Si estas resultan insuficientes o defectuosas para resolver, el juez de la investigación preparatoria puede ordenar una investigación suplementaria (artículo 346.5 CPP). De igual forma, se asigna una función revisora consistente en la depuración de vicios o irregularidades en que hayan podido incurrir las diligencias instructoras como, por ejemplo, en el caso de que el Ministerio Público hubiera formalizado acusación penal omitiendo incorporar un requisito de procedibilidad [ORMAZABAL SÁNCHEZ]. Esta función conducirá, en su día, tanto a la corrección de la acusación (artículo 350.2 y 350.1a CPP) como a la definición de los medios de defensa (artículo 350.1b CPP).

4. Características

Son cuatro. La base es que el juez de la investigación preparatoria tiene el señorío del procedimiento intermedio.

A. La competencia corresponde al juez de la investigación preparatoria, quien tiene el control de la etapa intermedia.

B. Rige el contradictorio, igualdad de armas y oralidad. Todas las partes debaten los resultados de la investigación preparatoria. No se actúan pruebas.

C. El acto judicial central es la audiencia preliminar de control del sobreseimiento o la audiencia preliminar de control de la acusación. La audiencia es el espacio procesal para el debate de los resultados de la investigación preparatoria.

D. Se decide la procedencia del juicio oral y se concreta su objeto, así como se define y depuran los obstáculos formales a su realización, imprescindibles para dictar una sentencia válida y eficaz [Asencio].

5. Sistema adoptado

El sistema legal seguido es el de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El juez de la investigación preparatoria realiza un control de legalidad: verifica la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan el ejercicio del requerimiento fiscal, como también las pruebas que habrán de ser incorporadas en el juicio oral y, además, se hará el saneamiento del proceso. En orden a la acusación es, básicamente, un control negativo: que esta tenga un fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena. De otro lado, delimita el objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos. Finalmente, se purifica y sanea el proceso, pues las excepciones, cuestiones previas u otros medios de defensa se resuelven en ese momento, dejando de esta forma que el proceso se depure y se centre en su objeto: demostrar la responsabilidad penal o no del imputado.

La intervención judicial constituye un requisito de orden constitucional para la protección del acusado ante juicios orales injustificados, así para afirmar la garantía de tutela jurisdiccional efectiva de las demás partes procesales. Esta concepción parte de distinguir entre el derecho de acusar y el derecho de penar del Estado. Una cosa es que la existencia del juicio oral se condicione a la existencia de una acusación, y otra, que el ejercicio de la acusación se presente como un derecho incondicional y abstracto, desvinculado de la verosimilitud de los hechos objeto de la acusación, del examen de su tipicidad y de la responsabilidad del sujeto a cuyo cargo se ponen.

Sin embargo, existe también una corriente crítica respecto al valor del procedimiento intermedio en los casos de que el proceso sea llevado a la fase de juicio oral, pues –se señala– que el órgano jurisdiccional llega al juicio oral con prejuicios debido a que en el auto de apertura del juicio ha declarado que existen suficientes elementos de la vinculación del acusado con el hecho supuestamente cometido; razón por la cual se busca eliminar la etapa intermedia [Roxin]. Contra esta crítica, debe resaltarse que la etapa intermedia da un valor importante al ejercicio del derecho de defensa del acusado en la medida en que puede cuestionar –de forma sustancial y formal– la acusación, rechazar las pruebas presentadas por el fiscal, presentar excepciones o cuestiones previas, entre otros; y, de este modo, evitar un juicio inútil y la denominada "pena de banquillo".

Igualmente se discute si el control que realiza el juez de la investigación preparatoria puede ser solo a instancia de parte, en tanto en cuanto exista oposición o una moción concreta de alguna de las partes personadas; o si, también, puede

realizarse de oficio. El problema se suscita, primero, porque un paso ineludible, emitido el requerimiento fiscal, de sobreseimiento o acusatorio, es que se corra traslado de la oposición del fiscal a las copartes y contrapartes, las que tienen un plazo de diez días para pronunciarse al respecto; y, segundo, porque la audiencia de control o preliminar supone un debate contradictorio efectivo, lo que no tendría razón de ser ante la ausencia de una solicitud disímil o contraria al requerimiento fiscal, aunque la propia norma –en el caso de sobreseimiento– no obliga a la presencia del abogado defensor de las partes y, en ambos casos, no se dispone taxativamente que el juez de oficio puede decidir si dicta el auto de sobreseimiento o de enjuiciamiento.

Quienes se inclinan por un control necesario del requerimiento fiscal, en atención al interés superior en juego como consecuencia de la aplicación del derecho penal, no dudarían en admitir la imprescindibilidad del examen de oficio de los presupuestos jurídicos determinantes del sobreseimiento o de la acusación, al punto de enfatizar que no se vulnera el principio acusatorio porque se trata de examinar desde los exclusivos presupuestos legales que rigen la acusación y el sobreseimiento, taxativamente establecidos y sin variar la causa de pedir y la petición, si el requerimiento fiscal se adecua a la ley –otro tema es, sin duda, la intensidad del control, común en todo caso a la potestad de oficio o rogatoria–; y, tampoco se infringe el principio de imparcialidad, porque el juez que realiza este control es distinto del juez del juicio.

Desde la otra perspectiva se dirá que la propia lógica de la actuación del juez, como tercero suprapartes, quien no intervino de oficio en la etapa de investigación preparatoria, niega que *motu proprio* pueda examinar el requerimiento fiscal sin una base de contradicción representada por alguna oposición de las partes interesadas. Si insta el control jerárquico o dispone se complete el material instructorio –distinto es el caso del control de los presupuestos procesales cuyo análisis debe hacerlo de oficio– ya estaría asumiendo la posición de una de las partes con lesión de su intrínseca imparcialidad. Pronunciarse acerca del mérito de la investigación solo es de competencia del Ministerio Público; y, cuando media oposición de parte, el control solo se circunscribe a la fiscalización de la legalidad del requerimiento fiscal: presupuestos y requisitos del acto procesal en cuestión [ASENCIO. STSE de 23-03-10].

Obviamente una línea más acorde con el principio de igualdad de armas y con el escrupuloso respeto al principio de contradicción, a tono con el CPP, será a su vez aceptar el principio de rogación. En ese caso, y aun en el control de oficio, no es posible que el órgano jurisdiccional realice un juicio sustitutorio del

resultado de las diligencias de investigación realizado por el Ministerio Público –que es un órgano autónomo de derecho constitucional y titular del ejercicio de la acción penal, que los demás ha tenido el señorío de la investigación– para decidir el sobreseimiento o el enjuiciamiento. Solo le corresponde comprobar que el requerimiento fiscal se acomoda a las normas reguladoras de dichas instituciones procesales.

6. Fases

Son dos: escrita y oral.

A. *Escrita.* Tiene lugar desde la presentación del requerimiento fiscal hasta la apertura de la audiencia. Se discute si el plazo para la emisión del requerimiento es de 10 o 15 días, vista la antinomia normativa existente: artículos 343.3 y 344.1 CPP. La fase escrita está destinada a fijar el marco de la discusión que se realizará verbalmente en la audiencia, cuya base son las actuaciones de la investigación preparatoria, acopiadas en el expediente fiscal. Consta de tres pasos: **1.** Traslados. **2.** Mociones de las partes. **3.** Citación a la audiencia.

B. *Oral.* Se inicia con la celebración de la audiencia y concluye con la resolución final respectiva. Constituye el hito central de la etapa intermedia, pues en ella se cumplen, de modo oral y contradictorio, las funciones asignadas a la misma. Se fija, definitivamente, los hechos y las pruebas sobre las que versará el juicio oral y recaerá la sentencia.

Rigen los principios procedimentales de oralidad e inmediación. El desarrollo de la audiencia es íntegramente oral. No se admiten escritos durante su desarrollo, y debe contar con la presencia ininterrumpida del juez de la investigación preparatoria, del fiscal, de las partes y la defensa (artículo 351°.1 y 2 CPP). Garantiza el principio de inmediación la presencia de las partes –en especial del fiscal–, que se erige en un requisito de validez de la audiencia.

También rige el principio de concentración, pues en la audiencia deben debatirse todas las cuestiones e incidentes planteados por las partes.

Rige, además, las demás reglas, en lo pertinente, de la audiencia, tales como el régimen de continuidad.

La audiencia no es probatoria. Por tanto, no se actúan pruebas.

7. Procedimiento

A. El fiscal tiene quince días para formular su requerimiento (artículo 344.1 CPP). El requerimiento se envía al juez de la investigación preparatoria con el expediente fiscal. Son dos los posibles sentidos del requerimiento fiscal: formular acusación, siempre que exista base suficiente para hacerlo: artículo 344.1 CPP, o solicitar el sobreseimiento: artículo 344.2 CPP.

B. Traslado a las partes personadas. El plazo para la presentación de mociones es de diez días: artículos 345.2 y 350.1 CPP.

C. Celebración de la audiencia preliminar, que puede ser:

i. De control del requerimiento de sobreseimiento: artículo 345.3 CPP.

ii. De control de la acusación: artículo 350.1 CPP.

D. Resolución del juez de la investigación preparatoria. Dictará auto de sobreseimiento (artículo 347 CPP) o auto de enjuiciamiento (artículo 353 CPP).

E. Auto de citación a juicio por el juez penal: artículo 355.1 CPP.

II. EL SOBRESEIMIENTO

1. Concepto

El auto de sobreseimiento es una resolución jurisdiccional definitiva, emanada del juez de la investigación preparatoria, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada, es decir, tiene el mismo alcance que una sentencia absolutoria [GIMENO].

2. Notas esenciales

Son cinco:

A. Pone fin al procedimiento penal.

B. Reviste la forma de auto (artículo 347 CPP). Como incide en el derecho a la tutela jurisdiccional (o derecho a obtener una resolución definitiva fundada en derecho), ha de obligar a una minuciosa fundamentación que plasme los elementos de convicción en torno a la ausencia del o de los

presupuestos que impiden la apertura del juicio oral. Esta resolución niega anticipadamente el derecho de penar del Estado y tiene los mismos efectos que una absolución.

C. Debe identificarse a la persona o personas a favor de quien se dicta el auto, enumerando las razones que determinan la resolución.

D. El órgano jurisdiccional competente es el juez de la investigación preparatoria.

E. Tiene carácter definitivo y genera cosa juzgada: artículo 347.2 CPP.

3. Clases de sobreseimiento

Es de aplicación el artículo 348.1 y 2 CPP. El sobreseimiento, atendiendo a los sujetos implicados en la causa, es de dos clases.

A. *Total.* Comprende a todos los encausados y por todos los delitos. Es genérico, lo que es una opción propia del *litis consorcio necesario*. Por su mérito se archiva definitivamente el proceso y se deja sin efecto todo tipo de medidas provisionales o cautelares.

B. *Parcial.* Solo se circunscribe a algún delito o algún imputado. Contra los demás imputados continúa la causa.

4. Efectos

Según el artículo 347.2 CPP, el sobreseimiento tiene carácter definitivo y genera cosa juzgada, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada (STSE de 0707-00). El sobreseimiento firme produce efectos procesales y sustanciales (STCE 40/1988). La irrevocabilidad importa que ya no sea posible sustituirlo o reformarlo reabriendo el proceso aun cuando cambien las circunstancias o surjan nuevas pruebas sobre el hecho. Allí radica su diferencia con la resolución de archivo emitida por el fiscal, en tanto este último no causa estado, pudiendo ser reabierta cuando surjan nuevos elementos o circunstancias nuevas que demuestren que las causales por las que se dictó el archivo han desaparecido o han variado.

A diferencia del CPP 1940, el CPP ha desterrado la posibilidad de invocar el sobreseimiento provisional, aquel en el cual está comprobada la existencia de delito, pero no la responsabilidad del imputado; razón por la cual se archivaba provisionalmente el proceso. EL CPP renuncia a este tipo de sobreseimiento, no lo regula y ello es así porque el auto de sobreseimiento tiene carácter definitivo [Del Río].

La motivación es especialmente exigible. Se archiva la causa, se levantan las medidas coercitivas y se da libertad al imputado pese a la impugnación en trámite. En el sobreseimiento parcial se enjuicia a los demás no comprendidos por el sobreseimiento; con los sobreseídos se procede de igual modo que con el sobreseimiento total.

5. Recursos

El sobreseimiento es apelable con efecto suspensivo: artículos 347.3 y 416.1b CPP. Es posible, además, el efecto diferido, en los supuestos del artículo 410 CPP.

6. Presupuestos

6.1. Enumeración

Son cinco: **1.** Falta de elemento fáctico. **2.** Falta de elemento jurídico. **3.** Falta de elemento personal –en estos casos, se entenderá que se evidenció a lo largo de la investigación preparatoria la inexistencia de los presuntos indicios anunciados en la disposición fiscal de inculpación formal (se procesó indebidamente) o bien, que, si los hubo, actos de investigación posteriores los desvirtuaron; en rigor, ausencia absoluta de indicios de criminalidad–. **4.** Falta de presupuestos procesales. **5.** Falta de elementos de convicción suficiente.

6.2. Elementos constitutivos

A. **Falta de elemento fáctico.** Cuando no aparece ninguna sospecha fundada o indicios razonables sobre la realización del hecho: artículo 344.2a CPP. El juez de la investigación preparatoria debe tener la absoluta convicción que el hecho que dio origen a la formación de la investigación preparatoria nunca existió en realidad. Es un juicio exclusivamente fáctico, y razona sin ninguna duda que el hecho no ha existido (Sentencia C-920 de 2007). Debe distinguirse del supuesto de falta de atipicidad de la conducta [BERNAL].

B. **Falta de elemento jurídico.** Cuando el hecho realmente existente, según los recaudos de la investigación preparatoria, es atípico, concurre en su comisión –atento a los elementos de convicción que obran en autos– una causa de justificación o no se acredita el cumplimiento de una condición objetiva de punibilidad: artículo 344.2b CPP o existe falta de tipicidad

subjetiva (Sala de Casación Penal de Colombia, de 01-07-09) [Bernal] o causas de exclusión de la punibilidad. Según la STSE de 07-07-00 se exige que las causas de atipicidad y justificación se deduzcan nítida, rotunda y diáfana del material instructorio para que el juez acuerde el sobreseimiento.

C. Falta de elemento personal. Se presentan dos supuestos: **1.** Concurrencia acreditada de una causa de inculpabilidad o presencia de una excusa absolutoria: artículo 344.2b CPP. **2.** Falta del sujeto a quien atribuir la comisión del hecho o falta de participación del imputado en los hechos: artículo 344.2a último extremo CPP. También se exige acreditación indubitable de ambos supuestos.

D. Falta de presupuestos procesales. Se refiere a las causales de extinción de la acción penal. Se comprueba la existencia de un impedimento procesal. Las causales de extinción están previstas en el artículo 78 CP. Rige el artículo 344.2c CPP.

E. Falta de elementos de convicción suficientes. Ya no solo se trata de sobreseer la causa cuando existen elementos de convicción que niegan el hecho, la antijuricidad penal, la imputación personal o la intervención del imputado en el hecho punible, que son materia de las tres primeras causales, sino también cuando los cargos, en general, no se sustentan en elementos de convicción suficientes y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos y hechos en el juicio oral (prognosis necesaria). Existen o subsisten, entonces, determinados indicios, pero en sí mismos insuficientes y, además, sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatorios, todo lo cual debe razonarse en el auto que lo acuerde. La imposibilidad de conseguir prueba recae tanto sobre la existencia del hecho cuanto respecto a la vinculación del mismo con el imputado.

De lo expuesto resulta que lo que determina que la causa pueda decidirse en la etapa intermedia, o bien deba dilucidarse en la etapa de enjuiciamiento, es precisamente la dificultad probatoria que encierra, lo que depende de las circunstancias del caso concreto [Nieva].

Es de precisar que el citado artículo 344, apartado 2, literales b) y d), del CPP, comprende dos situaciones distintas. El segundo concierne a la constatación del hecho: la inexistencia de elementos de convicción de su acaecer, que corresponde al campo histórico empírico. El primero a la certeza de la calificación jurídica de los que se tienen por existentes, siendo esa calificación un juicio posterior al

anterior (STSE 17/2015, de 20 de enero). Por lo demás, es claro que, por tratarse de presupuestos normativamente considerados, el órgano jurisdiccional puede acordar el sobreseimiento incluso cuando exista solicitud por parte del Ministerio Público para la apertura del juicio oral, pero, por el contrario, no puede acordar la apertura del juicio oral sin petición del Ministerio Público –en este último supuesto tendría, en todo caso, que acudir al procedimiento para forzar la acusación y estar sujeto a lo que decida el fiscal superior en grado– (conforme: STSE 66/2014, de 11 de febrero).

Se suele confundir la posibilidad de dictar sobreseimiento por ausencia de atipicidad, antijuricidad y penalidad en su caso (artículo 344, apartado 2, literal 'b', del CPP) con la excepción de improcedencia de acción (artículo 6, apartado 1, literal 'b', del CPP), pues en ambos casos lo esencial son razones jurídicas para rechazar la inculpación formal o la acusación fiscal –también es el caso de uno de los supuestos para dictar sentencia absolutoria (artículo 398, apartado 1, del CPP)–. Dos razones son de tener en consideración al respecto. Primera, que la excepción puede deducirse en el curso de la etapa de investigación preparatoria y, excepcionalmente, a pedido de la parte interesada, dentro del plazo fijado durante la etapa intermedia (artículos 7 y 350, apartado 1, literal 'b', del CPP), y no se aprecian pruebas ni, desde ellas, se concreta el hecho probado. Segunda, que el sobreseimiento se decide luego de la audiencia preliminar correspondiente y, por su naturaleza jurídica, no hace falta petición de parte –igualmente, la sentencia absolutoria se dicta al finalizar el juicio oral, en la que está autorizado el examen integral del relato fáctico y su correspondiente subsunción normativa–. Como quiera que la excepción está sujeta a un plazo determinado –tiene una oportunidad para ser deducida–, finalizada ésta, en virtud del principio de preclusión, no es posible acudir a la atipicidad, a la permisión o a la falta de punibilidad como presupuesto procesal condicionante negativo (impedimento procesal), para lo cual el ordenamiento autoriza, según la etapa procesal, el sobreseimiento o la absolución.

7. Audiencia preliminar de control del requerimiento de sobreseimiento

La audiencia preliminar (artículo 345.3 CPP) plasma el principio procedimental de oralidad y concentra la actividad de las partes en la que se debate la procedencia del archivo de las actuaciones. Tres pasos previos deben tener lugar para su realización.

A. El fiscal emite el requerimiento de sobreseimiento y lo acompaña con el expediente fiscal que ha formado como consecuencia de la investigación preparatoria a su cargo. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de traslado a las partes procesales para que se pronuncien sobre su mérito en el plazo de diez días. A diferencia de lo que sucede con la acusación, el CPP no ha previsto un control formal del requerimiento de sobreseimiento pues no existe una norma específica que permita al juez penal devolver los actuados al fiscal para que subsane algún error cometido. La razón de ello respondería a que los "errores" en los que pueda incurrir el fiscal van a poder ser subsanados en la propia resolución de sobreseimiento o, en su caso, pueden ser corregidos por el fiscal superior si es que solicita la rectificación, luego del seguir el procedimiento para forzar la acusación [Del Río].

B. El artículo 345.2 CPP autoriza a las partes contrarias –en este caso a las acusadoras privadas, esto es, al actor civil o social, en su caso– a formular por escrito oposición al sobreseimiento. Dos modalidades pueden tener la oposición:

(i) Solicitar la realización de una investigación suplementaria para la actuación de actos de investigación adicionales que se consideren procedentes.

(ii) Solicitar que, en vía de control jerárquico, se eleve la causa al fiscal superior en grado.

La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, debe fundamentarse.

C. Vencido el plazo del traslado, con la presentación de escritos de oposición o de apoyo al sobreseimiento solicitado por el fiscal, el juez de la investigación preparatoria emitirá la resolución de citación para la realización de la audiencia preparatoria.

La audiencia preliminar tiene por objeto el debate de los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento y decidir sobre la oposición. Se instala con las partes que asistan. La inasistencia de ellas, o de alguna de ellas, no impide la continuación de la audiencia. Con esta finalidad se escucha por su orden a las partes presentes. Rigen en lo pertinente los artículos 89.3 y 386 CPP, por lo que expondrán, según este orden: fiscal, actor civil, tercero civil, persona jurídica, abogado del acusado, y acusado.

8. Decisión del juez de la investigación preparatoria

Realizada la audiencia, y en el plazo de tres días –existe una antinomia pues el artículo 346.1 CPP fija el plazo en quince días, mientras el artículo 345.3 CPP estipula que el plazo es de tres días, la cual se resuelve en aras de consolidar la oralidad y la necesidad de su fundamento epistemológico: memoria del juez para resolver con mayor conocimiento de causa, a favor del último plazo, mucho más breve–, el juez de la investigación preparatoria dictará la resolución que corresponda, en función al requerimiento fiscal. La existencia de una oposición en forma –según la posición que se ha negado– no condiciona la opción que debe asumir el órgano jurisdiccional, pues con o sin ella puede optar por alguna alternativa legalmente prevista, en tanto en cuanto se trata de hacer efectivo el control judicial de la actividad investigadora del fiscal en aras del principio de legalidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Tres son las alternativas del juez: **A.** Dictar el auto de sobreseimiento, si considera fundado el requerimiento fiscal. **B.** Emitir el auto de elevación de la causa al fiscal superior para instar la acusación, si consideran que existen 'sospechas suficientes' respecto del hecho delictivo y de la intervención en él del imputado. **C.** Proferir el auto de formación de la investigación suplementaria si estima que la investigación preparatoria no está completa –indicará el plazo y las diligencias que deben realizarse–.

A. El auto de sobreseimiento está sujeto a determinados requisitos formales, establecidos en el artículo 347 CPP. Así, debe indicar los datos personales del imputado, exponer los hechos objeto de investigación, señalar los fundamentos de hecho –análisis de los elementos de convicción– y de derecho –precisión y alcance de las reglas jurídicas correspondientes–, así como en su parte resolutiva estipular los efectos del sobreseimiento (definitividad, levantamiento de medidas de coerción). Los presupuestos materiales del auto de sobreseimiento ya han sido abordados.

B. El auto de elevación al fiscal superior jerárquico se emite cuando el juez de la investigación preparatoria conceptúe improcedente el requerimiento de sobreseimiento y estime que la investigación preparatoria reúne material instructorio suficiente para un pronunciamiento incriminador. La vigencia del principio de jerarquía junto al de legalidad en las funciones del Ministerio Público permite esta posibilidad. Es, en todo caso, una actuación judicial excepcional que no deroga el principio acusatorio, pues solo pretende la mejor realización de la justicia y reconoce la exclusividad de la decisión del

Ministerio Público como órgano constitucional que tiene el monopolio de la persecución de los delitos públicos, sin mermas de la garantía de defensa procesal –otra posición, como se anotó, es censurar esta posibilidad, siempre excepcional, por vulnerar la exigencia de imparcialidad y lesionar el acusatorio–. Esta resolución es irrecurrible.

El artículo 346.2 CPP estatuye que el fiscal superior emitirá pronunciamiento en el plazo de diez días, con cuya decisión culmina el trámite. Los apdos. 3 y 4 del citado artículo fijan las dos opciones del fiscal superior: (i) si no está de acuerdo con el requerimiento del fiscal inferior, ordenará que otro fiscal formule acusación; y (ii) si está de acuerdo con el requerimiento del fiscal inferior, lo ratificará, en cuyo caso, por imperio del principio acusatorio, el juez de la investigación preparatoria dictará, sin trámite alguno, el auto de sobreseimiento.

C. El auto de formación de investigación suplementaria se dicta cuando el juez de la investigación preparatoria considera que la investigación está incompleta y faltan actuaciones indispensables para un pronunciamiento definitivo. La decisión judicial debe indicar el plazo y los actos de investigación que deben realizarse. Cumplido el plazo suplementario, no procede oposición por esta causal ni la concesión de un nuevo plazo. Desde luego, cabrá oposición y la invocación de elevación de los actuados al fiscal superior en busca del control jerárquico, pues la prohibición debe entenderse a la reiteración de la prolongación de las actuaciones, es decir, a la posibilidad de dilación indebida del procedimiento preparatorio. Esta resolución es irrecurrible.

III. LA ACUSACIÓN FISCAL

1. Referencias normativas

1.1. Introducción

Seis bloques normativos básicos deben tenerse presente en relación a las exigencias para la corrección jurídico – procesal de la acusación fiscal y, en su consecuencia, para la emisión del auto de enjuiciamiento y de la sentencia. Su adecuado reconocimiento y entendimiento permitirá una dogmática esclarecedora sobre el alcance de la imputación fiscal y del auto de enjuiciamiento y de la sentencia, esto es, su delimitación jurídica en orden a la función que cumplen en nuestro vigente proceso penal.

1.2. Concepto

Es un acto de postulación del Ministerio Público mediante el cual fundamenta y deduce la pretensión punitiva y, en su caso, la de su resarcimiento. Es de definida naturaleza pública.

La pretensión punitiva, a su vez, es una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una pena o medida de seguridad y/o consecuencia accesoria a una persona por la comisión del hecho punible que se afirma que ha cometido.

De otro lado, el ejercicio de la pretensión acusatoria del fiscal permite que el derecho de defensa del imputado se garantice al poder conocer las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan el requerimiento del fiscal. La acusación tiene dos momentos:

A. *Acusación escrita.* Antes del desarrollo del juicio oral –tiene el carácter de provisional, lo que significa que puede ser modificada tras el resultado del juicio oral– (artículo 349.1 CPP).

B. *Acusación oral.* Después de la práctica de la prueba, en el juicio oral –tiene el carácter de definitiva, y es la que establece la correlación entre acusación y sentencia– (artículo 387.1-3 CPP).

Preceptos legales. Los enunciados normativos son los siguientes:

1. Artículo 336.2 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP). La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria contendrá: **b)** *Los hechos y su tipificación específica correspondiente.*

2. Artículo 344.1 CPP. El Fiscal decidirá [...] *si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello.*

Artículo 344.2 CPP. El sobreseimiento procede: **d)** *No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.* A contrario sensu.

3. Artículo 349.1 CPP. La acusación escrita [...] contendrá: **b)** *La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;* **d)** *La participación que se atribuya al*

imputado; e) La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran.

Artículo 349.2 CPP. Límites de la acusación. "*La acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidas en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica*".

4. Artículo 352.2 CPP. Saneamiento de la acusación. El juez devolverá la acusación en caso presente defectos u omisiones. El Fiscal, en este caso, realizará el análisis de contenido correctivo a que hubiera lugar. En los demás casos, en la misma audiencia, el Fiscal realizará modificaciones, aclaraciones o subsanaciones.

Artículo 352.4 CPP. Acusación escrita y sobreseimiento. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa, cuando concurran los requisitos del artículo 344.2 CPP, "[...] *siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba*".

5. Artículo 374. 2 CPP. Acusaci omplementaria. "*Durante el juicio el Fiscal* [antes de la culminación de la actividad probatoria], *el Fiscal introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de u n hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal advertirá la variación de la calificación jurídica*".

6. Artículo 387.1 CPP. Acusación oral ratificada. "*El Fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita*".

Artículo 387.2 CPP. Acusación oral modificada. "*Si el Fiscal considera que del juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil solicitadas en la acusación escrita, destacará dichas razones y pedirá la adecuación de la pena o reparación civil. De igual manera, en mérito a la prueba actuada en el juicio, puede solicitar la imposición de una medida de seguridad, siempre que sobre ese extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente*".

2. Presupuestos procesales

Presupuestos procesales. Se definen, en sentido amplio, como las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él [ROXIN]; condicionan la admisibilidad de la pretensión, pues son de obligada observancia en el momento del ejercicio de poder jurídico de acción [GIMENO]. Están orientados a la finalidad del proceso, que consiste a su vez en el aseguramiento de la paz jurídica [VOLK].

Si se toma en cuenta la perspectiva subjetiva de clasificación de los once presupuestos procesales, se tiene que los presupuestos del objeto procesal o perseguibilidad del hecho concreto, –también existen los presupuestos del órgano jurisdiccional (1.° jurisdicción y 2.°competencia), y de las partes (3.° capacidad para ser parte, 4.° capacidad de actuación procesal, 5.° representación y postulación procesal, y 6.° derecho de conducción procesal)–, son un total de cinco (5):

1. El hecho debe estar todavía intacto, esto es, no puede haber sido ya juzgado (*ne bis in ídem*). Si está siendo objeto de otro proceso –pleito pendiente–, debe seguirse los mecanismos de unificación procesal (acumulación).

2. El delito de cuya persecución se trata no puede estar prescripto. La teoría mixta consideró la prescripción, en parte, como causa material de extinción de la pena y, en parte, como causas de extinción e impedimento procesal. Pero, el BGH y el BVBerfGE, asumieron la concepción procesal. El autor, como lo muestra también la posibilidad de interrupción del § 78c, StGB (artículo 83 CP Perú), no tiene interés alguno, digno de protección, en poder ponderar la duración de su perseguibilidad ya antes de la comisión del hecho.

3. La persecución penal no tiene que haber sido clausurada con motivo de una amnistía constitucionalmente lícita.

4. Tiene que haber una acusación y un auto de enjuiciamiento adecuados al ordenamiento jurídico.

5. En algunos casos, debe existir indispensablemente una instancia de persecución penal, una autorización parlamentaria y autorización administrativa –delitos privados, delitos semipúblicos y delitos sujetos a autorización del Congreso, del Fiscal de la Nación o de una instancia administrativa: Informe de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial (INDECOPI), Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), etcétera–.

Los medios de impugnación tienen presupuestos procesales específicos, los cuales pueden ser sistematizados en: **a)** comunes: gravamen (perjuicio que ha de sufrir el recurrente por la resolución impugnada) y conducción procesal (o exigencia de haber sido parte en el proceso de primera instancia), y **b)** especiales: los propios de los medios de impugnación extraordinarios [Gimeno].

Iniciación del procedimiento. Se trata de dos procedimientos que integran el proceso penal: **(i)** procedimiento de investigación preparatoria formal y **(ii)** procedimiento principal, de enjuiciamiento. Rigen, pues, dos pautas claramente definidas. En todo caso, la iniciación, en ambos casos, se erige siempre a partir de un acto de imputación fiscal. En el primero se ejerce el derecho de acción penal, y en el segundo se deduce o formaliza la pretensión penal [Gimeno].

Así:

1. En los dos casos deben existir todos los presupuestos procesales consolidados.
2. Ambos actos de imputación deben tener como presupuesto material ineludible la existencia de determinados indicios procedimentales o sospechas para justificar su postulación. Empero, varían en su intensidad.

Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 336°.1 y 2, CPP). Para su emisión se requiere "*...indicios reveladores de la existencia de un delito,...*". Debe haber una sospecha racional que impulse el procedimiento, indicando que el imputado ha podido cometer el delito. Es un apoyo, justificado por hechos concretos y fundados en la experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible. Se descarta las vagas indicaciones o livianas sospechas.

La Disposición Fiscal es un requisito previo de la acusación, de carácter interlocutorio, de índole provisional –no prejuzga el fallo–, y genera un deber de correlación con la acusación meramente subjetiva, no objetiva –no genera vinculación alguna en cuanto al título de condena, con respecto al escrito de acusación, pues es una calificación apriorística del hecho–. No fija definitivamente el "*thema decidendi*", el cual se concreta con la acusación. Es un simple presupuesto de acceso al proceso o mera imputación formal de carácter provisional –constituye presupuesto de la acusación, de suerte que nadie puede ser acusado si antes no ha sido condenado [Martínez Jiménez]–. Tiene una función de garantía para el imputado y ordena, prefigura, la secuencia del procedimiento de investigación preparatoria formal, así como traza el derrotero de la acusación.

Por el concepto de "*indicios reveladores*", cabe entender la sospecha relativamente fundada de participación, en cualquiera de sus formas legalmente

reconocidas –autoría y participación: artículos 23/25 CP–, de una persona en un hecho punible no obstaculizada por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales que impiden el procesamiento o por la evidencia de la concurrencia de alguna de las causas de extinción de la acción penal y, en menor medida, de exención de la responsabilidad penal (artículos 78 y 20 CP). No se requiere un inequívoco testimonio de certidumbre, solo presencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios o, mejor dicho, de indicadores, de una determinada conducta que resulta calificada como delictiva. Estos últimos (artículo 20 CP) se erigen en hechos impeditivos de la pretensión penal y, en dicha calidad, requieren una actividad probatoria en el juicio oral, salvo que ostensiblemente aparezca configurada como consecuencia de la actividad preliminar.

El vocablo "*indicio*" debe entenderse, no como el primer elemento de la prueba indiciaria o indirecta –que requiere acreditación rigurosa de su existencia–, sino como indicador meramente procedimental, basado en actos de investigación, de la posible realidad demostrativa de hechos referidos a la comisión del delito o a la intervención delictiva del imputado. En buena cuenta, es lo que se denomina: probabilidad delictiva.

Acusación fiscal. Otro acto de imputación fiscal, el más trascendente, es la acusación. Ésta es escrita y oral, o provisional y definitiva (artículos 344°.1 y 2.d, y 387°.1 CPP). A través de este acto de imputación, a diferencia de la Disposición Fiscal de Formalización, se introduce la pretensión punitiva; además, debe ser reconocido en el proceso por el juez no sólo en cuanto a su admisibilidad sino también en cuanto a su fundamentación. Para tener derecho a acusar y a que se abra el juicio oral se requiere que la pena parezca no solo posible sino, lo que implica grado adicional de conocimiento, probable [GÓMEZ ORBANEJA].

La acusación escrita requiere: "*bases suficientes* o *elementos de convicción suficientes*". Como tal, concreta el principio acusatorio –máximas romanas *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine acusatore*– y el juicio de probabilidad delictiva, sin perjuicio de que la condena sólo sea factible tras un juicio de certeza a la vista de las pruebas. Los motivos para acusar son, desde luego, de mayor entidad que la justificación indiciaria –indicios reveladores– exigida para acordar la inculpación formal.

La suficiencia significa que el imputado es adecuadamente sospechoso de haber cometido una acción punible, es decir, cuando es de esperar su condena, con una fuerte probabilidad. Ésta solo alcanza a la cuestión referida a la comisión del hecho: convencimiento acerca de la existencia de los presupuestos procesales

y de la punibilidad de la acción imputada, por parte del encausado. Ha de existir la probabilidad de condena que justifica el pase al procedimiento principal: juicio oral. Parte, por tanto, de un pronóstico sobre el desenlace probatorio en el eventual juicio oral. El Fiscal ha de llegar a la conclusión de que los medios de investigación o de instrucción reunidos en la etapa de investigación preparatoria son idóneos y previsiblemente suficientes para fundar una condena. El pronóstico probatorio ha de recaer tanto sobre la valorabilidad o licitud de las pruebas –que no se incurra en prohibiciones probatorias que la hacen inhábil para fundar en ella un pronunciamiento de condena–, cuanto sobre la virtualidad probatoria intrínseca de las pruebas, en su grado de convicción [Rieb].

El pronóstico del fiscal es decisivo. Por tanto, habrá motivos suficientes para acusar, cuando según el pronóstico del fiscal si, al final del juicio oral, llegará a requerir la condena. Empero, es el órgano jurisdiccional de la etapa intermedia quien valorará ese pronóstico para dictar el auto de enjuiciamiento o el de sobreseimiento (artículos 352.4 y 353.1 CPP).

Por otro lado, es de precisar que como la acusación está sujeta a un plazo impropio, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para la emisión de la acusación, por su carácter de acto necesario para el proceso, solo acarrea responsabilidad disciplinaria. Para la declaración de caducidad será indispensable crear un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344.2 del CPP, por lo que, ante la falta de norma expresa, cesar la acción penal fuera de los casos establecidos en la Ley, importaría una clara vulneración de los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (Cas. N.° 54-2009/La Libertad, de 4-3-2009). Ello, en términos técnicos, significa que el plazo para acusar es impropio y no propio; no genera caducidad.

Prisión preventiva. Respecto al principio de intervención indiciaria, el artículo 268.1'a' CPP, utiliza la expresión: "...*fundados y graves elementos de convicción*...". Expresa la necesidad de que concurran elementos que sean suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho (SSTEDH Fox de agosto de 1990 y Labita de 26-4-2000). Existe cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo por parte del imputado son francamente superiores a los negativos. Se entiende que el grado de probabilidad se refiere a la comisión del hecho cometido por el imputado, pero no está relacionado con problemas de carácter jurídico en cuanto a la interpretación de la ley.

Es un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal; no basta la mera sospecha razonada, sino que la sospecha esté muy fundada [CALAMANDREI]. Es decir, sospecha vehemente.

3. Contenido de la acusación

Exigencias legales. El artículo 349°.1 CPP plantea varias exigencias a la acusación que se erigen en impedimentos procesales en caso de incumplimiento. Tres son las principales:

1.° Relación clara y precisa del hecho atribuido al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.

2.° La participación que se atribuya al imputado. Si son varios imputados, la conducta que cada uno desarrolló y su enlace con la de los demás co-partícipes.

3.° La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad que concurran.

Adicionalmente, el apartado 2) del citado artículo 349 CPP precisa que la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

El acontecimiento histórico se entiende como el conjunto de hechos que determina el objeto del proceso. Es el núcleo de la hipótesis acusatoria. Si ésta no concreta de modo suficiente el reproche por el hecho, se entiende que no cumple con su función delimitadora –la valoración probatoria o resultado esencial de las investigaciones, parte de ella–. Por tanto, tal defecto fundamenta un impedimento procesal.

El artículo 349.1.b) CPP obliga al Fiscal a formular una "relación clara, precisa y circunstanciada del hecho acusado". Debe relatar el hecho tal y como lo vería un observador imparcial, sin que sea suficiente para cumplir esa exigencia procesal que se haga una enumeración de los indicios o de las pruebas existentes –esto último es materia de un apartado posterior: primero el Fiscal ha de indicar los hechos que imputa y, luego, debe justificar los cargos–. Lo circunstanciado del hecho significa que se narre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la

conducta se realizó. Es incorrecto empezar la acusación con la frase: "*Denunció el agraviado...*" [Llobet]. Sobre ese *factum* se pronunciará el Tribunal en la relación de hechos probados.

En los delitos sexuales reiterados, el Tribunal Supremo Alemán (BGH) considera suficiente que se señale la víctima del hecho, las características principales del modo de comisión, un determinado espacio de tiempo en el que se cometió y el número máximo de hechos punibles reprochados [Roxin].

La falta de precisión de fechas exactas no es ilegítimo, solo debe fijarse un espacio de tiempo. Se prohíben, en cambio, las acusaciones vagas e insuficientes, pues producirían indefensión (STCE de 10-3-1982).

Sobre esa base, si la acusación no cita el lugar, la fecha, la víctima y los daños, es insuficiente; se erige en un impedimento procesal. El fiscal en su relato acusatorio debe evitar el uso de términos o conceptos jurídicos. Los hechos no solo se refieren a los constitutivos de infracción penal, sino también a todos aquellos que sirven de fundamento a la apreciación de circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad, y a los que sirven de base a la responsabilidad civil [Pérez-Cruz Martín].

Por otro lado, la calificación jurídica es básica y necesaria, aunque puede ser somera. La ausencia o la falta de precisión del tipo penal y sus variantes objeto de subsunción, se erige en un impedimento procesal. Se perjudica una defensa efectiva. Se vulnera, por consiguiente, el derecho de defensa cuando no se notifica al imputado las razones y los delitos por los cuales se le pretender atribuir responsabilidad (SCIDH, caso Tibi, de 7-9- 2004). La acusación será ineficaz, aunque en la etapa intermedia podrá y deberá ser corregida (artículo 352°.2 CPP).

Contenido fáctico. Los hechos que se reflejarán en la acusación son los que fluyen de la investigación preparatoria, pero concretados en la Disposición Fiscal en sus lineamientos sustanciales –el curso de ejecución material del hecho debe mantenerse y sus características vitales o determinantes deben sostenerse–. Debe, primero, existir identidad, total o parcial, en los actos de ejecución que recoge el tipo legal –teoría normativista–; y, segundo, cuando, aun sin darse la anterior identidad, el objeto material del delito, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo [Gómez Colomer].

Dice la STSE de 6-4-1995, que el apartado fáctico, para ser respetuoso con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa, debe ser completo –debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo

objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado– y específico –debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas–, pero no exhaustivo. Si los hechos objeto de imputación son escuetos y carecen de datos que permitan concretarlo, no es posible realizar un juicio con pleno respeto de las garantías individuales de los imputados (RN n.° 1023-2014-Cajamarca, de 19-10-2015). Así, no se requiere un relato exhaustivamente minucioso, detallado o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto de la acusación de elementos fácticos que obren en las diligencias de la investigación preparatoria, y a los que la calificación acusatoria se refiera con suficiente claridad. Empero, ello no significa descuidar por completo los hechos que atribuye, si la acusación no relata con cierta precisión los hechos atribuidos, si estos no son específicos y no se sepa con certeza lo que se atribuye al acusado, no se puede garantizar un debate efectivo; sus deficiencias afectan el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos de defensa y de tutela jurisdiccional de los imputados (RN n.° 1023-2014-Cajamarca, de 19-10-2015 y Sentencia de casación n.° 247-2018/Áncash, de 15 de noviembre de 2018).

Contenido jurídico. Finalmente, la acusación comprende, entre otros extremos, la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen (artículo 349° CPP). En especial, la tipificación legal que subsuma el hecho, la identificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y la participación que se atribuya al imputado. Por lo demás, determinados ámbitos de estos extremos jurídico penales, como los otros puntos de la acusación, pueden ser modificados después de practicadas las diligencias probatorias en el juicio oral (artículo 387.2 CPP). Por ello se afirma que se trata de una acusación provisional, bajo el entendido que el procedimiento o etapa principal es el enjuiciamiento o acto oral. Al respecto, la sentencia de casación n.° 675-2018/San Martín, de 8 de agosto de 2019, señaló que la calificación jurídico penal tiene una determinada influencia. Solo pueden formar el objeto del proceso penal aquellos hechos o actos que el Derecho penal toma en consideración como delito o falta e incide para la determinación, entre otros sujetos procesales, para ver si existe variación sustancial del objeto entre la acusación del objeto entre la acusación y la sentencia, a partir de lo que la Ley procesal penal establece.

4. Acusación y juicio oral

Nota característica. La acusación escrita no es inmodificable. Durante el desenlace de la etapa del juicio oral la acusación puede variar, e incluso en el alegato oral puede ser objeto de algunos cambios, sin que ello altere el derecho de defensa

–en su ámbito de conocimiento de los cargos– y el principio de contradicción. Así: 1.° Antes de concluirse la fase probatoria, conforme al artículo 374 CPP, primero, a instancia del Tribunal, el Fiscal puede cambiar el tipo legal objeto de acusación; y, segundo, *motu proprio*, puede introducir una acusación complementaria. 2.° En el alegato oral final, el Fiscal, en relación a la acusación escrita, está autorizado no solo retirar la acusación –si los cargos han sido enervados– y ratificarla –cuando los cargos se han probado–, sino también a solicitar aumento o disminución de la pena o de la reparación civil o, en su caso, la imposición de una medida de seguridad –si medió debate contrario al respecto–. De igual manera, puede efectuar la corrección de simples errores materiales o incluir alguna circunstancia –de atenuación o de agravación–, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión. En estos términos se pronuncia el artículo 387 CPP.

Cabe aclarar que las "circunstancias" son hechos periféricos al hecho principal –lo circundan–. Se trata de indicadores, objetivos o subjetivos, de cuya utilización se permite valorar tanto el nivel de gravedad del hecho punible cometido como la mayor o menos intensidad del reproche personal que se realiza contra quien lo cometió [Hurtado Pozo / Prado Saldarriaga].

Requisitos de la modificación fiscal. Es evidente que se puede modificar la calificación jurídica siempre y cuando se trate de los mismos hechos –ello se fundamenta en el hecho de que el objeto procesal lo integra, esencialmente, la persona del imputado, el hecho punible y la homogeneidad del bien jurídico [Gimeno]. Para hacerlo, se tiene que suspender la audiencia y realizar un nuevo interrogatorio al encausado (SCIDH caso Fermín Ramírez, de 20-6-2005). Basta que el imputado conozca esos nuevos hechos y circunstancias y que se correspondan con los hechos investigados, así como que no sean sorpresivas, para que este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal esté resguardado. En efecto, el título condenatorio tiene ser congruente con el título acusatorio (Casación n.° 62-2006/ Tacna, de 5-3-2010). Ello supone que el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica. De ahí que toda pretendida fijación definitiva de la acusación en el escrito de acusación escrita privaría de sentido al artículo 387.2 CPP y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (STSE de 28-1-2001). En efecto, la sentencia de casación n.° 675-2018/ San Martín, de 8 de agosto de 2015, estableció que se inobservó la garantía del debido proceso y, dentro de ella, del principio acusatorio, debido que el juez penal, sin incorporar la tesis alternativa, incluyó una circunstancia, que contiene un dato de hecho, no incorporada expresamente en la acusación: pluralidad de agentes en la comisión del delito, lo que jurídicamente importaba una pena concreta

dentro del tercio superior (artículo 45-A, tercer párrafo, numeral 2, literal c, del Código Penal). El tribunal Superior, a pesar del debate jurídico producido en primera instancia y a la pretensión impugnativa, introdujo sorpresivamente dos circunstancias agravantes genéricas, no postuladas por el fiscal, que importaron jurídicamente, desde la individualización de la pena, al añadir dos circunstancias atenuantes genéricas, una pena concreta dentro del tercio intermedio. Desde la perspectiva del principio acusatorio, en relación con la garantía de defensa procesal, se requiere que se produzca una indefensión material, real o efectiva, no meramente formal, en tanto en cuanto las inclusiones de circunstancias agravantes, al margen de la acusación fiscal, importaban desde el artículo 45-A, tercer párrafo, del Código Penal una pena concreta, en principio, superior a la determinación del hecho delictivo sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Variación del precepto penal. La modificación del tipo penal en el curso del juicio puede realizarse a instancia del órgano jurisdiccional. En este supuesto el Tribunal plantea la tesis de desvinculación, con pleno respeto de los hechos objeto del debate (acusación y defensa). El nuevo tipo penal puede ser uno distinto del señalado en la acusación escrita, pero siempre respetando la homogeneidad del bien jurídico entre delito acusado y delito sugerido por el Tribunal –con ello se respeta el principio acusatorio– o un tipo legal agravado o atenuado, según conste en autos la presencia de circunstancias de atenuación o agravantes específicas. El límite al planteamiento de la tesis es, por cierto, la variación de la concreta figura delictiva, no la inclusión de otras circunstancias que no alteren la tipificación del hecho acusado.

El Fiscal, y las otras partes, están obligadas a pronunciarse sobre el planteamiento judicial de la tesis alternativa; y, en su caso, propondrán la prueba adicional que corresponda. Es claro que más allá de que el Fiscal acepte o no esta tesis alternativa, el Tribunal no está circunscripto a que lo haga, de suerte que en la sentencia, si mantiene su posición, puede muy bien pronunciarse sobre esa modificación propuesta. Las partes ya conocieron sobre esa posibilidad, se pronunciaron sobre ella –pueden incluso hacerlo en sus alegatos finales– e, incluso, actuaron pruebas, por lo que si el Tribunal insiste en su calificación alternativa no se tratará de un fallo sorpresivo que genere indefensión material.

El artículo 374.1 CPP prevé la potestad judicial y garantiza un trámite contradictorio. No condiciona la concreción de esa potestad a la aceptación de las partes, en especial del Fiscal. Ello significa, primero, el carácter relativo del título de condena en función al título acusatorio; y, segundo, que el principio acusatorio que asume no es uno expansivo que alzaprima la posición del Fiscal y niega

potestades de configuración de la tipicidad del hecho al órgano jurisdiccional. Es de recordar que el principio se construye a partir de la ley y no viceversa. Por lo demás, se afianza la vigencia del principio de legalidad penal, respecto de la subsunción del hecho juzgado y de la pena que corresponda.

Acusación complementaria. Es la segunda posibilidad de alteración parcial de la acusación escrita en el curso del debate oral, antes de la culminación de la fase probatoria. Ésta procede cuando se trata de un hecho nuevo, no incluido en la acusación escrita, o de una nueva circunstancia, que importa, de un lado, la modificación de la calificación legal o, de otro lado, la integración del mismo en un delito continuado. En ambos casos se varía la calificación jurídica.

El "hecho nuevo" debe desprenderse de las actuaciones de la investigación preparatoria y que, eventualmente, no fue incluido en la Disposición Fiscal de Formalización, o habiéndolo sido no se incorporó en la acusación fiscal. Este hecho debe tener como consecuencia un cambio de la calificación jurídica, pero siempre dentro del concepto de homogeneidad del bien jurídico –si es un hecho diametralmente distinto, solo cabe que, en su oportunidad, se inste el procesamiento penal autónomo–. La incorporación de nuevas circunstancias se refiere a las específicas que dan lugar a un tipo penal más grave o privilegiado, pues solo éstas dan lugar a un tipo penal distinto.

Respecto del delito continuado se trata, siempre, de nuevos hechos que comparten características comunes con los hechos precedentes e integran, desde las exigencias del artículo 49 CP, un solo delito continuado: pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza, realización de las acciones en momentos diversos e identidad de resolución criminal [Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga].

Acusación oral modificada. Está prevista en el artículo 387.2 CPP. Se circunscribe a la solicitud de sanción penal y de reparación civil. No se alteran los hechos básicos objeto de imputación, solo se incorporan nuevas razones en función a hechos que tengan incidencia en la sanción penal y civil, referidos al *quantum* de la pena y de la reparación civil, y que surgieron como consecuencia del debate oral. Éstos han de importar, sin alteración normativa alguna, una solicitud de pena o de reparación civil de mayor o menor entidad. El límite es que esos nuevos datos hayan sido objeto del debate –respeto del principio de contradicción–. Formalmente se requiere que el Fiscal destaque oralmente las razones de dicho cambio.

La modificación también puede incluir la solicitud de una medida de seguridad en reemplazo de la pena inicialmente pedida. Para ello se requiere que

la peligrosidad criminal y la anomalía síquica grave han sido objeto de alegación, prueba y debate.

Acusación oral corregida. Esta prevista en el apartado 3) del citado artículo 387 CPP. Incluye dos variantes:

1.° Corregir errores materiales: de fechas, nombres, lugares, de copia, de cuenta, etcétera. El sentido de la acusación no cambia en modo alguno ni la calificación jurídica de los hechos.

2.° Incluir alguna circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria. Una tal circunstancia será una genérica y no podrá modificar la tipificación del hecho; la pena puede variar desde luego, a tono con lo prescrito en el artículo 387.2 CPP. En ambos supuestos se requiere que esos puntos hayan sido objeto del debate contradictorio. Está prohibida en este momento procesal la acusación sorpresiva.

5. Audiencia preliminar de control de la acusación

5.1. Objeto

La audiencia preliminar (artículo 351.3 CPP) plasma, asimismo, los principios de oralidad y concentración. En ella se debate oralmente, en presencia del juez de la investigación preparatoria, "la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida" (artículo 351.3 CPP). Esto es, concentra el control, formal y material, que el órgano judicial debe realizar del requerimiento acusatorio, a la vez que discute sobre la procedencia de las pruebas y demás medios de defensa que las partes puedan proponer, para viabilizar el juicio oral o, en su caso, impedir su desarrollo.

Esta audiencia es de carácter inaplazable (artículo 351.2 CPP). En caso que sea suspendida, la sesión reanudarse en un plazo no mayor a ocho días hábiles. Entre la acusación y el auto que la resuelve no puede exceder los cuarenta días y en caso de delitos complejos y de criminalidad organizada no puede transcurrir más de noventa días.

5.2. Pasos previos

Tres pasos previos deben tener lugar para la realización de la audiencia de control de la acusación.

A. El fiscal emite la acusación y la acompaña con el expediente fiscal que ha formado como consecuencia de la investigación preparatoria a su cargo. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de traslado a las partes procesales para que se pronuncien sobre su mérito en el plazo de diez días (artículo 350.1 CPP).

B. El citado artículo 350.1 CPP autoriza plantear a las partes procesales, cada una desde su propia perspectiva y legitimación, siempre motivadamente, ocho cuestiones o mociones específicas. Se pueden proponer conjunta o separadamente, pero siempre hasta antes del vencimiento del plazo. Los escritos o mociones pueden referirse a los siguientes ámbitos: **1.** Observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección. **2.** Deducir medios de defensa no planteados o fundados en hechos nuevos, tales como cuestiones previas o excepciones. **3.** Solicitar la imposición o revocación de una medida coercitiva o la actuación de prueba anticipada. **4.** Pedir el sobreseimiento. **5.** Instar la aplicación de un criterio de oportunidad –se entiende los supuestos previstos en el artículo 2 CPP, que requieren la conformidad del fiscal durante la etapa preliminar–. **6.** Ofrecer pruebas, presentar documentos o indicar el lugar donde se hallan. **7.** Objetar la reparación y ofrecer la prueba pertinente. 8. Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio. Se discute si procede proponer la exclusión probatoria, punto no aceptado expresamente en el CPP –si en otras latitudes–.

C. Vencido el plazo del traslado, con la presentación de las mociones escritas que comprenderán los ámbitos ya definidos, el juez de la investigación preparatoria emitirá la resolución de citación para la realización de la audiencia preliminar. Esta debe fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días.

5.3. Características

Son las siguientes:

A. Es dirigida por el juez de la investigación preparatoria y tiene por objeto el debate de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

B. Se instala con la obligatoria presencia del fiscal y el defensor del acusado (la ausencia del defensor importa su reemplazo inmediato para la realización de una audiencia propiamente contradictoria).

C. Rige plenamente el principio de oralidad, no se aceptan escritos.

D. No es una audiencia de pruebas –salvo la actuación de prueba anticipada– ni se pueden actuar diligencias de investigación. Solo está autorizada la presentación de prueba documental, circunscrita a la decisión de alguno de los extremos de las mociones planteadas. La regla es que la audiencia preliminar no puede transformarse en un juicio oral anticipado.

E. El juez de la investigación preparatoria resuelve sobre la base de un juicio de probabilidad en función a las actuaciones de la investigación preparatoria y los fundamentos de hecho expuestos por las partes.

F. Se constituye como una garantía del imputado en la medida que el control permite liberarlo de ser sometido a un juicio basado en una acusación carente de fundamento o sin mínima prueba de respaldo [ORMAZABAL SÁNCHEZ].

5.4. Desarrollo

Es el siguiente: exponen, en ese orden, el fiscal, la defensa del actor civil, la defensa del acusado, la defensa del tercero civil. Se permite un trámite alternativo, en cuya virtud el fiscal puede presentar un escrito de modificación, aclaración o integración de la acusación fiscal en puntos no sustanciales. Al amparo de esta disposición el fiscal no debe incluir nuevos hechos, pero respetando el principio acusatorio puede incorporar nuevas circunstancias, rectificar o corregir las que consignó inicialmente, excluir algunas, así como proponer tipificaciones alternativas o, mejor dicho, subordinadas. Además, puede modificar las peticiones de penas y/o reparación civil. Frente a la propuesta o requerimiento aclaratorio del fiscal, el juez, en el mismo acto de la audiencia, correrá traslado a las demás partes, quienes inmediatamente deben pronunciarse.

6. Decisiones tras la audiencia preliminar

6.1. Regla general

Al finalizar la intervención de las partes, el juez de la investigación Preparatoria debe resolver, en ese acto, todas las cuestiones planteadas. Si los asuntos son complejos o el tiempo ya transcurrió en exceso, diferirá la resolución de los planteamientos hasta por 48 horas improrrogables, en cuyo caso la decisión simplemente se notificará a las partes. No se requiere de una suspensión y ulterior reapertura para su lectura en audiencia. Rige el artículo 352.1 CPP.

6.2. Ámbitos específicos

Es de resaltar seis ámbitos específicos.

A. En el ámbito de la función de saneamiento, si encuentran vicios formales en la acusación (artículo 350.1a CPP) y siempre que estos no puedan resolverse en el mismo acto –en cuyo caso, subsanadas que sean se procederá a un trámite de contradicción oral inmediato, luego de lo cual se expedirá la resolución de aclaración respectiva–, dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para su corrección, luego de lo cual indefectiblemente se reanudará la misma.

B. En el ámbito de los medios de defensa técnicos: cuestiones previas, excepciones, cuestiones de competencia e, incluso, posibles nulidades (artículo 350.1b CPP). Contra este extremo procede recurso de apelación no suspensivo. Si bien el artículo 352.3 CPP prescribe que la resolución se dictará en la misma audiencia, es aplicable la regla general del apdo. 1 del mismo artículo.

C. En el ámbito del control material –decisión sobre la procedencia del sobreseimiento o del enjuiciamiento–, el pronunciamiento del juez es en respuesta de las mociones interpuestas por las partes (artículo 352.4 CPP). El sobreseimiento, que se dictará conforme a las pautas fijadas en el artículo 347 CPP, está condicionado al cumplimiento de los requisitos del artículo 344.2 CPP, siempre que: **a)** resulten evidentes; y, **b)** no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. La desestimación del sobreseimiento instado por el imputado o el responsable civil no es recurrible.

D. En el ámbito de las propuestas probatorias, la pauta regular es la especificidad del medio probatorio ofrecido: se debe indicar el aporte y el punto concreto del interrogatorio, exposición o examen. Su aceptación está condicionada, primero, a que la parte solicitante indique el probable aporte que piensa obtener de él –debe constar en la solicitud probatoria o en su fundamentación oral en la audiencia–; y, segundo, a la pertinencia, conducencia y utilidad del medio probatorio ofrecido (artículo 352.5 CPP). La finalidad de esta etapa es facilitar a las partes la adquisición de las fuentes y medios de prueba que posee cada una de ellas para el correcto desarrollo del juicio oral [Bernal].

La pertinencia significa relación lógica entre el medio y el hecho por probar. La conducencia quiere decir que la ley permita probar con ese medio el hecho por probar (condiciones del medio de prueba para que se adecue a la exigencia de validez de la actividad probatoria, idoneidad), esto es, que el hecho pueda demostrarse legalmente por el medio propuesto –este es el caso del fiscal, juez y secretario judicial, quienes son inhábiles para declarar como testigos, precisamente por haber intervenido en la causa y lo que conocen está en relación a su actuación funcional (STSE de 0310-95)–. La utilidad importa que el medio probatorio tenga aptitud para alcanzar el fin que con él se persigue. Para el rechazo de la prueba por impertinencia, inconducencia o inutilidad, esta deberá ser evidente, lo que requiere necesariamente un juicio de certeza o de alta probabilidad al respecto, sustentado en razones de economía procesal.

La resolución que se profiera en este extremo no es recurrible, sin embargo, el reexamen procede con arreglo al artículo 155.4 CPP. El reexamen es un remedio jurídico destinado a la corrección de decisiones defectuosas; es propiamente una reconvención mediante la cual se pretende cambiar una decisión tomada, en el ámbito de la aceptación o rechazo de una prueba a través de un nuevo discurso de hecho o punto de vista jurídico, o de hechos que no han sido suficientemente considerados.

E. En el ámbito de la prueba anticipada, la decisión del juez de la investigación preparatoria se concretará a admitirla o denegarla bajo las reglas de los artículos 242-244 CPP. La actuación de la prueba anticipada será materia de otra audiencia, lo que no impide sin embargo dictar el auto de enjuiciamiento.

La norma dice que esa audiencia "podrá dirigirla un Juez si se trata de Juzgado Penal Colegiado". Empero, se está ante una antinomia normativa que merece una interpretación correctora: la urgencia de esa prueba y las características de la anticipación probatoria, en función a las lógicas de funcionamiento y de configuración del procedimiento intermedio, hacen que su actuación corresponde al juez de la investigación preparatoria.

F. En el ámbito de las convenciones probatorias, su aceptación judicial está condicionada a que el juez de la investigación preparatoria no advierta una falta de compatibilidad con las pretensiones que ha hecho valer en la audiencia preliminar, o una falta de coherencia con lo actuado en la investigación preparatoria, o una ausencia de defensa efectiva que lesione

ostensiblemente el entorno jurídico del imputado. Aceptada la convención probatoria, se debe indicar los hechos específicos que se dan por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

7. Las convenciones probatorias

El artículo 350.2 CPP autoriza a las partes, formulada acusación fiscal, proponer tanto los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, cuanto los medios probatorios que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados, de manera que se produce una simplificación del proceso, en aras de la celeridad y economía procesal. La idea material que preside esta novísima institución es que solo se prueban los hechos controvertidos, salvo que se trate de hechos especialmente relevantes, presupuesto de los hechos no controvertidos. Por consiguiente, *hechos controvertidos* son todos aquellos hechos relevantes, rechazados de uno u otro modo por alguna de las partes, y que no han sido materia expresa de una convención probatoria, bajo el entendido que el silencio sobre un hecho no puede considerarse en caso alguno como admisión. En esta perspectiva, se acepta la limitación probatoria respecto de los *hechos admitidos* expresamente, que son aquellos en que ambas partes están de acuerdo en cuanto a su producción–, salvo que se sospeche fraude o que la ley exija una acreditación específica. Solo en este supuesto se entiende que la prueba se torna innecesaria.

La extensión de la convención probatoria es amplia: se puede aceptar el hecho principal y discutir ámbitos secundarios, así como es posible aceptar medios de prueba específicos para probar un hecho concreto, circunscribiendo de este modo la libertad de prueba, cuya tolerabilidad está en el consenso entre las partes. No pueden aceptarse convenciones probatorias en torno a la responsabilidad penal por la comisión del delito [Ugaz Zegarra].

Los hechos secundarios –como ya se ha destacado– también podrán ser objeto de convención probatoria, pues estos van a servir como premisas de inferencia cuya conclusión verse sobre el hecho principal, y de esta manera son relevantes para verificar la realización del hecho punible [Ugaz Zegarra].

Los acuerdos en estos ámbitos, empero, no son vinculantes al órgano jurisdiccional, en cuyo caso se requiere una decisión razonada y razonable de desestimación, de lo contrario la decisión que los desestime carecerá de efectos. La lógica para tal decisión jurisdiccional será que no puede excusarse al Estado el desarrollo de una suficiente actividad probatoria durante el juicio. Puede, en consecuencia, suceder que el juez –luego de aprobadas las convenciones probatorias–

se desvincule de los hechos acordados pues durante el juicio las actuaciones de prueba terminan por desacreditar el acuerdo probatorio de las partes en el proceso.

IV. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

1. Concepto

Es la resolución dictada por el juez de la investigación preparatoria que constituye un juicio positivo sobre la acusación –necesaria en virtud del principio acusatorio-, y reconoce el derecho de acusar del fiscal. Presupone la concurrencia de los presupuestos, materiales o formales, que condicionan el enjuiciamiento. Esta resolución delimita el hecho punible que será el objeto del juicio y de la sentencia, fija los medios de prueba, determina el órgano competente para el enjuiciamiento y fallo, y dispone la remisión de lo actuado al juez penal, unipersonal o colegiado. La Ley rituaria no fija un plazo para su emisión.

Esta decisión emitida por el juzgado tiene carácter de irrecurrible y definitivo. En el derecho alemán, hay adeptos a la tesis que estiman admisible la posibilidad de anular la resolución de apertura por el propio Tribunal con el fundamento de nuevas averiguaciones o noticias que han desvirtuado los indicios que sustentaron el inicio del juicio oral [ORMAZABAL SÁNCHEZ]. Esta tesitura, empero, no toma en cuenta el principio de preclusión.

2. Efectos

Son tres:

A. Cierra la entrada de nuevas partes acusadoras.

B. Impide la entrada de nuevo material fáctico.

C. Determina la publicidad del procedimiento.

3. Contenido

La motivación del auto de enjuiciamiento será escasa, en atención que el auto resultante de la audiencia preliminar de control de la acusación ya realizó la valoración respectiva, con indicación de las fuentes medios de investigación justificatorios y, luego, de los medios de prueba que se actuarán en el acto oral. El auto de enjuiciamiento presupone la resolución anterior (artículo 353.1

CPP); luego, es el segundo auto interlocutorio de la etapa intermedia después de producida la acusación.

El auto de enjuiciamiento, bajo sanción de nulidad, debe contener cinco extremos necesarios:

A. Identificación de imputados y agraviados.

B. Delito o delitos acusados, incluyendo las tipificaciones subordinadas incorporadas expresamente por el fiscal.

C. Los medios de prueba admitidos y de las convenciones probatorias aprobadas –es una reiteración de lo ya resuelto en el auto anterior–.

D. Indicación de las partes personas y constituidas en autos.

E. Orden de remisión al juez penal competente.

De no haberse producido un pronunciamiento sobre las medidas coercitivas, en el auto de enjuiciamiento se pronunciará sobre su procedencia (artículo 353.3 CPP).

4. Remisión de actuaciones

La remisión de las actuaciones al juez penal está condicionada a la notificación de las partes –se tendrá como válido el último domicilio que señalaron en la audiencia preliminar y para ello se empleará el medio más célere– (artículo 354.1 CPP), y a la actuación, si correspondiere, de la prueba anticipada, que se realiza en acto aparte. Como se anotó, la prueba anticipada la realiza el juez de la investigación preparatoria, tal como se desprende de los artículos 242.2 y 29.3 CPP. La remisión, cumplidos esos actos procesales previos: notificación y prueba anticipada, se realiza dentro de las 48 horas (artículo 354.2 CPP).

V. EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

Se define como la resolución que emite el juez penal competente mediante la cual señala fecha para la realización del juicio oral con indicación de la sede del juzgamiento. Esta será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez días.

En cuanto a su contenido, debe ordenar el emplazamiento de todos los que han de concurrir al juicio (partes y órganos de prueba). Debe identificar al abogado defensor y disponer lo necesario para la continuación efectiva del acto

oral. El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de inasistencia. Las partes deben coadyuvar –contribuir, asistir o ayudar a la consecución de una cosa– en la localización y comparecencia de los testigos y peritos que han propuesto.

Expedido el auto de citación a juicio, la segunda decisión que ha de tomar el juez penal –colegiado: pena del delito acusado sea en su extremo mínimo mayor de seis años, o unipersonal: los demás supuestos–, será la de formación del expediente judicial conforme al artículo 136 CPP. El contenido y trámite para la debida conformación del expediente aparecen descritos en los artículos 136 y 137 CPP.

Si el fiscal acompaña el expediente fiscal con su acusación, es este el que se remite al juez penal. Por tanto, de oficio dispondrá se forme el expediente judicial e incorporará: los actuados relativos a la acción penal y civil, las actas de constancia probatoria, las actas de prueba anticipada, informes periciales y documentos, resoluciones dictadas durante la etapa de investigación preparatoria e intermedia con los actos de investigación y actuaciones que la sustenten. Puesto en conocimiento la decisión del juez penal y el expediente judicial, se inicia un trámite incidental de adición o exclusión de piezas procesales, que se resolverá mediante decisión inimpugnable. Las actuaciones no incorporadas serán devueltas al fiscal.

LECCIÓN DÉCIMA CUARTA

LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

I. ASPECTOS BÁSICOS

1. Concepto

Es el procedimiento principal –artículo 356.1 CPP–. Está constituido por el conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la celebración del juicio, que, como acto concentrado, es la máxima expresión del proceso penal. Se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso. No cabe absolución de la instancia. Como núcleo esencial del proceso penal tiene lugar la práctica de la prueba y, sobre ella y su resultado, se fundamentará la sentencia –artículo 393.1 CPP–.

2. Principios

El juicio oral se concentra en una o varias sesiones y se desarrolla bajo los principios de contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, así como los de igualdad, aportación de parte y acusatorio.

A. El principio de oralidad es esencial y constituye instrumento ineludible para una correcta formación de la prueba. Las pruebas personales (testimoniales, declaración imputado y examen de los peritos) deben ser practicadas, como regla, en forma oral –garantiza la plena asunción de la información, que no permite la escritura–. Las demás pruebas (documentales y documentadas) se leen, escuchan o visualizan. El Tribunal examina por sí mismo la fuente de prueba. Pero este principio no solo se impone en la práctica de la prueba, también rige en otros principales actos que se practican en el juicio, tales como presentaciones y alegatos de las partes, y la última palabra del acusado.

B. El principio de contradicción, que se manifiesta fundamentalmente en la garantía de defensa procesal, asegura la existencia de una dualidad de posiciones. La verdad se halla sobre la base de una oposición entre partes encontradas. Se expresa en la práctica de la prueba y en los alegatos; las partes exponen sus respectivas afirmaciones-defensas en el tiempo necesario y las discuten-debaten produciendo la prueba en que se sustentan. Por lo demás, el reconocimiento del derecho a la última palabra es la manifestación más clara del derecho del acusado a contradecir personalmente lo practicado en el juicio. El principio de contradicción presupone igualdad de armas: la defensa debe contar con las mismas posibilidades de actuación que la acusación, y la presencia obligatoria del imputado y su defensa, de acuerdo con el principio *auditur et altera pars*. En materia de prueba sumarial –siempre que medie irrepetibilidad y urgencia–, esta solo puede acceder al Plenario en la medida que la contradicción haya sido respetada [CALDERÓN/CHOCLÁN].

C. El principio de inmediación afianza una formación correcta, adecuada y plena de la prueba, especialmente si esta es personal. El Tribunal observa las reacciones de los órganos de prueba, que a su vez le permite decidir con mayor fundamento de causa. Vinculados a este principio se encuentran los de concentración y de identidad física del juzgador. La inmediación, subjetivamente, permite que el juez se relacione directa y estrechamente con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo; y, objetivamente, resguarda que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendadas por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar.

D. El principio de publicidad constituye una garantía para la sociedad que controla de este modo la justicia penal. La oralidad tiene como fin afirmar la publicidad. Protege a las partes de una justicia sustraída al control público, evitando el oscurantismo y las resoluciones arbitrarias y mantiene la confianza en los tribunales al permitir que los ciudadanos conozcan cómo se administra justicia.

3. Regulación legal

La Sección III, que integra el Libro Tercero del CPP, está dedicada al juzgamiento. Consta de seis títulos con un total de 48 artículos: 356-403 CPP. Se distribuye de la siguiente manera:

Título I Preceptos generales (356-366):	11 artículos
Título II Preparación del debate (367-370):	4 artículos
Título III Desarrollo del juicio (371-374):	4 artículos
Título IV Actuación probatoria (375-385):	11 artículos
Título V Alegatos finales (386-391):	6 artículos
Título VI Deliberación y sentencia (392-403):	12 artículos

II. RÉGIMEN DEL JUICIO ORAL

El juicio oral está sometido a un régimen jurídico preestablecido, que consagra los principios que le son inherentes. Así, se tienen los regímenes de publicidad, concentración, concurrencia de los sujetos procesales, poder disciplinario, documentación, dirección, etcétera.

1. Régimen de la publicidad

El juicio se realiza en audiencias a las que tiene acceso el público y los medios de comunicación social, instancia que asegura el contralor del mismo en todos y cada uno de sus actos. Las garantías o condiciones apropiadas para el acceso del público y prensa deben ser proporcionadas por el Tribunal. La gente ingresará desarmada, y no podrán hacerlo los menores de 12 años, ebrios, drogados o anormales psíquicos graves. Rige el artículo 357 CPP. El principio de oralidad, pues, significa que podrán conocer del proceso personas que no son parte del mismo [Calderón/ Choclán].

Este carácter del juicio, empero, no es absoluto. Puede declinarse si concurren otros intereses jurídicos constitucionalmente relevantes, cuya solución está en función al principio de proporcionalidad (artículo 357 CPP). Las exigencias para hacerlo son legalidad, judicialidad y restricción total o parcial, según la entidad del motivo invocado. Se requiere, por tanto, auto motivado para determinar la privacidad del juicio, total o parcialmente. Son cuatro las causales legalmente previstas para la restricción de la publicidad: a) afectación directa del pudor, intimidad o integridad física de un participante procesal, como puede ser el caso de un menor de edad (la STEDH, de 16-12-99, estipuló que tratándose de niños debe llevarse el juicio de forma que se redujera en la medida de lo posible la intimidación y la inhibición del interesado, por lo que no se vulnera el principio

de publicidad por las medidas que restringen la publicidad a favor del menor); **b)** afectación grave del orden público o la seguridad nacional (las SSTEDH Campell y Fell de 28-08-84 y Doorson de 26-03-96, admitieron, de un lado, la celebración a puerta cerrada de presos terroristas en función al riesgo de grave alteración del orden público; y, de otro, en la toma de declaración de testigos en habitación contigua a sala de audiencias, sin ser vistos pero sí oídos por el acusado y su defensa); **c)** afectación de los intereses de la justicia (secretos particulares, comerciales o industriales, o manifestación de público que turben el desarrollo del juicio); y **d)** previsión en una norma expresa. Una excepción absoluta al secreto del juicio se refiere al juzgamiento de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a los derechos fundamentales de las personas (artículo 357.4 CPP).

Otras medidas intermedias que el tribunal, discrecionalmente, puede utilizar son: **(i)** prohibición de acceso y mandato de salida de determinadas personas por afectación del orden o decoro del juicio; **(ii)** reducción, por disciplina, del acceso del público; y **(iii)** prohibición del acceso de cámaras y otras si perjudican los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes.

El tribunal, discrecionalmente, podrá imponer a los participantes procesales el deber de guardar secreto de lo sucedido en el juicio. Si desaparece la causa debe reintegrarse la publicidad y cesar el secreto.

La sentencia, a diferencia de las actuaciones del juicio, está sometida y solo procede cuando está de por medio el interés de menores de edad (artículo 357°.5 CPP).

2. Régimen de la concentración

El juicio oral una vez abierto es continuo y no puede suspenderse en su trámite, por lo que las sesiones de la audiencia –si no acaban ese mismo día–se deben ser cumplir al día siguiente o subsiguiente, tomando el curso de cada una, hasta su conclusión (artículos 356.2 y 360.1 CPP). Las sesiones son continuas e ininterrumpidas; y, entre ellas, no podrán realizarse otros juicios, salvo aquellos que por su simplicidad lo permitan (artículo 360.5 CPP). La concentración, conjuntamente con la oralidad, dicen de la unidad de acto con que debe celebrarse el juicio y, técnicamente, de la pervivencia de la memoria para justificar el convencimiento judicial. Los juicios, pues, deben celebrarse en unidad de acto, mediante las sesiones consecutivas que sean necesarias para su conclusión [CALDERÓN/ CHOCLÁN].

El régimen de la concentración se debe a la vigencia de la oralidad y publicidad, por cuanto los jueces que intervienen, fuera de las notas que puedan llevar, retienen todo en la mente, lo mismo que las partes, por lo que se impone su intervención en el dictado de la sentencia en la aspiración de la mayor memoria de cada paso.

La ley instrumental, empero, reconoce excepciones (artículo 360.2 CPP). Son tres las causales: **a)** enfermedad de los sujetos procesales; **b)** fuerza mayor o caso fortuito –calamidad pública, fallecimiento de un participante procesal, huelga–; y **c)** cuando se establece legalmente (testigos imposibilitados de concurrir, artículo 381 CPP; retiro de los cargos por el fiscal: artículo 387.4 a CPP; acusación complementaria: artículo 374.2 CPP; poder disciplinario del Tribunal: artículo 364 CPP). El apdo. 4 del artículo 360 CPP, en el caso de testigos autoriza, de ser posible, la videoconferencia, y la declaración del testigo imposibilitado debe grabarse o tomarse nota integral de su testimonio. Otros motivos, derivados del derecho a la prueba y a la tutela, pueden ser, por ejemplo, la solicitud justificada de cambio de letrado, no haber contado con un tiempo suficiente para estructurar la defensa del caso, etcétera.

La suspensión de la audiencia es el detenimiento de la actividad procesal, la cual no podrá exceder de ocho días hábiles (artículo 360.3 CPP). Superado el impedimento, el juicio continúa al día siguiente del cese. Si dura más de ese plazo, se produce la interrupción que obliga a la reiniciación del debate. El fundamento se encuentra en la posibilidad de un error en la valoración probatoria, especialmente en la prueba personal, cuya formación depende de la inmediación y percepción directa por el tribunal; y su valoración, por cierto, del recuerdo del Tribunal.

La regla establecida por el artículo 360.3, último extremo, del CPP, que dispone que, por la interrupción del acto oral, esa parte del debate queda sin efecto y debe señalarse una nueva fecha para su realización, asimismo debe ser matizada en función a la ulterior posibilidad de un error en la valoración probatoria. Señala la STSE de 07-04-00 que ello sucederá cuando se trate de pruebas cuya valoración depende de la inmediación y percepción directa por el Tribunal, como la testifical, por ejemplo, pero no es el caso de otras pruebas, como las documentales, pruebas de contenido indeleble y permanente [Calderón/Choclán]. También tienen ese carácter las diligencias documentales, como por ejemplo las actas y demás documentos objeto de incautación (STSE de 29-03-99), al igual que los dictámenes periciales.

Por lo demás, es de insistir que el artículo 360 CPP tiene relación con el principio procedimental de concentración y carece por sí mismo del rango de un derecho fundamental (STSE de 29-03-99). Empero, desde la perspectiva del derecho ordinario, la vulneración del plazo legalmente previsto en orden a la suspensión del juicio determina la nulidad del debate por imperio del artículo 360.3, último extremo, CPP, en concordancia con el artículo 149 del mismo código.

La continuidad en el juicio también comprende a la sentencia. De tal forma que, finalizado el debate, sin mayor interrupción o suspensión, los jueces que presenciaron el mismo deben pasar de inmediato a deliberar y votar en sesión secreta las cuestiones sometidas a decisión.

3. Régimen de la concurrencia de los sujetos procesales. Inmediación

La regla general es la presencia ininterrumpida en el juicio del Tribunal y de las partes. Se trata, en principio, de una obligación procesal, constitucionalmente impuesta para afirmar el contradictorio y el debido esclarecimiento de los hechos; los jueces deben formar su convicción de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio [CALDERÓN/CHOCLÁN]. A su vez, los jueces que intervienen en el dictado de la sentencia deben haber intervenido en el debate, los que recibieron la prueba son los mismos que deben fundamentar la sentencia. De eso se trata la inmediación.

Respecto de los jueces colegiados, el apdo. 2 del artículo 359 CPP prevé una excepción. Si bien establece que las vacaciones, licencia, jubilación no les impiden participar en la deliberación y votación, cuando se advierte que no pueden concurrir a la audiencia o que ha surgido un impedimento, solo uno de ellos puede ser reemplazado. Se entiende que tal reemplazo debe ocurrir cuando el juicio se encuentra en el periodo probatorio.

La ausencia del fiscal, en aquellos casos en que su adjunto no intervenga (ausencia injustificada, inconcurrencia consecutiva a dos sesiones o no consecutivas a tres sesiones), autoriza que el Tribunal lo excluya del debate y a solicitar su reemplazo al fiscal superior en grado. La ausencia del tercero civil o del actor civil no impide la continuación de las sesiones del juicio, pero si este último no concurre se tendrá por abandonada su condición de parte. La ausencia injustificada del defensor del acusado a la audiencia genera: **1.** El reemplazo del letrado si la audiencia es inaplazable. **2.** Una sanción de conformidad con el artículo 292 de la LOPJ, si injustificadamente no asiste a una diligencia o abandona una diligencia en desarrollo (conforme al artículo 85.1 y 3 CPP).

El acusado tiene una obligación limitada de asistencia al acto oral, conforme prescribe el artículo 359.4 CPP. La presencia del imputado es obligatoria o indispensable para la instalación del juicio, para cumplir con el acto de intimación y declaración sobre los hechos –puede, eso sí, invocar su derecho al silencio–, y para la realización de un acto procesal concreto cuya presencia es indispensable, tales como reconocimientos, careos, ampliación de la acusación –lo que se justifica como consolidación del contradictorio–. La Ley solo exige que durante el debate el imputado esté a disposición del tribunal –lo que debe cuidar en todo momento, al punto de autorizar su conducción compulsiva–, sin que sea necesaria su presencia física en la sala de audiencias –puede dejar de asistir a las mismas por propia voluntad con comunicación previa al tribunal en tanto que rige como regla general el principio de presencia ininterrumpida–, en cuyo caso la labor representativa del defensor adquiere total vigencia.

4. Régimen de los incidentes

La concentración y unidad del debate exige que el acto oral se circunscriba al juicio de culpabilidad. La etapa intermedia permitió el saneamiento procesal y resolvió todo cuestionamiento al derecho de acusar y a la competencia del tribunal de juicio. No obstante ello, siempre es posible que surjan incidentes en el juicio respecto a la actuación de determinadas pruebas o algún suceso que marque su desarrollo. En estos casos, el artículo 362 CPP exige que se traten en un solo acto y que se resuelvan inmediatamente, sin perjuicio de su discusión contradictoria –el Tribunal fijará el ámbito y tiempo de discusión–. Las resoluciones interlocutorias que recaigan no son recurribles, salvo las expresamente previstas por la ley.

Empero, el artículo 393.3a CPP permite que en la sentencia se resuelva una cuestión incidental que se haya diferido para este momento. Se trata de una posibilidad excepcionalísima, pues la regla es su resolución inmediata.

5. Régimen disciplinario

Expresa el poder de policía de estrados y disciplinaria del Tribunal sobre todos los que asistan al acto oral: partes procesales, otros participantes procesales y público asistente. Todos ellos están sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Tribunal, así lo dispone el artículo 364 CPP. Este poder es el que controla la obligación que tienen todos los que asisten al acto oral de permanecer respetuosamente y en silencio, y de cumplir las directivas que se dictan –están prohibidas muestras de aprobación o desaprobación–. Los asistentes no pueden

llevar armamento u otras cosas aptas para molestar y ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al orden y decoro debidos ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

La infracción de estas obligaciones autoriza al tribunal a expulsar al perturbador e incluso mandar detener hasta por 24 horas a quien amenace o agreda a los jueces y a los demás participantes, sin perjuicio de las acciones penales respectivas. El alejamiento indebido de un imputado, testigo o perito de la sala de audiencias, obliga al tribunal a traerlo por la fuerza pública.

La expulsión de la Sala de Audiencias puede incluir al imputado y a su defensor. Para expulsar al defensor, previamente, debe apercibírsele, y de hacerse efectiva será reemplazado por el que designe la parte dentro de las 24 horas o, en su defecto, por el de oficio. La expulsión del imputado obliga a garantizar su derecho de defensa y debe autorizarse su reingreso si las circunstancias o el motivo que lo determinó han cesado, en cuyo caso debe informársele de lo esencial de lo ocurrido en su ausencia, además se le permitirá pronunciarse al respecto.

Una obligación específica del imputado se produce durante la estación de autodefensa o derecho a la última palabra. Debe ceñirse al tiempo acordado, de lo contrario se le apercibirá de quitársele el uso de la palabra e, incluso, de expulsarlo de la Sala de Audiencias. La lectura de sentencia puede producirse sin su presencia.

Si durante el juicio se comete un delito público, el tribunal ordenará la confección un acta específica y ordenará la detención del presunto culpable, poniéndole inmediatamente a disposición del fiscal adjuntando los antecedentes que correspondan (artículo 365 CPP).

6. Régimen de dirección, poder discrecional y auxilio jurisdiccional en el juicio

6.1. Poder de dirección

La dirección formal del juicio corresponde al tribunal. Dentro de él, al presidente y, en su caso, al director de debates: artículo 363 CPP. La dirección del juicio implica conducir su desarrollo, ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias o apercibimientos legales, recibir juramento y declaraciones, moderar la discusión impidiendo preguntas inadmisibles (artículo 376.3 CPP), limitar el tiempo de duración de las intervenciones o interrumpirlas cuando se

presenta abuso en su ejercicio. La dirección importa, en todo momento, garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa, sin coactarlas irrazonablemente. Esto no importa el menoscabo del sistema acusatorio, desde que el juez o el director de debate no tiene el poder de direccionar la persecución penal ni de incorporar oficiosamente como regla general elemento probatorio alguno, como tampoco de intervenir en la obtención de información con relación a las pruebas que deban producirse [Roxin].

La dirección material del debate es aquella que se dirige a la mejor formación de la convicción del Tribunal: determinar el orden de la práctica de pruebas (artículo 375.2 CPP), disponer el examen separado de los imputados (artículo 377.2 CPP), formular excepcionalmente preguntas a testigos y peritos (artículo 375.4 CPP), invitar a testigos o peritos que esclarezcan posibles contradicciones (artículo 378.6 CPP).

6.2. Poder discrecional

Es una potestad inherente al tribunal. Permite resolver cuestiones no regladas que se presenten en el curso del juicio, necesarias para su continuación. Las reglas que corresponde dictar deben respetar, desde luego, las garantías y principios que rigen el ordenamiento procesal penal. Frente a un conflicto de derechos debe utilizar ponderadamente el test de proporcionalidad. Una regla será, por ejemplo, amparar los derechos de los presentes en el juicio: que puedan comparecer libre de perturbaciones externas que derivan de una conducta improcedente durante el juicio; otra será, asimismo, preservar su dignidad estableciendo medidas para contrarrestar en su caso la estigmatización que puede derivarse de su asistencia al juicio.

6.3. Auxilio jurisdiccional

Cuatro grandes tareas le corresponden al auxiliar jurisdiccional (puede ser el secretario, el relator o un funcionario que compendie ambas funciones de auxilio). Son: **A.** Adoptar las acciones para la realización de las notificaciones y la puesta a disposición en la Sala de Audiencias de los objetos y documentos ordenados para la vista. **B.** Coordinar la asistencia de las partes y la comparencia de los demás participantes procesales. **C.** Dar la fe pública judicial. **D.** Tener a su cargo la documentación de las actuaciones y el control de los medios técnicos de reproducción y archivo.

7. Régimen de documentación del juicio

7.1. Registro de actuaciones

Si bien la audiencia se realiza bajo el principio de oralidad, sus actuaciones deben documentarse en un acta: artículo 361 CPP. Esta solo contendrá una síntesis de lo actuado y se firmará por el presidente del tribunal y el secretario; acta que podrá ser objeto de las observaciones que las partes pueden formular, además, el registro de la audiencia puede ser llevado por un medio técnico: grabación en audio o video. El acta y, en su caso, la grabación, demostrarán lo realizado en la audiencia.

Las características del acta constan en el artículo 120 CPP: la documentación del acta puede ser por escrito o por medios técnicos –estos últimos de preferencia–. Esta debe tener fecha y lugar de la celebración del acto, relación de personas intervinientes en su desarrollo, y una relación sucinta de lo que sucedido en él. Toda disposición especial que allí ocurra, legalmente prevista, debe hacerse constar en el acta.

La reproducción audiovisual es posible, pero ello no elimina la confección y suscripción del acta.

7.2. Intervención y peticiones de las partes

El principio de oralidad, a su vez, exige que toda petición o cuestión propuesta en audiencia sea argumentada oralmente. Asimismo, toda participación en la audiencia requiere la palabra hablada. Se prohíbe lectura de escritos.

7.3. Resoluciones dictadas en la audiencia

La oralidad también está vinculada a los decretos y resoluciones interlocutorias o autos dictados en el curso de la audiencia. Por tanto, se dictarán y fundamentarán verbalmente, debiendo constar su registro en el acta. Su registro implica incorporar integralmente la decisión, y debe cumplir con los requisitos del artículo 123.1 CPP.

III. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL

1. Estructura del juicio oral

El acto oral es una actividad procesal penal compleja y unitaria. La ley instrumental impone un orden sucesivo o una secuencia de actos procesales, inmodificable en sus rasgos esenciales. Los periodos procesales que comprende, por consiguiente, no pueden alterarse.

El juicio oral se divide en tres periodos o subfases:

A. Periodo inicial, que consta de los pasos preparatorios o preliminares del juicio, de los actos de iniciación, de la posible conformidad y de la presentación excepcional de nueva prueba (artículos 367-374 CPP).

B. Periodo probatorio, que se refiere a la actuación de los medios de prueba (artículos 375-385 CPP).

C. Periodo decisorio, que consta de dos grandes pasos, los alegatos finales y la deliberación y sentencia (artículos 386-403 CPP).

2. El periodo inicial

Consta de seis actuaciones: actos preparatorios, actos de instalación y apertura, alegatos de apertura, actos de asistencia judicial, conformidad y ofrecimiento de prueba.

2.1. Actos preparatorios o preliminares del juicio

Los artículos 367-370 CPP regulan los actos previos, imprescindibles, que condicionan la realización del juicio. El primer problema que se afronta es el de la presencia del imputado. En primer lugar, se ratifica la necesidad de su presencia con su defensor, y la exigencia de su debida citación bajo apercibimiento de su declaración de contumacia; no hace falta una segunda citación. La ausencia del acusado impide la celebración del juicio, obliga a la declaración de contumacia y al señalamiento de nueva fecha para la audiencia.

En caso de pluralidad de acusados, si alguno de ellos no concurre, el acto oral continúa. En este supuesto, el inasistente puede incorporarse al juicio –siempre antes que concluya el periodo probatorio–, oportunidad en que se le hará saber los cargos –es el acto de intimación– y se le informará de lo ocurrido en

su ausencia, a la vez que se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, actuándose a su vez las pruebas compatibles con el estado del juicio.

El lugar del juicio es la Sala de Audiencias, así designado por el tribunal. Si el acusado está enfermo, excepcionalmente, puede realizarse la audiencia donde se encuentre, siempre que sea posible hacerlo según las condiciones del lugar y su estado de salud. La Sala de Audiencias puede encontrarse en un lugar adyacente a un establecimiento penal, en tanto en cuanto se asegure la publicidad y las condiciones materiales para su realización.

2.2. Actos de instalación y apertura del juicio

El primer paso será constatar la presencia del tribunal en pleno y de las partes. Se debe advertir, previamente, la correcta citación a las partes y órganos de prueba. La inasistencia de las partes contingentes (actor civil, responsable civil, persona jurídica) no impide la instalación de la audiencia, quienes deben ser citados para su efectiva concurrencia. Sobre esas premisas se instala la audiencia. Esta audiencia es inaplazable (artículo 355.6 CPP).

El artículo 370 CPP establece la ubicación de las partes y la sede de los testigos y peritos. A continuación, una vez declarada la instalación de la audiencia, el tribunal identifica la causa-objeto del juicio.

2.3. Alegatos preliminares o de apertura

Inicia la ronda de intervenciones el fiscal, quien expondrá resumidamente los hechos acusados, la calificación jurídica, y las pruebas ofrecidas y admitidas. Acto seguido, les corresponde a los abogados del actor civil y del tercero civil, quienes expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, sigue la defensa del acusado, quien expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas. La finalidad de estos alegatos es introducir al tribunal y al público en los objetivos fundamentales que perseguirá la parte procesal concernida durante el juicio. También sirve para hacerse cargo de las alegaciones de la contraparte y para esbozar las cuestiones jurídicas que son relevantes para la resolución del caso.

2.4. Actos del deber judicial de instrucción

El tribunal debe informar o instruir directamente al acusado sus derechos y, en especial, de la libertad de declarar o no hacerlo. También le debe informar, no obstante lo anterior, que está autorizado a ser oído para aclarar, ampliar, complementar o declarar si antes se abstuvo. De igual manera, se le informará del derecho de poder comunicarse en todo momento con su abogado, sin que esa posibilidad paralice el juicio.

2.5. Conformidad

Cuatro puntos deben tomarse en consideración. Son:

A. Cumplido el deber judicial de instrucción, el tribunal debe preguntar al imputado si admite ser autor o partícipe del delito acusado y responsable de la reparación civil. Si el acusado acepta los cargos, previa consulta con su abogado, el tribunal dispondrá la conclusión del debate. Es un supuesto de terminación anormal del proceso. Es posible, incluso, que se pida la suspensión del juicio para una negociación con el fiscal respecto de la pena. Sobre la conformidad, la sentencia se emitirá dentro del plazo de 48 horas, bajo sanción de nulidad. La ley 30962, de 18 de junio de 2019, al modificar el artículo 372, numeral 2, del CPP, estableció que la reducción de la pena no procede en el artículos 108-B y en los delitos previstos en el libro segundo, título IV, capítulo I (violación de la libertad personal): artículos del 153 al 153-J y capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo), XI (ofensas contra el pudor) del Código Penal. En caso de una pluralidad de acusados es posible que unos acepten y otros no, lo que no impide la sentencia de conformidad, siempre que "existan elementos suficientes para conocer [o, mejor dicho, fallar] con independencia" (artículo 51 CPP); norma aplicable en cuanto se produce una separación de imputaciones. El Acuerdo Plenario n.° 5-2008/CJ-116 posibilita la denominada conformidad parcial, sin embargo y conforme al artículo 5 de la Ley n.° 28122, permite que el juez no aplique esta institución cuando la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral.

B. El artículo 372 CPP, como regla general, presupone una conformidad total o propia –todos los imputados la aceptan– y absoluta –comprende pena y reparación civil- (apdo. 2), así como, en su defecto, una conformidad parcial o impropia –solo algunos acusados aceptan, pero incluye todos los

cargos objeto de atribución–. La conformidad absoluta puede ser unilateral o negociada –el acusado negocia con el fiscal una respuesta punitiva consensuada– (apdo. 4). De esta manera, puede definirse la conformidad como un acto unilateral –aunque en algunos casos tendencialmente negociado– y de disposición de la pretensión efectuado por el imputado, previa consulta con su abogado, basado en el principio de adhesión, por el que, mediante el allanamiento a los cargos: reconocimiento a los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.

C. La sentencia conformada se dicta aceptando los términos del acuerdo, de la conformidad expresada por el acusado. El hecho que da lugar a la subsunción jurídico penal no se construye por el juez a través del juicio – que no existe– sino por el allanamiento del acusado, pero sobre esa base el Tribunal está autorizado a absolver por atipicidad o porque la descripción del suceso revela con evidencia una causa de exención de pena. Por otro lado, si esa misma descripción fáctica revela la presencia de un factor de atenuación de la pena (exención incompleta, atenuantes específicos o genéricos, entre otros) impondrá una pena menor a la aceptada o acordada. Sobre la reparación civil, la variación solo será posible si existe actor civil constituido en autos y hubiera observado el monto asignado; en tal caso, podrá fijar la suma que corresponda, siempre que sea factible hacerlo, y de no ser así pueda deferir su determinación luego del juicio contradictorio (Acuerdo Plenario n.° 5-2008/CJ-116, FJ, 16).

D. La conformidad relativa –según su objeto–, en cuya virtud, conforme al artículo 372.3 CPP, el imputado cuestiona la pena y/o la reparación civil, respecto de lo cual no ha mediado acuerdo con la Fiscalía y el actor civil en su caso, produce una cesura del juicio. En consecuencia, el debate se circunscribirá a los ámbitos objeto de contradicción, y en ese ámbito se determinarán los medios de prueba que deberán actuarse. En lo que respecta al objeto civil, si con lo que consta en autos es posible determinar su cuantía, no será necesario abrir una instancia contradictoria; de lo contrario, se abrirá una etapa de prueba para establecer la cuantía y, además, los obligados a cubrirlos cuando se trata de una pluralidad de copartícipes (Acuerdo Plenario n.° 5-2008/CJ-116, FJ 25).

2.6. Características de la conformidad

A. Es un acto unilateral, pero estructuralmente inducido. Se trata de una renuncia explícita al juicio oral donde el fiscal, con una mínima actividad de investigación, solicita al juez de conocimiento la imposición de una pena sin que haya sido realizado el juicio íntegramente. Se entiende que no parte de manera exclusiva de la voluntad del investigado, sino que corresponde a un ofrecimiento de la Fiscalía que proyecta un acto de postulación para que sea avalado o rechazado por el juez [Bernal].

B. Suspende el juicio penal. La conformidad suspende el juicio, pues se estima suficiente proferir una sentencia condenatoria sobre la base de la declaración de conformidad del imputado.

C. Acto que debe ser asesorado por el abogado defensor. A pesar de que la decisión le corresponde al imputado, las alegaciones sobre la culpabilidad deben ser analizadas por el abogado defensor, quien es la persona que puede realizar un pronóstico técnico sobre las consecuencias de la aceptación de cargos por parte del imputado.

D. Requiere un control judicial. El tribunal debe analizar si se cumplen los presupuestos para la conformidad y verificar la congruencia entre la acusación y la sentencia.

E. No admite retractación. Al tratarse la conformidad de un acto libre, voluntario y espontáneo que realiza el imputado la regla es la prohibición absoluta de retractación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta excepciones en cuanto puede presentarse un supuesto de claro vicio del consentimiento del imputado o cuando las pruebas que se han obtenido para demostrar la responsabilidad se determinan que son ilegales al vulnerar los derechos fundamentales del imputado.

La sentencia conformada puede ser impugnada para controlar los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para su validez, así como para que, en su caso, se cumplan en esta los términos del Acuerdo entre las partes [Calderón/Choclán].

2.7. Actos de ofrecimiento de prueba

Dispuesta la continuación del juicio, es posible tanto el ofrecimiento de nueva prueba como la posibilidad de discutir prueba indebidamente rechazada en sede intermedia.

La admisión de prueba nueva, empero, está condicionada a aquellas pruebas que las partes recién conocieron con posterioridad a la audiencia preliminar de control de la acusación. Debe demostrarse y argumentarse sólidamente ese desconocimiento previo, pues sin él no cabe admitir la prueba. La prueba propuesta ha de ser lícita insustituible, fundamental en orden al *thema decidendi*: pertinencia material –y de posible realización pertinencia funcional–; además, debe ser necesario, esto es, la susceptibilidad de que el fallo hubiera podido ser otro mediante esa prueba.

La reiteración de prueba rechazada en sede intermedia es también posible. Para ello se requiere una especial argumentación de las partes. Se resuelve inmediatamente, previo traslado a las partes.

3. El periodo probatorio

3.1. Método de la actuación probatoria

Deben contemplarse tres aspectos:

A. El periodo probatorio es el periodo principal del juicio y del proceso penal en su conjunto. En tanto el tribunal solo puede fallar respecto del material probatorio actuado en su presencia y según las reglas del juicio –rigen, primordialmente, los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio–, es imprescindible que la producción de la prueba tenga lugar bajo los principios procedimentales de inmediación, oralidad y publicidad, cuyo escenario único y propicio es la audiencia. Las reglas básicas están prescritas en el artículo 375 CPP.

B. En función de las pruebas admitidas en la etapa intermedia y en el periodo anterior, el tribunal, oídas las partes, decide el orden de presentación de los órganos de prueba (acusados, testigos y peritos) y de los medios de prueba que deben actuarse. La Ley, sin embargo, define un orden básico de actuación de los medios de prueba: examen del acusado, declaración de testigos, examen de peritos, exhibición y debate de la prueba material, oralización de la prueba documental, realización de inspecciones oculares y/o reconstrucciones, y actuación de prueba adicional.

C. Las partes realizan el interrogatorio directo a los órganos de prueba; es la técnica del *cross examination* o interrogatorio directo por las partes. La intervención del tribunal en la actividad probatoria se concreta a conducirla

regularmente. Así, interviene para que las partes hagan los esclarecimientos correspondientes e interroga, excepcionalmente, ante un vacío en el aporte de información.

3.2. Declaración del acusado

Las reglas están previstas en los artículos 376-377 en concordancia con el artículo 88, CPP. Así:

A. El acusado puede negarse a declarar total o parcialmente. Si procede de esa forma, pueden leerse y someterse a debate sus declaraciones ante el fiscal, que se harán en la estación de oralización correspondiente [apdo. 1].

B. El acusado que acepta declarar será interrogado, primero, por el fiscal, luego por las demás partes acusadoras, a continuación, por los abogados del tercero civil y de los otros acusados, y por último, por su abogado defensor. Las preguntas prohibidas serán rechazadas aún de oficio, sin perjuicio de las objeciones que formulen las partes.

Están descartados los interrogatorios que producen **(i)** influencia corporal –maltratos–; **(ii)** influencia psíquica directa –engaños, hipnosis, amenazas, promesas de una ventaja no prevista en la ley, tortura psicológica–; **(iii)** coacción ilegítima; y **(iv)** las medidas que afectan la memoria y la capacidad de comprensión (narcoanálisis, detector de mentiras).

Son prohibidas las preguntas **(i)** indirectas, **(ii)** oscuras –que carecen de claridad y confunden al declarante, son las preguntas ambiguas–, **(iii)** impertinentes –que no guarden relación con los hechos del debate o tema de prueba, siendo del caso aceptar las preguntas que buscan examinar la relación del acusado con la víctima y demás testigos–, **(iv)** inútiles –que no apuntan a esclarecimiento alguno referido a los hechos acusados–, **(v)** repetitivas –que insisten sobre un punto ya contestado y explicado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria–, **(vi)** capciosas –es una pregunta que esconde la afirmación o negación de un hecho o circunstancia decisivo, utiliza un ardid para engañar y tienden a confundir al declarante por su formulación artificiosa– y **(vii)** que contengan respuestas sugeridas –es una pregunta sugestiva, en tanto insinúa la contestación, de ordinario describiendo el hecho o circunstancia cuya afirmación o negación se pretende–.

C. El ámbito y pasos de la declaración está prevista en el apdo. 2 y en el artículo 88 CPP. Presupone un aporte libre y oral de relatos, aclaraciones y explicaciones. Primero, declara sobre sus generales de ley. Segundo, expone libremente sobre el hecho atribuido. Tercero, interrogatorio por las partes, que incluye reconocimiento de documentos, personas, voces, sonidos y cosas.

D. Los acusados declaran según el orden fijado por el tribunal, oídas las partes. De oficio o a pedido de parte puede examinarse separadamente a los acusados, alejando a los restantes de la Sala de Audiencia. Si esto último tiene lugar, a su culminación debe ponerse en conocimiento de los acusados las declaraciones vertidas, y darles la oportunidad de formular aclaraciones o rectificaciones sobre lo declarado por sus coimputados.

3.3. Declaración del testigo

Las reglas del interrogatorio son las mismas, en lo pertinente, que las del imputado. En Primer lugar, se produce el interrogatorio de identificación; luego, se le exige juramento o promesa de decir la verdad; a continuación, expondrá sobre los temas objeto de su convocatoria, dando razón de su información; y, por último, será interrogado, primero, por quien lo ofreció y, luego, por las partes restantes. El testigo debe dar razón precisa de los hechos sobre los cuales declara. Asimismo, se debe distinguir entre los testigos oculares directos, que declaran sobre los hechos que han observado y los hallazgos encontrados, de los testigos de oídas, que son aquellos que no han presenciado el hecho pero han tenido información de este por terceras personas o por versión, por ejemplo, del imputado [CÉSAR SAN MARTÍN]. En garantía de la espontaneidad del testimonio, se prohíbe que los testigos, si son varios, puedan enterarse de lo ocurrido en la Sala de Audiencia ni podrán comunicarse entre sí. Una limitación existe cuando el testigo se niega a declarar, explicable por la primacía del principio de inmediación tratándose de prueba personal: no se puede leer su declaración sumarial, pues se conculcaría el derecho de defensa de los imputados expresados en la posibilidad de interrogar al testigo (Sentencia CIDH de 30-05-99, Caso CASTILLO PETRUZZI).

Están prohibidas las preguntas impertinentes –aquellas que no tengan relación con el tema debatido–, sugestivas –aquellas que se formulan de tal manera que inducen a dar una respuesta en determinado sentido, es decir la que sugieren la respuesta– o capciosas –aquellas que son engañosas, que tienden a confundir al testigo por su formulación artificiosa, para provocar una respuesta que daría en

otro sentido si la pregunta hubiese sido formulada sin subterfugios–. No se puede presionar al testigo ni ofender su dignidad. Frente a preguntas prohibidas caben las objeciones y ante las decisiones del tribunal caben las reposiciones. Las preguntas sugestivas son admisibles en el contradictorio.

Cuando se trata de un testigo menor de 16 años de edad cabe una especialidad. El interrogatorio lo hace el tribunal y puede aceptarse el auxilio de un familiar y de un experto en psicología. No obstante, a pedido de parte, puede autorizarse el interrogatorio directo "si no perjudica su serenidad". Otros testimonios especiales, tales como de mudos, sordos o sordomudos, que no hablen el castellano, enfermos, requieren pautas propias, fijadas en el artículo 171 CPP.

3.4. Examen del perito

Se inicia con una exposición del contenido y conclusiones del dictamen pericial; luego se le exhibirá para su reconocimiento; a continuación, explicarán las operaciones periciales realizadas, dando razón de su conocimiento; y, por último, serán interrogados por las partes comenzando por quien propuso la prueba. Los peritos pueden consultar sus notas. Si existen contradicciones entre los peritos convocados, en especial entre el oficial y el de parte, se procederá al debate pericial para esclarecer los puntos objeto de discordia y, en su caso, lograr un consenso sobre el punto discrepante –el artículo 181.2 CPP estipula la obligatoriedad del debate pericial–. Por otro lado, el artículo 181.1 CPP prevé el supuesto de las pericias institucionales: el órgano que emite el dictamen pericial designará al perito que debe concurrir el juicio, no hace falta que concurra quien lo emitió, pues se entiende que quien lo hace es la institución.

3.5. Disposiciones comunes a testigos y peritos

El artículo 378, incs. 6, 8 y 10 CPP, prevé disposiciones comunes a testigos y peritos. **1.** En caso de que el testigo o perito no se acuerde de un hecho relevante, se puede leer el extremo de su declaración anterior o del dictamen para que haga memoria. **2.** De igual modo se procederá si se presenta una contradicción entre lo que expuso en el acto oral y lo que declaró o consignó en sede sumarial, para lo cual es procedente confrontarlos con sus propios dichos. **3.** Procede un interrogatorio complementario si nuevos datos así lo aconsejan. **4.** En caso de inconcurrencia por impedimento justificado, pueden ser examinados en donde se encuentren, pueden ser objeto de declaración o examen a distancia –videoconferencia– o actuación vía

exhorto o por comisión, cuya acta será integral o por registro fílmico o audiográfico o videográfico.

3.6. Exhibición y debate de la prueba material

El conjunto de la prueba material: cuerpo del delito y vestigios materiales –materialidades como modo de expresión de un hecho punible–, luego de la prueba personal, y siempre que sea factible por su propia entidad, pueden ser exhibidos, examinados y debatidos por las partes. Es posible, incluso, que se presenten cuando declaren los acusados, testigos y peritos para su reconocimiento o que informe sobre ella.

Procesalmente cuerpo del delito comprende: **a)** *objetum sceleris*: persona o cosa objeto del delito (cadáver o droga); **b)** *instrumentum sceleris*: instrumentos del delito (arma empleada, útiles para el robo, vehículo para transporte); **c)** *productum sceleris*: productos o beneficios del delito, comprende los objetos producidos por el delito, como la moneda falsa, y la ventaja patrimonial derivada del delito, como el precio del cohecho, la contraprestación recibida por el transporte de droga). Piezas de Convicción es un concepto más amplio: son aquellos elementos que dejen constancia de la realidad de un hecho punible, y que por ello es auxiliar la función investigadora (armas, instrumentos, huellas dactilares, manchas de sangre, ropas, cabellos, etc.) [CALDERÓN/CHOCLÁN].

3.7. Prueba documental

Debe distinguirse la prueba documental en estricto sentido, de la prueba documentada. La primera, es toda representación realizada por cualquier medio –escrito, hablado, visionado, etcétera: artículo 185 CPP–, de la realidad y que preexiste al proceso y es independiente de él, de manera que se aporta al mismo, según señala el artículo 184 CPP, con fines esencialmente probatorios (ASENCIO) –es único y no se puede cambiar y, lo que es más importante, no cambia de contenido por el transcurso del tiempo [Moreno]–; requiere, en su caso, del reconocimiento por su otorgante, conforme al artículo 186 CPP, salvo el informe de la diligencia de inspección o revisión ante su cuestionamiento de falsedad u ocultamiento de datos, según el artículo 188 CPP. La segunda comprende las actas que contienen tanto la prueba preconstituida –actas de constancia– como la prueba anticipada y, excepcionalmente, actos de investigación sometidos a confrontación por razones de irrepetibilidad y urgencia [GIMENO].

Si bien su apreciación se hace por la observación directa del juzgador, su práctica requiere de reproducción a través de su lectura, audición o visionado, según la clase de documento de que se trate. A esto último en el CPP se denomina "oralización".

El artículo 383 CPP permite la lectura limitada de los documentos, pero confunde documento *stricto sensu* de actuación documentada. Así, son prueba documental estricta: denuncias, documentos, informes, certificaciones y constataciones. Las demás constituyen prueba documentada (acta de prueba anticipada y prueba preconstituida: diligencias objetivas e irreproducibles del fiscal o la policía, declaraciones prestadas mediante exhorto, declaraciones y examen que devengan en imprevisibles).

La práctica de la oralización se hace por el sistema de listas. Se inicia con los propuestos por la Fiscalía, sigue el actor civil y el tercero civil, y culmina con la del acusado. Se debe individualizar el documento y destacar oralmente su significado probatorio útil. La lectura o grabación, si son extensos, puede ser objeto de prescindencia o, en todo caso, de su lectura o reproducción parcial. Culminada la exposición de cada parte, se concederá la palabra a las copartes y contrapartes para exponer contradictoriamente las explicaciones, aclaraciones, refutación o pronunciamiento sobre su contenido.

3.8. Prueba adicional

El artículo 385 CPP autoriza, de un lado, la actuación de las pruebas de inspección ocular y reconstrucción; y, de otro, de pruebas adicionales, incluso de oficio, según el resultado del debate. Así:

A. Es posible, en caso no se han realizado las diligencias de inspección ocular y reconstrucción o estas resultaren manifiestamente insuficientes, disponer su actuación en el acto oral, luego de la oralización de la prueba. Se trata de una prueba excepcional pues son pruebas típicas y propias de los primeros momentos de la investigación: la alteración de la escena del delito y el tiempo transcurrido borra las huellas y vestigios materiales de su comisión. En todo caso podrán denegarse si el tribunal dispone de elementos suficientes para formar su juicio cognitivo, al resultar innecesarios y superfluos, y dichos elementos aparecen inconcusos de las pruebas practicadas. La inspección ocular resulta inútil luego de un tiempo razonable de la conclusión de la investigación, pues no cabe recoger huellas o vestigios que pongan de

relieve que la comisión de los hechos se realizó en forma diferente a la acreditada en autos (STSE de 0201-84).

B. Frente a la manifiesta necesidad y utilidad de nuevos medios de prueba, como consecuencia de las actuaciones del juicio oral, el CPP autoriza el ofrecimiento de prueba adicional, tanto por las partes cuanto por el juez (por ejemplo, prueba nueva o prueba sobre la prueba: falta de veracidad, integridad o autenticidad de alguna prueba actuada –que surge de lo actuado o que se conozca en el curso de la actuación probatoria o a su conclusión inmediata–). En este último caso, de prueba de oficio, su excepcionalidad se destaca en el hecho que el tribunal "cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes". La decisión adoptada por el Tribunal a este respecto, de prueba adicional, es irrecurrible.

4. El periodo decisorio I. Alegatos finales

Culminada la actuación probatoria, esencia del juicio oral, sigue el periodo final, que consta de dos grandes subfases: alegatos finales, de un lado, y deliberación y sentencia, de otro.

4.1. Reglas generales. Posición de las partes

Tras la realización de la prueba, las partes, por su orden, expondrán oral y razonadamente sobre el resultado probatorio según su punto de vista; al final de su exposición fijarán sus conclusiones de modo concreto. Ello significa que establecerán definitivamente sus pretensiones, trazadas provisionalmente en sus alegatos preliminares o preparatorios –entre estas y las primeras no puede haber una mutación o variación esencial, en tanto rige la prohibición de la mutatio libellis–. La oralidad es su rasgo sustancial, sin perjuicio que las partes puedan auxiliarse con notas, medios gráficos o audiovisuales. El tribunal fijará un tiempo prudencial para el alegato final, pero puede disponer, de ser necesario, un tiempo adicional, pero culminado el tiempo acordado debe apercibir a la parte concernida para su culminación, al punto que si no hace debe dar por terminada la exposición.

El orden de los alegatos está fijado en el artículo 386.1 CPP. Empieza el fiscal, sigue la defensa del actor civil y del tercero civil, continúa el defensor del acusado, y culmina el acusado con su autodefensa. El agraviado puede intervenir, en cuyo caso lo hará antes del acusado (artículo 386.3 CPP).

Como se trata de alegatos finales, la definitividad de la pretensión que deben introducir, a diferencia de la provisionalidad de la pretensión en el primer momento, posibilita su cambio, sin alterar su objeto de modo esencial.

4.2. Alegato final del fiscal

El fiscal puede adoptar tres posiciones frente a la acusación escrita. Así:

A. Ratificar el contenido de la acusación escrita en todos sus extremos, si considera que el juicio ha permitido probar los cargos, y la pena y reparación civil solicitadas.

B. Modificar la acusación escrita, cuyo ámbito es: **(i)** aumento o disminución de la pena solicitada o de la reparación civil, o pedir medida de seguridad; y **(ii)** corregir errores materiales o incluir una circunstancia delictiva, sin que modifique esencialmente la acusación –no cambia la calificación legal o integre un delito continuado– ni provoque indefensión –esa circunstancia ha de haber sido objeto de actividad probatoria contradictoria–.

C. Retirar la acusación, si considera que los cargos han sido enervados en el juicio. Esta opción requiere un trámite especial: traslado a las partes, suspensión del juicio, auto de retiro o de elevación al Fiscal superior jerárquico.

4.3. Acusación complementaria

El artículo 374.2 CPP autoriza al fiscal introducir una acusación complementaria, planteamiento que podrá formular en el curso del juicio oral, entendiéndose hasta antes de la clausura del periodo probatorio, pues conforme al principio de preclusión, iniciada la subfase de alegaciones finales, ya no cabe replantear el debate ni reabrir la estación probatoria, y lo que queda es la acusación oral, de carácter definitiva.

Es un acto escrito y procede cuando se trata de incluir un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación escrita, en tanto importen la modificación de la calificación legal o integren un delito continuado –un hecho o conducta homogénea bajo una misma voluntad o designo criminal–. Tal acusación solo se acepta si no vulnera el principio acusatorio: homogeneidad de bien jurídico vulnerado, y si se cumplen, alternativamente, uno de los dos requisitos antes citados: otro tipo legal o configuración de un delito continuado –u otro hecho que se añada a los fijados como tal–. No se decide su procedencia material. Emitido

el auto de aprobación de acusación complementaria, lo que cabe es reordenar el trámite procedimental: nueva declaración del imputado, nuevo ofrecimiento de pruebas y la actuación que corresponda, para lo cual puede suspenderse el juicio por cinco días, para las propuestas respectivas.

4.4. Alegato de la defensa de las demás partes

El CPP fija el ámbito de la intervención de las demás partes: actor civil, tercero civil y defensor del acusado –ello no obsta, desde luego, la intervención de la persona jurídica, del actor social y del agraviado–.

Es de resaltar que el actor civil no puede calificar el delito, pero puede referirse al hecho imputado, y resaltar los hechos relevantes y fijar los criterios de imputación de derecho civil. El tercero civil podrá negar la existencia del hecho, refutar la responsabilidad solidaria que se le atribuye, cuestionar la extensión y monto de la reparación civil, así como resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de derecho civil. El abogado del acusado, analizando la imputación, cuestionará la existencia del hecho, los criterios de imputación penal, y, en su caso, la pena y la reparación civil; concluirá solicitando la absolución, la atenuación de la pena u otro pedido que favorezca a su patrocinado.

4.5. Autodefensa del acusado

Es la expresión del derecho a la última palabra. Se pronunciará, si lo quiere, sobre todo el ámbito de la acusación –temas fácticos o jurídicos–. Lo hará directamente y sin mediación alguna, e introducirá cuantas alegaciones estime puedan contribuir al ejercicio y reforzamiento de su derecho de defensa (STSE n.° 1505/1997, de 9 de diciembre). Su límite es, primero, la pertinencia a los cargos en su contra; y, segundo, el tiempo acordado por el Tribunal, cuya inobservancia determinará el apercibimiento de conclusión, el cese de su exposición y, en caso grave, su desalojo –como todos los derechos, este no tiene caracteres absolutos o ilimitados (STSE n.° 335/2006, de 24 de marzo)–.

La negación de este derecho es causal de nulidad de la sentencia y del juicio (STSE n.° 669/2006, de 14 de junio), pues la última palabra es la que mejor expresa y garantiza, el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate; el acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación (STCE n.° 13/2006, de 16 de enero).

5. El periodo decisorio II. Deliberación y sentencia

5.1. Deliberación

Culminada la autodefensa el tribunal declarará cerrado el debate (artículo 386.5 CPP). A estos efectos se suspende la audiencia y se pasa a sesión secreta. La deliberación consiste, de un lado, en el examen por el tribunal de la prueba actuada y de los alegatos finales de las partes, y, de otro lado, previa votación, en el acuerdo sobre la culpabilidad o inculpabilidad del imputado, y si resulta lo primero, en la definición acerca de la sanción penal y de la reparación civil.

Conforme al artículo 392.2 CPP, el plazo para la definición de la deliberación es no más allá de dos días. Si algún juez se enferma, se puede extender a tres días más. Si la causa es compleja –definida por el artículo 342.3 CPP– los plazos, en ambos casos, se duplican. Si se vence el plazo de deliberación, se declara sin efecto lo actuado; se trata, entonces, de un plazo propio.

El acuerdo para adoptar decisiones –la votación– se alcanza por mayoría. Si no se produce mayoría respecto a la pena y/o reparación civil, se opta por el término medio. En caso de la pena de cadena perpetua, se requiere decisión unánime; y, si no se logra la unanimidad, se opta por la pena inmediata inferior: privación de libertad de 35 años.

El ámbito y características de la votación están reglados por el artículo 393 CPP. Así:

A. La decisión sobre la culpabilidad, el juicio de culpabilidad se centra en la prueba legítimamente incorporada, actuada en el acto oral y según sus reglas.

B. La valoración de la prueba, para la votación sobre este extremo, debe versar en un análisis individual de cada medio de prueba y, luego, global o de conjunto. Rige el principio de la libre valoración de la prueba, bajo el respeto a las reglas de la ciencia, experiencia y la lógica. El Tribunal debe realizar una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, con exclusión de criterios manifiestamente arbitrarios por vulnerar alguno de los valores principios, directivas o derechos constitucionales (STSE n.° 1096/1996, de 16-01-97, y STCE de 01-03-93).

C. El ámbito de la deliberación abarca siete cuestiones: **(i)** incidentes pendientes; **(ii)** existencia del hecho y sus circunstancias; **(iii)** responsabilidad del acusado, circunstancias modificatorias y grado de participación; **(iv)** la

calificación legal del hecho punible; **(v)** individualización de la pena y pronunciamiento sobre la medida de seguridad, sustitutiva o concurrente; **(vi)** reparación civil y consecuencias accesorias; y, **(vii)** costas.

5.2. Redacción de la sentencia

Producida la deliberación y definida la votación de las siete cuestiones antes mencionadas. Estas siete cuestiones, desde luego, son aplicables íntegramente para sentencias condenatorias; si son sentencias absolutorias solo cabe un pronunciamiento de las dos primeras cuestiones: incidentes y realidad del hecho punible. La deliberación y votación es un acto secreto, al igual que la redacción de la sentencia.

El artículo 395 CPP establece que la redacción de la sentencia corresponde al director de debates. Además, fija unas reglas de redacción específicas. Requiere que la sentencia se redacte en párrafos numerados correlativamente, que hagan mención a cada cuestión relevante. Los números pueden utilizarse para hacer referencia a normas legales y jurisprudencia. También pueden utilizarse notas al pie de página para citas doctrinarias y bibliográficas, y argumentos adicionales.

5.3. Lectura de la sentencia

Dentro del plazo fijado en el artículo 392 CPP –dos días o tres días adicionales en caso de enfermedad–, se constituirá el tribunal a la Sala de Audiencias, luego de convocar verbalmente a las partes. En esta oportunidad se leerá la sentencia ante las partes que comparezcan. Se entiende que el debate se cerró con la autodefensa, y la inasistencia de las partes no puede estimarse como una afectación al derecho de ser oída porque esa oportunidad ya se produjo y clausuró legalmente.

Una excepción consagra el apdo. 2 del artículo 392 CPP. Cuando el asunto es muy complejo –un plus frente al artículo 342.3 CPP– es posible leer la parte dispositiva de la sentencia o el fallo, y explicar verbal y concisamente el contenido de los fundamentos de la decisión. Además, en ese caso, se mencionará la fecha en que se leerá íntegralmente: el plazo máximo es de ocho días posteriores a la lectura en cuestión. En esta última ocasión en que se puede entender notificada la sentencia, sin perjuicio de que las partes reciban copia de ella en ese acto.

5.4. Recurso de apelación

Leída la sentencia –se entiende toda ella, no es de recibo la sola lectura de la parte dispositiva–, corresponde preguntar a las partes si interponen recurso de apelación. Las partes, en ese acto, pueden recurrir –la formalización o fundamentación del recurso se producirá posteriormente– o reservarse su derecho –el plazo para recurrir rige desde el mismo acto en que se lee la sentencia: artículo 405.1b CPP–. El plazo para el recurso a los no concurrentes se inicia desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal. La formalización del recurso es de cinco días: artículos 414.1b y 405.2 CPP. El tribunal, en ese acto, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes.

LECCIÓN DÉCIMA QUINTA

LA SENTENCIA

I. ASPECTOS BÁSICOS

1. Concepto

La sentencia es la resolución judicial definitiva, por la que se pone fin al proceso, tras su tramitación en todas y cada una de sus instancias y en la que se condena o absuelve al acusado con todos efectos materiales de la cosa juzgada. Al respecto, cabe enfatizar: **1.** Que la sentencia penal es un acto del juzgador por el que decide sobre el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en cuanto al objeto y respecto de la persona a los que se ha referido la acusación, y, en consecuencia, impone o no una sanción penal, poniendo fin al proceso. **2.** Que el Derecho penal expresa esta relación necesaria entre delito, proceso y sanción penal, de suerte que solo puede ser actuado por un órgano jurisdiccional, después de un proceso y mediante una sentencia, como máxima expresión de la potestad jurisdiccional [ORTELLS]. Tiene dos notas esenciales:

A. **Siempre es definitiva.** Pone fin y, si es firme, de una manera irrevocable al proceso penal.

B. **Siempre es de fondo.** Absuelve o condena siempre en el fondo (artículos 398 y 399 CPP). Por ello, genera cosa juzgada.

Las sentencias, atendiendo al sentido de los pronunciamientos que contienen, pueden ser absolutorias o de condena. Las sentencias absolutorias nunca pueden ser absolutorias de la instancia, vale decir, en el concreto proceso en el que se dictan pero no respecto al objeto del proceso, que permanecería imprejuzgado y podría ser de nuevo deducido frente al mismo acusado en un proceso posterior; siempre lo son en cuanto al fondo, esto es, declaran que no puede ejercitarse, por falta de fundamento de hecho y/o jurídicos, la potestad punitiva del Estado respecto al objeto del proceso y a la persona del acusado. Las sentencias de condena

ejercitan por el órgano jurisdiccional la potestad punitiva del Estado por el objeto del proceso y respecto a la persona del acusado, imponiendo a éste la sanción penal correspondiente [Ortells].

Las sentencias, por su forma, pueden ser escritas –que es la regla general: artículo 395 CPP–; y, orales o *in voce*, que solo pueden dictarse en el proceso por faltas, aunque su protocolización por escrito se realizará el plazo de dos días (artículo 484.3, última oración, CPP).

Cabe señalar que la sentencia es firme cuando no quepa contra ella recurso alguno; y, se denomina ejecutoria, al documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme [Calderón/Choclán].

2. Naturaleza jurídica

Encierra un fallo declarativo o mixto, declarativo y de condena. Así:

A. Las sentencias absolutorias son declarativas (artículo 398.1 CPP). Restablecen definitivamente el derecho a la libertad (artículo 398.2 CPP).

B. Las sentencias condenatorias tienen una parte dispositiva declarativa, pues declaran la comisión del hecho punible con el consiguiente reproche jurídico penal. Pero, también son de condena en la medida que irroga al acusado una pena (artículo 399.1 CPP). Los pronunciamientos civiles son de condena, al satisfacer la pretensión de resarcimiento (artículos 11.2 CPP y 93 CP).

C. Las sentencias condenatorias pueden ser constitutivas, siempre que impongan penas de inhabilitación (artículo 36 CP), disolución de personas jurídicas (artículo 105.2 CP) o nulidad de negocios jurídicos (artículo 11.2 CPP) [Gimeno].

3. Génesis lógica

Establecer si un acusado es o no responsable penal, si su conducta merece la imposición de una pena o no, impone al tribunal un doble juicio: **(i)** histórico: destinado a determinar si un hecho o conjunto de hechos ha existido o no con anterioridad a la causa, y, **(ii)** jurídico: consagrado a razonar si el hecho históricamente sucedido constituye un injusto penal y merece la imposición de una pena [Cortés Domínguez]. El juicio histórico es imprescindible y por él debe empezarse.

El juicio histórico recae sobre los hechos acusados. Su objeto es determinar si se dieron o no en el pasado. Se efectúa acudiendo a criterios normativos: la actividad –son los concretos actos de realización– o el resultado de la misma, esto es, homogeneidad del bien jurídico vulnerado –identidad en el contenido de la ilicitud o del injusto– [GÓMEZ ORBANEJA]. Los instrumentos que permiten formular el juicio histórico son las pruebas y su posterior valoración. Ante la carencia absoluta de prueba de cargo, ante prueba insuficiente o ante la duda, solo cabe la absolución.

El juicio jurídico se formula sobre la premisa de la positividad del juicio histórico. Importa la calificación jurídico penal y, en su caso, jurídico civil, de los hechos establecidos. Se analiza el tipo legal, el grado del delito, la autoría o participación, las circunstancias modificativas, los factores de medición de la pena.

4. Requisitos

Son externos e internos.

4.1. Requisitos externos

Están referidos a su forma y a su estructura.

A. En cuanto a la forma legalmente prevista, como ya se anotó, y, excepcionalmente, oral. Se redacta en párrafos numerados correlativamente, que luego se debe leer en audiencia pública. La sentencia, además, debe ser clara y precisa en cuanto a su redacción.

B. En lo atinente a su estructura, está regulada por los artículos 123 y 393.3 CPP, que se complementan por el artículo 122 CPC y los artículos 141 y 149 LOPJ.

La sentencia consta de cinco partes.

i. Preliminar o encabezamiento, que incluye la indicación y lugar de la sentencia, la mención a los jueces y al director de debates, su número de orden, la identificación de las partes y el delito objeto de imputación, con la debida mención a los defensores, y, antes, el detalle o generales de ley del acusado.

ii. Parte expositiva, que señala la pretensión del fiscal, con el relato de la imputación, la posición de las copartes, y la resistencia del acusado,

así como el itinerario del procedimiento y de los avatares de la tramitación de la causa. Define el objeto del debate.

iii. Fundamentos de hecho, que es la motivación fáctica y está referida al análisis de los hechos punibles imputados, que a su vez incluye el examen de las pruebas actuadas –apreciación y valoración–, y debe terminar, luego de este razonamiento sobre el resultado de la prueba, con los hechos declarados probados o improbados –debe utilizarse una técnica terminante, pues la certeza reclama una expresión concluyente y unívoca–.

iv. Fundamentos de derecho, que es la motivación jurídica –el razonamiento lógico impone empezar por los hechos y acabar por la norma jurídica–. Debe expresar, motivándola, la calificación jurídico-penal de los hechos probados; extremo en el que se fundamenta en orden a una absolución, en su caso, la atipicidad, la justificación, la exculpación u otra exención de responsabilidad penal si la hubiere. La calificación jurídico-penal de los hechos importa, en el caso de una sentencia condenatoria, la subsunción en un tipo legal concreto, la forma de participación, el grado del delito, las circunstancias concurrentes modificativas de la responsabilidad, así como los factores de individualización y medición de la pena. Respecto del objeto civil, debe calificar jurídicamente los hechos desde el punto de vista de la responsabilidad civil, determinando si existen relaciones o situaciones jurídicas que exijan la responsabilidad de terceros o instituciones. Por último, se fundamentarán las costas, la cita final será de las disposiciones que se consideren de aplicación. Lo que es censurable, en todo caso, es que se cite un precepto sin mayor explicación motivadora [De La Oliva].

v. Parte dispositiva o fallo, que solo puede ser condenatorio o absolutorio. La sentencia absolutoria, según el artículo 398 CPP, luego de fijar las razones de la absolución –inexistencia del hecho, no delictuosidad o penalidad del mismo, no intervención del imputado, prueba insuficiente o duda–, debe ordenar la libertad del reo, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de objetos afectados, la anulación de los antecedentes y órdenes de captura. La sentencia condenatoria, según el artículo 399 CPP, debe fijar con toda precisión la pena o medida de seguridad impuesta, su duración, con indicación provisional de la fecha de duración o excarcelación, o el

plazo de la pena de multa. Por imperio del CP, la prisión preventiva se descuenta de la pena de privación de libertad, incluso la prisión domiciliaria, que en el CPP es de carácter sustitutiva, residenciada en razones humanitarias, y por ende excepcional y marcadamente temporal. Con carácter complementario el fallo contiene, cuando procede, el pronunciamiento sobre las consecuencias accesorias (artículos 102/105 CP) y las costas (artículo 497 CPP). Las medidas administrativas contra las personas jurídicas, en su caso, también deben imponerse si así correspondiere y se dan los criterios de imputación objetivos y subjetivos legalmente previstos –es claro, sin embargo, que esta parte del fallo no es complementaria, sino principal–.

4.2. Requisitos internos

La sentencia penal ha de ser exhaustiva, motivada y congruente (SCIDH Tristán Donoso de 27-01-09). No cabe omitir ningún pronunciamiento necesario para responder a los objetos de acusación y defensa; y a tal pronunciamiento debe proceder una motivación suficiente [ARMENTA].

A. La exhaustividad de una sentencia implica que en ella deben haberse decidido todos los puntos que hayan sido objeto del proceso y que han sido aportado por las partes. La sentencia debe ser completa pero es del caso aclarar que –en clave sustancial– ello supone exclusivamente que nada dotado de entidad acusadora o defensiva quede sin respuesta [DE LA OLIVA]. El derecho a una sentencia exhaustiva se fundamenta en la garantía de tutela jurisdiccional, en cuanto las pretensiones de las partes no pueden ser desestimadas sin obtener un razonamiento adecuado fundado en derecho [CALDERÓN/CHOCLÁN].

La omisión en la sentencia de toda referencia y resolución de las cuestiones jurídicas planteadas oportunamente y en forma determina un supuesto de fallo corto, que origina la nulidad de la misma. Por el contrario, será correcta la denominada desestimación implícita de cuestiones jurídicas cuando sí se ha dado un razonado y específico pronunciamiento resolutorio a cuestiones contrarias y radicalmente incompatibles y excluyentes de la cuestión jurídica omitida (STSE de 29-05-00); y, en sede impugnativa es posible subsanarla si en la sentencia constan los datos y elementos que permiten integrarla (STSE de 01-03-00).

B. La motivación de una sentencia significa explicar el porqué de su contenido y del sentido de la decisión que se adopta.

i. La motivación sobre el juicio de hecho, de un lado, ha de ser: **1.** Clara y no contradictoria –la formulación de cada elemento fáctico y del conjunto debe permitir una comprensión precisa y de que se e viten proposiciones que recíprocamente se excluyen–. **2.** Terminante –enunciar la segura convicción del juez respecto a ciertos hechos y no un estado de duda sobre ellos–. **3.** Rigurosamente descriptiva al exponer la situación de hecho estrado de hechos, desarrollo de los hechos) y evitar la utilización de expresiones que, en vez de describir aquella situación, supongan una valoración de la misma o de alguno de sus componentes y que forme la parte de la norma que después deba aplicarse. De otro lado, debe explicar las razones que condujeron a la convicción del juez acerca de los hechos objeto del proceso penal desde la apreciación de la prueba; por tanto, debe explicar la fiabilidad de los medios de prueba –por qué, de ser el caso, se excluyó unos y aceptó otros–, debe profundizar el análisis cuando la decisión se sustente en prueba por indicios –indicar el razonamiento en virtud del cual el juez ha pasado de los hechos-indicio (probados) a los hechos presuntos–, debe indicar –cuando se trata de pruebas directas– cuáles son éstas y cuál es su resultado, así como por qué se dio crédito a tales pruebas [Ortells]. Las sentencias absolutorias pueden sustentarse ya sea en ausencia de pruebas de cargo o, en su caso, en insuficiencia de pruebas, de suerte que correspondió aplicar la regla de juicio de *in dubio pro reo* que integra la garantía de presunción de inocencia.

ii. La motivación sobre el juicio jurídico importa no solo el deber de expresar los razonamientos jurídicos interpretativos de las normas aplicadas, sino también, cuando éstas no contengan sólo elementos descriptivos, sino elementos normativos o concedan cierto ámbito de discrecionalidad, el deber de explicar por qué la norma penal se ha interpretado de cierto modo y el preciso ejercicio que se ha hecho de la discrecionalidad –muy relevante tratándose de la medición de la sanción penal y de la suspensión condicional de la pena–. Además, cuando se trate de una variación de la interpretación normativa debe explicitarse el porqué de ese cambio y su razonabilidad [Ortells].

Todo ello significa que la motivación exigible es la denominada "motivación discursiva", que consagra lo que es común en la práctica del Derecho: la toma de decisiones jurídicas debe ser argumentativa [ATIENZA].

Abarca lo fáctico y lo jurídico, en este último supuesto se denomina "motivación de la subsunción".

i. Lo fáctico, requiere que los hechos y sus pruebas se expongan de manera clara, contundente, terminante. La relación fáctica no puede aparecer confusa, dubitativa o imprecisa –y no contradictoria–.

ii. Lo jurídico, de aplicación del derecho, material y procesal. Su infracción es causal de nulidad y de violación de una garantía procesal de relevancia constitucional, la tutela jurisdiccional. El razonamiento ha de ser fundado o razonado y razonable, y se refleja en los fundamentos de hecho y de derecho. Se debe saber, por todos, los hechos objeto de la sanción y, también, las pruebas que lo justifican, así como los criterios de determinación de la pena, de la medida de seguridad en su caso y de la reparación civil.

Es de precisar tres puntos centrales en orden a lo que impone el requisito de motivación. Primero, debe existir una motivación fáctica o fundamentos de hecho, inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberá consignarse los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. Segundo, debe concurrir una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados (STCE de 02-11-92). Tercero, cuando la prueba es indiciaria, se ha de consignar en la sentencia el razonamiento fáctico que lleva al Tribunal, de los indicios o hechos base, al hecho indiciado o punible (STCE de 17-12-84).

C. La congruencia de una sentencia deriva del principio acusatorio y, en parte, del principio de contradicción, e integra, respectivamente las garantías genéricas del debido proceso y defensa procesal. Los términos en que se formula la acusación constriñen el marco del enjuiciamiento a los elementos que forman el objeto del proceso, de manera que no cabe apartarse de estos [ARMENTA]. Los elementos esenciales deben mantener su identidad a lo largo de todo el proceso, aunque puedan modificarse las modalidades o circunstancias del suceso, el tipo de delito –siempre que sea homogéneo– y el grado de ejecución. Todas las modificaciones

no esenciales pero relevantes, con arreglo al principio de contradicción y derecho de defensa, deben ser sometidas al conocimiento y alegación de las partes, siendo de destacar al mayor grado de perfección del delito o un grado de participación más intenso. En consecuencia, la congruencia penal es la perfecta adecuación de la acusación oral con la sentencia. Si se da un desajuste notorio entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, se produce una incongruencia constitucionalmente relevante (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116, FJ 11).

La congruencia es cualitativa y cuantitativa. No es constitucionalmente aceptable la incongruencia omisiva.

i. Congruencia cualitativa. Los apdos. 1 y 2 del artículo 397 CPP exigen, en primer lugar, que en la sentencia solo de por acreditados los hechos y circunstancias descritos en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado; y en segundo lugar, que la modificación de la calificación jurídica del hecho punible solo será posible si se ha planteado la tesis, conforme al artículo 374.1 CPP. Su vulneración determina una incongruencia *extra petita*.

   * El relato fáctico, en sus líneas esenciales, con las circunstancias respectivas, deben ser objeto de referencia y asunción en el fallo. Lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentales para la subsunción, es decir, aquellos hechos naturales, fijados normativamente y que integran el tipo legal a aplicar (STSE n.° 867/2002, de 29 de julio). No se podrá incorporar hechos distintos –vistos desde una perspectiva normativa– ni circunstancias agravatorias no incluidas ni debatidas en el juicio –sí, por cierto, circunstancias atenuantes genéricas–.

     Es importante integrar al objeto procesal, el objeto del debate, que obliga a analizar la resistencia de la parte acusada. De hacerlo se incurrirá en una incongruencia *extra petitum*, al igual que cuando se modifica la calificación jurídica de modo que se cambia el bien jurídico protegido. Se entiende por circunstancias las situaciones que rodean, están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, y que se caracterizan por su accidentalidad, son contingentes, pueden

darse o no darse, con independencia de los elementos del delito; solo indican un mayor o menor contenido del injusto o de la culpabilidad, o incluso la relevancia atenuante de un comportamiento posdelictivo. Las variaciones en cuanto a los hechos accesorios –circunstancias– no plantean, en principio, ningún problema constitucional ni ordinario, salvo el punto de las circunstancias agravatorias en cuanto a su relevancia punitiva.

Lo expuesto no significa que el tribunal tenga que reproducir los términos exactos del relato fáctico de la acusación fiscal, sino que basta con que lo haga sustancialmente, en su esencia, pudiendo incluso ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido, atendiendo al resultado de la prueba practicada en el juicio oral, que en muchas ocasiones permite complementar el esqueleto fáctico básico incluido por el Ministerio Público en su acusación, situando los hechos objeto de acusación en su contexto, complementándolos y circunstanciándolos (STSE de 04-06-99).

* La calificación jurídica, como regla, no es modificable, a menos que el tribunal plantee la tesis. El tribunal no puede sorpresivamente asumir cuestiones jurídicas no debatidas en el juicio ni consideradas por las partes (STCE de 19-02-87). La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes, han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que legalmente corresponda. Es de estimar, sin embargo, que el apartamiento del tribunal de la calificación fiscal de los hechos no infringe el principio acusatorio si la nueva subsunción practicada se refiere a un tipo legal homogéneo y la pena aplicada no supera la solicitada por la acusación [Calderón/Choclán]. Habrá estricta homogeneidad entre dos tipos legales –entre el título acusatorio y el tipo condenatorio– cuando exista identidad de bien jurídico protegido aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada (STCE de 10-10-86) y, además, identidad o, al menos, diversidad no esencial, en la configuración de la acción [STSE de 08-03-91].

  La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n.° 4-2007/CJ-116, de 16-11-07, solo lo ha circunscrito al tipo legal, no al tipo de

autoría o participación ni al grado del delito. El planteamiento de la tesis de desvinculación se formula hasta antes de la culminación de la actividad probatoria; de este se corre traslado a las partes para su pronunciamiento, y se autoriza la suspensión del juicio hasta por cinco días. Este planteamiento presupone el respeto del acusatorio, esto es, el objeto no puede variar: homogeneidad de bien jurídico vulnerado.

No hace falta que las partes acepten o asuman la tesis del tribunal. La ley quiere que el proceso penal sea un proceso de partes con armas iguales en posiciones contradictorias y en el que el tribunal no pueda resolver sobre elementos que no hayan podido ser objeto del debate previo a la sentencia. En este caso el tribunal no se erige en acusador, no formula una imputación, personalmente individualizada, de una conducta con caracteres de delito. Además, no se perjudica la necesaria igualdad de las partes ni la posibilidad de utilizar sus armas y entablar debate contradictorio, defendiendo cada cual lo que viere convenirle. Entender la vinculación a la calificación de la acusación a la necesidad de que un acusador asuma la tesis equivale a menoscabar sin motivo suficiente la labor jurisdiccional de aplicación del derecho penal a los hechos [De La Oliva].

Es de tener presente que cuando el juez realiza modificaciones en la calificación jurídica del hecho enjuiciado, simplemente utiliza sus conocimientos jurídicos en la valoración del caso que le ha sido expuesto, como lo exige el ordenamiento; en este caso no comete una falta, sino que, por el contrario, ejerce su función legítimamente. Su única frontera es el derecho de defensa, que se garantiza con el planteamiento de la tesis o aviso previo. Cuando el juez valora la prueba e interpreta las normas jurídicas, no suple la labor de ninguna de las partes, sino que simplemente ejerce la tarea que tiene encomendada, que desde luego no puede reducirse a un sí o un no acerca de lo que han dicho las partes. En ningún caso se puede reducir la labor judicial de un juez profesional a algo que sería simplemente indigno de su preparación [Nieva].

La congruencia civil de la sentencia penal de condena se rige por el principio dispositivo y las prescripciones del CPC.

ii. Congruencia cuantitativa. El apdo. 3 del artículo 397 CPP estipula que el tribunal no puede aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, a menos que la pena pedida sea por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación –ello significa que está permitida la incongruencia *intra petitum*, el juez puede sin duda condenar a una pena menor que la que fue objeto de acusación, tanto más si puede absolver–. El respeto al principio de legalidad penal rige esta congruencia, que se puede denominar, si se infringe, incongruencia *supra petitum*. Si se respeta el parámetro punitivo legalmente previsto, el Tribunal solo puede fijar la pena dentro del mismo y de los límites establecidos por la acusación, pero si esta es ilegal el Tribunal puede desvincularse y aplicar el mínimo legal que corresponda –en pureza, esta concepción normativa está estrechamente ligada al principio dispositivo y, por consiguiente, más bien al proceso civil, pero no en principio al proceso penal en el que se debaten cuestiones de derecho público [NIEVA]–. Por lo demás, si se omite una circunstancia agravatoria, solo cabría plantear la tesis para justificar una pena más grave.

5. Desvinculación procesal

5.1. Regulación jurídica

El artículo 349.1,b) y f) del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– estipula que la acusación escrita debe contener, entre otros elementos: **1.** La relación clara y precisa del hecho atribuido al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, así como la participación que se le atribuye –aquí se presenta la nota característica de indivisibilidad del hecho, pues éste comprende todas la acciones preparatorias, concomitantes y posteriores–. **2.** El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho –en sentido jurídico, es de tener presente que el proceso toma el hecho considerando cualquier punto de vista jurídico, y que, por su parte, la acusación solo destaca el punto de vista del Ministerio Público– [ROXIN/SCHÜNEMANN].

Este mismo contenido, en su versión resumida, debe tener el alegato preliminar del fiscal en el periodo inicial del juicio oral (ex artículo 371.2 CPP).

ANTOLISEI dice que una circunstancia es aquello que está en torno al delito (*cincum stat*), implica la idea de accesoriedad y presupone necesariamente

lo principal –que es, propiamente, el hecho–, constituido por un delito perfecto en su estructura. Son, pues, elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito sino solo su gravedad, lo que por lo demás no impide que afecten a elementos esenciales del delito aumentando o disminuyendo su cantidad [Mir Puig]. La doctrina penalista reconoce cuatro clases de circunstancias: **1.** Genéricas (artículo 46 del Código Penal –en adelante, CP–), **2.** Específicas (por ejemplo: artículos 186, 189, 195, 196-A, 195 y 220 CP), **3.** Cualificadas y privilegiadas (artículos 46-A al 46-E CP), y **4.** Precedentes, concomitantes y posteriores [Prado Saldarriaga].

El fiscal, durante el juicio –luego de instalada la audiencia, como es obvio–, puede formular, por escrito, una acusación complementaria. Ésta tiene como nota característica la inclusión de un hecho nuevo o de una nueva circunstancia no mencionada anteriormente, con entidad para modificar la calificación legal o integrar un delito continuado. El fiscal, además, debe advertir la variación de la calificación jurídica (ex artículo 374.2 CPP).

El Tribunal sentenciador, en el curso del juicio oral, antes de la culminación del período probatorio, de oficio, si observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto de debate (hechos objeto del proceso más hechos alternativos de la defensa; pretensión y resistencia –alegación de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes–) no considerados por el fiscal, puede plantear la tesis y promover un debate entre las partes para su pronunciamiento (ex artículo 374.1 CPP). El tipo penal sometido a debate podrá ser, desde el bien jurídico, homogéneo o heterogéneo.

Sobre el particular, es clave entender, de un lado, que los hechos esenciales no pueden cambiar –la acusación, en definitiva, no puede alterarse–; y, de otro lado, que con el planteamiento de la tesis solo se busca un debate preciso, no que el fiscal la asuma [Armenta]. Si se exigiera que el fiscal asuma la tesis del juez se arribaría a resultados "monstruosos" de tener que dictarse una sentencia absolutoria, aunque se declaren probados unos hechos innegablemente constitutivos de delito –pero no el del tipo asumido por la acusación– [De la Oliva].

En la acusación oral el fiscal puede introducir ciertas modificaciones a su inicial acusación escrita. Si en el juicio surgieron nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil –son meros argumentos en función a lógicas cuantitativas respecto de la pena y de la reparación civil–, adecuará la pena y la reparación civil. También puede pedir una medida de seguridad en vez de una

pena, si así fuera el caso como consecuencia del debate. Es lo que se denomina "acusación adecuada" (ex artículo 387.2 CPP).

Igualmente, en la acusación oral el fiscal puede efectuar correcciones ante simples errores materiales o puede incluir alguna circunstancia, que no modifique esencialmente la imputación; es decir, no cambie el tipo penal –que sería una circunstancia específica– ni que la circunstancia introducida sea una circunstancia agravante cualificada –circunstancias genéricas atenuantes o agravantes–. Es lo que se denomina "acusación corregida". El presupuesto de esta corrección, de cara el principio de contradicción, es que durante el juicio se debatió o discutió, de uno u otro modo, la nueva circunstancia.

Desde estas bases normativas, el artículo 397 CPP establece los términos de la correlación o correspondencia entre acusación y sentencia (principio de congruencia procesal). La congruencia, según se entiende comúnmente, es la correspondencia de la respuesta jurisdiccional con lo solicitado por la acusación [NIEVA].

Son los siguientes:

A. La sentencia solo podrá tener por acreditados los hechos y las circunstancias descritas en la acusación –acusación ratificada, acusación complementaria, acusación adecuada y acusación corregida–, salvo cuando favorezcan al imputado (principio del *favor rei*). Se asume, con este precepto, la doctrina de la intangibilidad del hecho procesal y se prohíben las acusaciones de oficio [ASENCIO].

B. La sentencia solo podrá modificar la calificación jurídica del hecho acusado si el órgano jurisdiccional introdujo la tesis, conforme al artículo 374.1 CPP. Se asume, como eje rector, la interdicción de la indefensión material, en tanto manifestación de la garantía de defensa procesal [ASENCIO].

5.2. Pretensión acusatoria

Los elementos objetivos de la pretensión son la causa de pedir y la petición.

Siguiendo a PROTO PISANI: **1.** La causa de pedir está constituida por las razones de la acusación, o sea por la exposición de los hechos y de los elementos de derecho penal –es el hecho constitutivo–. Es la causa por la que se pide la prestación de la actividad jurisdiccional. Indica el fundamento, la razón de la pretensión [CHIOVENDA]; se vincula con el hecho violador del derecho [ROCCO].

2. La petición es la indicación de la cosa objeto de la acusación, lo que se solicita del órgano judicial; sustancialmente es el derecho hecho valer en la acusación, y en lo mediato, como objeto del proceso, se refiere al contenido de la decisión jurisdiccional solicitada (condena o imposición de una sanción penal determinada por un concreto delito). Es la providencia jurisdiccional concreta requerida, siempre en orden a una determinada relación jurídica sustancial [Rocco].

No puede identificarse tipo delictivo con pretensión penal [Asencio]. La causa de pedir no es la norma de ley invocada por el fiscal en juicio, desde que la pretensión se individualiza y se identifica mediante los elementos de hecho que han convertido en concreta la voluntad de la ley y no por la norma abstracta de ley [Chiovenda].

En la causa de pedir lo esencial es el hecho constitutivo de la acusación –la denominada fundamentación fáctica–. Los "elementos del derecho penal"; es decir, las normas materiales aplicables, normalmente o como regla general, en función al principio *iura novit curia*, no son indispensables, no vinculan al juez. Ello significa, entonces, que el Derecho penal no está a disposición de las partes y que la voluntad de las partes no puede primar sobre la realidad de los hechos [Armenta].

La noción "hecho constitutivo", la fundamentación fáctica, en clave de Derecho penal, es compleja. Está integrada no solo **(i)** por los hechos principales desde la tipicidad penal (*factum* y conducta cometida por el imputado: tipo delictivo, tipo de intervención delictiva, tipo de perfecta o de imperfecta ejecución y tipos concursales), sino también **(ii)** por las circunstancias –de ser el caso, las cuatro antes mencionadas–, que también en sentido propio, igualmente, son hechos. Se trata de la identidad procesal del hecho, que describe el comportamiento completo del acusado, en tanto ésta forma una unidad con el acontecimiento histórico, presentado al juez a través de la acusación; la sustancia del hecho no ha de quedar modificada [Roxin–Schünemann].

Cabe indicar que otra institución vinculada al hecho es la punibilidad, o más exactamente, las causales de disminución o incremento de la punibilidad. Éstas, a diferencia de las circunstancias, son intrínsecas al delito, ya sea desde su presencia plural (concurso de delitos); o desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas –tipicidad, antijuricidad o culpabilidad)–; o desde su imperfecta realización material; así como desde el grado menor de intervención de las personas en su ejecución. Así: tentativa, eximentes incompletas, complicidad secundaria, delito continuado y delito masa, concurso ideal de delito y concurso

real de delitos [PRADO SALDARRIAGA], así como el error de tipo y de prohibición vencibles.

Rige para su identificación, en todo caso, una concepción mixta de hecho: **(i)** el hecho natural e indivisible, el cual, por cuenta del órgano jurisdiccional, debe ser juzgado con toda su plenitud fáctica; y, **(ii)** la homogeneidad de bien jurídico, pues lo que interesa al Derecho penal no es cualquier hecho sino el aparentemente delictivo, que está en función, en lógica de comparación con la calificación del fiscal, a la homogeneidad de bien jurídico tutelado [GIMENO].

Los elementos de Derecho Penal o fundamentación jurídica, es lo que se denomina título acusatorio y se correlaciona con título de condena. Está referido, principalmente, al tipo delictivo, básicamente, a la tipicidad; y, secundariamente, a los demás integrantes del mismo: tipo de intervención delictiva, tipo de perfecta o de imperfecta ejecución y tipos concursales.

El principio acusatorio –cuyo contenido esencial es conseguir la imparcialidad judicial al exigir que el juez no formule acusación y garantiza la existencuia de la estructura del *actus trium personarum* en el proceso [NIEVA]– tiene como una de sus notas esenciales la correlación entre acusación y sentencia. En este supuesto, su finalidad esencial consiste en posibilitar la garantía de defensa procesal y afirmar el principio de contradicción.

En el plano objetivo, en tanto, para articular la actividad probatoria que lo favorezca y formular los alegatos que le respectan, el imputado tiene el derecho de conocer la acusación formulada en su contra –que comprende **(i)** la determinación del hecho y **(ii)** la información sobre el mismo–, el órgano jurisdiccional no solo no debe cambiar el hecho histórico, sino tampoco la calificación jurídica. Se vulnera este derecho fundamental si, en estas condiciones, el abogado no pudo articular su defensa contradictoria [GIMENO]. Se censura el fallo sorpresivo.

Desde una perspectiva más flexible, entre la teoría naturalista y la teoría normativista, se estará ante el mismo hecho: **1.** Cuando exista identidad, total o parcial, en los actos de ejecución que recoge el tipo penal –es lo que se denomina "actividad típica"–; y, **2.** Cuando, aun sin darse la anterior identidad, el objeto material del delito, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo –es lo que se denomina "resultado"– [GÓMEZ COLOMER].

Constitucionalmente la correlación no se extiende a la aplicación de la norma penal, ni a la individualización de la pena, ya que sobre este extremo "*iura novit curia*". Una cosa es que la acusación deba contener una calificación jurídica

y una concreta petición y otra que a tales elementos corresponda un papel determinador del objeto. El concepto jurídico procesal del hecho no coincide con el concepto jurídico sustantivo en el sentido del Código Penal [Armenta]. Lo que no está permitido, sin duda, es la denominada incongruencia omisiva (falta de respuesta a las pretensiones planteadas por olas partes; si lo está, la incongruencia infra o citra petitum (el juez puede condenar por una pena menor de la que fue objeto dela acusación –pues, incluso, puede absolver–); y, no obstante las objeciones dogmáticas que podrían plantearse por estar más ligada al principio dispositivo propio del proceso civil, no lo está la incongruencia ultra o supra petitum, salvo planteamiento de la tesis en la medida en que se trate de un tipo penal más grave [Nieva].

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en esta misma perspectiva, impone al juez la obligación de "[...] *aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda*". Sobre este precepto, la Corte Suprema entendió que los errores de calificación del derecho pueden ser enmendados por el juez y adecuarlos al que corresponda (Cas. Civ. 854-2002/ Lima, de 9-12-2002).

5.3. Problemas interpretativos

Respecto de la fundamentación fáctica de la causa de pedir se requiere de una congruencia nuclear entre acusación y sentencia (*eadem res*). Es claro que el hecho procesal no puede ser modificado en sus lineamientos esenciales o básicos –el hecho es inalterable–. Puede ser mejor precisado, acotado, corregido en sus aspectos secundarios o accesorios, y/o incluyendo matices, detalles o elementos episódicos o complementarios, pero nunca alterado de modo que cambie su propia configuración o fisonomía.

No se pueden dar por probados unos hechos más perjudiciales de los que se acusó –por lo demás, sí cabe lo contrario, en aplicación del *favor rei*–. Así fluye del artículo 397.1 CPP: solo se pueden dar por probados los hechos u otras circunstancias descriptas en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado –la acusación, como consecuencia del debate oral, puede ser degradada por el juez–.

En esta última perspectiva se entienden aquellos supuestos en los que existe una relación de desnivel entre varios delitos. Será una relación lógica de desnivel en los supuestos del tipo básico y el atenuado, del tipo básico y el agravado, de la tentativa y la consumación del delito –siempre en lo favorable, claro está–. Asimismo, se estará ante una relación ético valorativa de desnivel en el vínculo

o conexión entre tipo doloso y tipo imprudente, entre autoría y participación, y entre inducción y complicidad [OTTO].

Queda claro, entonces, que desde el punto de vista procesal en estos supuestos existe identidad de hechos pues se trata de una identidad de actividad y de la lesión del mismo bien jurídico permite pasar los diversos supuestos típicos sin que se viole el principio acusatorio, en su aspecto de correlación entre acusación y sentencia [CORTÉS].

De igual manera, es posible aplicar la institución de la determinación o constatación alternativa. Aquí se acredita, finalmente, que el acusado con toda seguridad ha cometido uno de diversos delitos independientes, pero hay dudas respecto de cuál. Ésta depende de la identidad del núcleo de injusto, que se da cuando una agresión ilícita se dirige contra el mismo bien jurídico o contra un bien jurídico de la misma especie, del mismo género, y cuando el desvalor de la acción de los diversos delitos parece más o menos comparable. Esta es muy utilizada en los delitos patrimoniales [HARRO OTTO].

En ambos casos, siempre se deberá aplicar la ley más favorable y de acuerdo a un punto de vista concreto [JESCHECK–WEIGEND]. Entre el valor justicia y el valor seguridad jurídica, será del caso acudir al principio de concordancia práctica, de suerte que tiene alcanzarse una eficacia óptima mediante la limitación proporcional de uno de los principios por medio del otro. Dos son los requisitos de esta subsunción alternativa propia: las constelaciones típicas tienen que infringir una ley penal, y debe haber una relación gradual, de mayor a menor, en el que se aplicará el *in dubio pro reo* y el acusado será sancionado por el delito menos grave [WESSELS–BEULKE–STAZGER].

En lo concerniente a la homogeneidad de bien jurídico –que ha de ser estructural, no sistémico–, no se incurrirá en indefensión material –luego, será posible un cambio de tipo penal–, cuando el condenado ha podido defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho del tipo de delito señalado en la sentencia.

La indefensión material se ha de entender, en lo pertinente, como el menoscabo del derecho de realizar alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados; se requiere que la indefensión sea efectiva, es decir, de la generación de un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por la decisión judicial [GIMENO].

En todo caso, desde el principio acusatorio, será inocuo el cambio de calificación jurídica (i) si existe homogeneidad del bien o interés jurídico tutelado por la norma penal y (ii) si se respeta la identidad de los hechos. Para estas concreciones, lo determinante es el caso concreto, las circunstancias de la causa, lo efectivamente producido en el proceso.

La exigencia de la tesis, de cara al principio de contradicción, se relevará cuando la homogeneidad sea patente y denota la previsibilidad para el acusado de que pueda variarse la calificación de los hechos (error patente o evidente) o cuando se trata de un delito menos grave y homogéneo [De la Oliva]. Por el contrario, es indispensable la tesis cuando el juez invoque un tipo penal no homogéneo, o cuando incorpore circunstancias agravantes (genéricas, cualificadas o específicas) no citadas en la acusación.

Existe una diferencia entre el artículo 374.1 CPP y el artículo 397.2 CPP. Si bien ambos hacen mención a la calificación jurídica de los hechos –fundamentación fáctica de la causa de pedir–, el primer precepto precisa "[...] *hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público...*"; y, el segundo precepto menciona

. Sin duda, esta contradicción, merece una interpretación correctora; luego, debe resolverse a favor del hecho objeto del debate, que presenta un sentido más amplio y omnicomprensivo del juicio como lucha de contrarios: hipótesis acusatoria vs resistencia.

Un supuesto complejo se presenta en los casos de aplicación del *in dubio pro reo* y de la constatación o determinación alternativa. En ambos supuestos, los hechos del debate no han variado, la actividad probatoria arroja un resultado fáctico concreto y sobre éste es menester la correspondiente subsunción normativa.

Si los hechos acreditados, incluyendo las circunstancias, son más favorables, es posible un cambio típico sin planteamiento de la tesis. Esto es obvio en los supuestos de aplicación del *in dubio pro reo*, en las relaciones de desnivel, lógicas y ético-valorativos, entre varios delitos y siempre que importe una opción más favorable.

Distinto será el caso tratándose de la constatación o determinación alternativa, que incide exclusivamente en el elemento de derecho, y sobre el cual el artículo 397.2 CPP exige el planteamiento de la tesis. Se requiere siempre de un resultado más favorable, y además del planteamiento de la tesis.

6. Aclaración y corrección de sentencia (y demás resoluciones)

6.1. Aspectos básicos

El artículo 124 del CPP tiene normas específicas en materia de aclaración y corrección de resoluciones judiciales. Los principios de exhaustividad, de congruencia o correlación, de celeridad –evita el alargamiento injustificado del proceso– así como el de economía procesal –tendente a la evitación de nulidades procesales y de impugnación [DE SANTO]– explican esta institución procesal. En tal virtud, se autoriza a configurar fórmulas normativas para que conceptos oscuros, errores materiales u omisiones insustanciales puedan ser subsanados –en pureza, y según el caso, aclarados e integrados– en un momento posterior a la emisión de una resolución jurisdiccional. Responde a esa finalidad la institución procesal de la aclaración y la corrección. A partir de ella se varía, aunque con sentido débil, el criterio rector de que las resoluciones emanadas por el órgano jurisdiccional son inalterables luego que estas han sido notificadas.

Es de reiterar la expresión sentido débil porque la variación que puede sufrir no altera, en modo alguno, el contenido sustancial de la decisión; no la modifica (Casación Civil n.° 108-2001/Lima, de 02-07-01).

La aclaración y la corrección son instrumentos perfectamente compatibles con la invariabilidad de las resoluciones judiciales, por cuanto la tutela jurisdiccional efectiva no integra derecho ninguno a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción de la parte decisoria, que puedan deducirse con certeza del propio texto de la resolución y en absoluto afecta a la firmeza que, en su caso, deba predicarse en la resolución o la eficacia de la misma [LÓPEZ YAGÜEZ].

La institución examinada se circunscribe a la necesidad general en todo tipo de procesos de posibilitar que el objeto procesal y el objeto del debate se resuelvan con pleno respeto de los derechos e intereses legítimos de las partes procesales. En tal virtud, el juez debe decidir lo que corresponde, pronunciándose –en lo pertinente– con claridad, corrección formal e integralmente sobre todos los puntos planteados por las partes y que deban ser resueltos para restablecer el imperio del derecho y de la justicia en el caso concreto (Casación Civil n.° 2776-2001/Ucayali, de 01-10-02). Por su intermedio, de ninguna manera, se afecta la circunstancia de la decisión judicial: ese es su límite.

El CPP al igual que el CPC, sin duda, no califica la aclaración y la corrección como un recurso impugnatorio, pues no buscan rescindir una resolución judicial –

juicio rescindente– y, en su caso, su reemplazo por otra –juicio rescisorio–. Su objeto no es el que se acaba de mencionar ni el de modificar un error de fondo o de contenido. Se trata, como la calificó la Casación Civil n.° 3954-2001/El Santa, de 31-07-02, de un remedio procesal que solo permite corregir errores –materiales–, suplir omisiones y clarificar las resoluciones que se expidan –aspectos accidentales y omisiones que no hacen a su esencia [Falcón]–. La subsanación que se realiza mediante estos mecanismos procesales no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal concernido (Casación Civil n.° 3892-2006/Lima, de 03-01-08; y, n.° 4876-2006/Lima, de 02-10-07).

Están legitimadas para instar la aclaración y la corrección las partes procesales y, de oficio, el propio juez. Opera, pues, a pedido de parte o de oficio. En cuanto al tipo de resolución que puede ser susceptible de aclarar o corregir, el Código no hace distinciones, ni limita su admisibilidad, por tanto, lo serán toda clase de resoluciones [Ledesma]. Aun cuando una decisión se emita oralmente o en audiencia, el pedido de parte –como es obvio– debe ser por escrito y se resuelve sin trámite alguno –no se requiere de una audiencia previa ni de un traslado, luego, no se pone en conocimiento de la parte contraria– (artículos 406 y 407 CPC). La resolución aclaratoria o correctora tiene, por ende, la forma de auto, que a su vez debe ser debidamente notificada a las partes procesales. Si la resolución es desestimatoria de la aclaración o corrección solicitada por las partes es inimpugnable, pero si es estimatoria puede ser recurrida [Hinostroza], salvo, como es obvio, si la profiere la Corte Suprema.

La oportunidad para aclarar o corregir una resolución es, desde luego, desde la fecha de su emisión o, en todo caso, desde que se notifica hasta que cause ejecutoria; es decir, antes que quede consentida [Rioja]. Así, en el caso de los autos de primera instancia es de tres días, de las sentencias de primera instancia es de cinco días y de las resoluciones de vista es de diez días (artículo 414 CPP), y de las sentencias casatorias es, asimismo, de diez días. La resolución que se pronuncia sobre la aclaración o la corrección se integra a la resolución precedente y, por tanto, el plazo para recurrir se reabre a partir de la resolución primeramente citada (Casación Civil n.° 48-2003/Lima, de 01-12-03).

6.2. Aclaración de resoluciones

El elemento material de la aclaración es el concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella –con esta última precisión se incluye por cierto a la parte considerativa o los fundamentos

de la resolución, siempre que esté causalmente enlazada con aquella–. El concepto oscuro o dudoso significa cualquier discordancia que aparezca entre una declaración contenida en el pronunciamiento y los vocablos utilizados para expresarla. Se centra en el lenguaje utilizado, el cual –por el uso de términos inadecuados o su imprecisión terminológica– da origen a confusiones sobre lo que se quiso decir verdaderamente, hacen imposible obtener certeza de lo resuelto. Se trata de conceptos cuyo empleo choca frontalmente con las exigencias de claridad y precisión que se exige a las resoluciones y, en especial, a las sentencias.

Es el aspecto verbal o formal el que es objeto de la aclaración. No comprende ni el vicio de la voluntad del juez, ni el error de juicio, y tampoco el error en la formación del juicio [SATTA].

La indeterminación o problemático encaje contextual del enunciado gramatical o término incorporado en la resolución, puede ocurrir con: **(i)** términos o expresiones ambivalentes, que admiten diversos significados; **(ii)** conceptos o palabras ambiguas, que posibilitan diversas interpretaciones; **(iii)** declaraciones aparentemente descontextualizadas en el estricto ámbito del razonamiento o de las conclusiones jurídicas alcanzadas [LÓPEZ YAGÜEZ].

6.3. Corrección de resoluciones

Los motivos de la corrección son: **(i)** los errores materiales y **(ii)** las omisiones. Se entiende por error material aquella equivocación o incorrección respecto de nombres, de partes en el juicio, de copia o de cuentas. El juez puede cambiar los nombres de alguna de las partes o atribuirles diferente calidad o función –nominar agraviado al imputado, o viceversa–, así como cometer errores ortográficos; puede condenar a la actora y absolver a la demandada cuando de los fundamentos de la sentencia corresponde condenar a la demandada y absolver a la actora –de los fundamentos se aprecia que se declara fundada la demanda, pero se señala que es infundada, o viceversa–; puede formular citas de doctrina, jurisprudencia o legislación, ya sea de modo incompleto e insuficiente o con manifiesta inexactitud en su identificación o texto; o, finalmente, puede incurrir en una errata de cuentas, esto es, errores aritméticos [LEVITÁN].

Estos "errores", como ha quedado expuesto, son los relativos al contenido de las declaraciones o manifestaciones que recoge la resolución y que evidencian cierta contradicción o desajuste entre los fundamentos jurídicos y el fallo; errores para cuya subsanación no resulte precisa una nueva calificación jurídica o la modificación de las conclusiones probatorias ni desde luego implique una

modificación del sentido del fallo (STSE 286/2006, de 9 de octubre). Estos desaciertos no revisten carácter conceptual ni intelectual, y deben ser notorios, al punto que pueden ser advertidos sin esfuerzo hermenéutico alguno [De Santo].

Se entienden por omisiones a todas aquellas faltas de un pronunciamiento expreso acerca de una pretensión deducida oportuna y debidamente debatida en juicio, de suerte que, en atención al principio de exhaustividad, la parte decisoria debió comprenderla estimándola o desestimándola. Aquí el juez integra la resolución emitida oportunamente emitiendo otro acto de voluntad. Pero debe tratarse de un error involuntario del juez y no de una omisión por una pretensión que resulta denegada [Couture]. Abarca cuestiones accesorias como pretensiones y resistencias de las partes [Palacio]. No se pueden cambiar fundamentaciones de la resolución [Levitán]. El juez debe mantenerse en el contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado; la concesión no debe suponer cambio de sentido y espíritu de lo resuelto (STCE 305/2006, de 23 de octubre).

Este remedio está circunscripto a la sustanciación de lagunas sobre aspectos oportunamente planteados en la causa; no es posible incorporar hechos o cuestiones nuevas [De Santo].

II. EFECTOS DEL PROCESO

Los efectos del proceso son dos: la cosa juzgada –incluye los medios de ataque a la misma–; y los económicos, que son las costas [Gómez Colomer].

1. Cosa juzgada

1.1. Concepto

La cosa juzgada es el conjunto de efectos que produce la sentencia firme y resoluciones equivalentes sobre el objeto procesal, tanto positivos (ejecutoriedad y prejudicialidad), como negativos (imposibilidad de volver a interponer la misma pretensión entre las mismas partes). Tiene entidad constitucional propia: artículo 139.13 de la Ley Fundamental. La cosa juzgada, como institución, sirve para que un proceso alcance una certeza básica para el cumplimiento de aquel principio; de una parte, confiriéndole firmeza o irrevocabilidad, y de otra, dotándola de eficacia frente a eventuales discusiones posteriores en torno a lo que ya ha sido resuelto en un proceso [Armenta].

1.2. Clasificación

La cosa juzgada se clasifica en cosa juzgada formal y material.

A. La cosa juzgada formal es la preclusión de los medios de impugnación respecto a una resolución jurisdiccional penal. Tiene un efecto intraprocesal, que es el efecto que se genera cuando la sentencia adquiere firmeza. Esta se presenta cuando contra el fallo no procede recurso alguno, cuando se agotan los recursos ordinarios y extraordinarios, cuando no se recurre agotado el plazo legalmente previsto. La cosa juzgada formal es un presupuesto de la cosa juzgada material.

B. La cosa juzgada material es la vinculación en otro proceso penal que produce las sentencias y autos equivalentes firmes. Es el efecto externo de la sentencia o resolución equivalente. Es un instituto procesal, de naturaleza jurídico-pública, que obliga a los jueces a no juzgar de nuevo lo ya decidido y, derivadamente, a no admitir controversias de las partes acerca de ello [GÓMEZ COLOMER]; *non bis in idem*. Opera como una causa de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP), que permite plantear una excepción al amparo del artículo 6.1e CPP (STC 1182-2010-PA-TC, FJ, 2).

1.3. Fundamento

El fundamento de la cosa juzgada radica en el principio de seguridad jurídica, y se sustenta en las garantías genéricas de tutela jurisdiccional y del debido proceso [GIMENO]. La tutela jurisdiccional exige la inmutabilidad de una decisión firme y su ejecutabilidad, en sus propios términos. El debido proceso importa, como una de sus principales consecuencias, la prohibición del *non bis in idem*; institución que significa, primero, que excluye, por ser presupuesto procesal de carácter negativo, bajo examen de oficio, y base de una excepción –la condena impuesta a una persona por un hecho punible extingue la acción penal: artículos 79.2 y 90 CP–, un segundo juicio y, en su caso, la posible condena: prohibición de la doble incriminación; y segundo, que en caso de existir más de un acusado, el fallo es para cada uno de ellos independiente del de los demás (no hay vinculación prejudicial del contenido de la primera sentencia respecto a las otras partes, ni respecto de otro acusado por el mismo hecho ni del mismo acusado por un hecho distinto, aún conexo del hecho juzgado o condicionado por él).

1.4. Cosa juzgada material

1.4.1. Resoluciones que la integran

A. Sentencias definitivas, que son las de fondo, que incide, además de lo penal, en el ámbito administrativo sancionador –efectos reflejos generan todas porque unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado; se debe asumir como ciertos los hechos declarados como tales en una primera resolución o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos–.

B. Resoluciones equivalentes, que son tanto los sobreseimientos, como aquellas que amparan excepciones –salvo de naturaleza de juicio– y desestiman la incoación del proceso por inexistencia o falta de tipicidad.

1.4.2. Efectos positivos

De manera general, las sentencias firmes y de fondo producen dos efectos positivos:

i) Ejecutoriedad: Constituyen título ejecutivo y dan lugar al proceso de ejecución a fin de ejecutar lo juzgado.

ii) Prejudicialidad –que es el efecto positivo por excelencia–: Cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, respecto de la parte resolutiva o fallo.

En el primer caso la sentencia penal indudablemente produce este efecto. Su ejecución es de oficio.

En el segundo efecto se presenta la singularidad de la cosa juzgada penal, de la siguiente manera:

A. La sentencia penal solo vincula al órgano administrativo en un procedimiento sancionador cuando esta aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que exista identidad del condenado; el efecto prejudicial exige que para que no haya duplicidad de sanciones penales y administrativas, la pena debe tomarse en cuenta por la segunda autoridad, administrativa o judicial, para imponer la sanción –caso polémico de coincidencia de fallos penales y decisiones administrativas–.

Lo que se exige en este caso es la unidad de fundamento, pues la cosa juzgada no evita juzgamientos heterogéneos de unos mismos hechos.

B. También rige en la acción civil *ex delito* excluida del proceso penal, en cuya virtud el juez civil habrá de considerar vinculante toda declaración firme del órgano penal sobre la inexistencia de aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de la acción civil [BANACLOCHE].

C. En sede propiamente penal, un sector mayoritario de la doctrina sostiene que no rige este efecto prejudicial, puesto que aquí no existen relaciones jurídicas que puedan dar lugar a causas jurídico-penales prejudiciales y que afecten al mismo sujeto [CORTÉS DOMÍNGUEZ]. Cada causa penal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída al segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

No obstante ello, cabe introducir algunas matizaciones a esta afirmación tan rotunda, pues es posible, de cara a un sector de la doctrina italiana, sostener el efecto prejudicial de una sentencia firme a los copartícipes –no encausados o procesados que, por diversas circunstancias, no fueron incluidos en el fallo– en lo concerniente a la subsistencia material del hecho y a la declaración de extinción de la acción penal por alguna causa objetiva [DE LA OLIVA]. Esta concepción, por ejemplo, ha sido asumida en la Ejecutoria Suprema RN n.° 3724-2013/Lima, de 09-09-14.

1.4.3. Efectos negativos

Son efectos excluyentes: descartan un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico, el cual se circunscribe al hecho punible –identidad de objeto (*eadem res*): hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio– y al acusado: identidad de sujeto, hecho y fundamento: artículo III TP CPP (STSE de 1510-98).

A. Es indiferente la identidad subjetiva activa: no interesa quién ejercitó la acción penal, ni quién formalmente aparezca como agraviado en la sentencia (*eadem persona*). Solo interesa la identidad pasiva o del condenado –en los delitos plurisubjetivos no rige en modo alguno respecto de los otros imputados, salvo que medió una absolución o sobreseimiento basado en la inexistencia del hecho o en su atipicidad–. El fundamento de esta

delimitación en la persona del imputado radica en que en el proceso penal la acusación es pública, por lo que no se exige una legitimación concreta y no ostentan las partes la titularidad del derecho de penar [Asencio]. El límite subjeto, del efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada, comprende al sujeto pasivo del proceso penal, pero no solo a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien pudo y debió haber sido acusado o procesado y no lo fue. Los co-partícipes se benefician con lo declarado se benefician con lo declaradom en otro proceso penal, si se trat de los mismos hechos. Por lo que no es posible abordar, autponomamente, si la conducta de los imputados, es ilícita y si, en esa virtud, medio una extralimitación de la potestad jurisdiccional reconocida por la constitución (ver sentencia de casación n.° 842-2015/Lambayeque, de 21 de diciembre de 2016).

Un supuesto distinto, pero algo parecido, es cuando se siguen dos o más causas por los mismos hechos sin que en ninguna de ellas exista sentencia o sobreseimiento firme, que puede denominarse ne bis in idem procesal contemporáneo. Lo único que cabe, por tratarse en pureza de un supuesto de pleito pendiente, no es la excepción de cosa juzgada (STC n.° 18872010-HC/TC), sino la unificación de todos esos procesos [Neyra].

B. La identidad objetiva se circunscribe al hecho punible –hecho histórico y bajo una misma base de lesión del bien jurídico: identidad de elementos esenciales –son irrelevantes la variación de los aspectos meramente accesorios o circunstanciales, incluidos el cambio de la calificación jurídico penal de los hechos o de la participación que se atribuye al imputado–, en el que concurren normas homogéneas– (Ejecutoria Suprema RN n.° 2325-2012/Lima, de 04-09-13), y quedan al margen los hechos distintos y los hechos nuevos (*eadem res* y *eadem petendi*). Comprende hechos que integran el delito continuado, el delito habitual, el delito complejo y el concurso ideal.

1.5. Impugnación de la cosa juzgada

La cosa juzgada es un efecto sustentado en el principio de seguridad jurídica. Pero, de forma restringida y limitada, se han de establecer excepciones a la regla general y posibilidades de permitir la anulación o, mejor dicho, rescisión de sentencia firme cuando concurran circunstancias que la ley estima dignas de ser reconocidas. El único medio de rescisión que reconoce el CPP es la acción de revisión: artículos III TP y 439-445.

La acción de revisión tiene por objeto pedir la anulación de la sentencia, sea tanto condenatoria como absolutoria. Esto significa que toda sentencia firme y de cualquier índole dictada en un proceso penal es posible de ser revisada [GÓMEZ COLOMER]. Los motivos para sustentar la demanda se encuentran detallados en el artículo 439 CPP y tienen legitimación para presentar la demanda tanto el fiscal supremo en lo penal como el condenado.

2. Las costas

2.1. Concepto

Los costes que demanda la justicia deben ser sufragados por el Estado y los litigantes; su financiamiento y determinación entre ambos sectores es una decisión política. Cuando los costes deben ser pagados por los litigantes se denomina gastos procesales. Es, pues, el importe de ciertos gastos procesales necesarios –las costas constituyen una especie del género gastos procesales [MUERZA]–, imputables a las partes privadas, cuyo abono, no reintegrable, se realiza por estas, en su caso, con posterioridad a los actos o al proceso mismo que los origina [FENECH].

El perjuicio patrimonial derivado de los gastos procesales para quien se ve obligado a acudir a los tribunales para reclamar algo que injustamente se le niega o para defenderse de una reclamación o acusación injusta, si finalmente los tribunales les da la razón, representa la condena en costas, que permiten al vencedor, en determinadas circunstancias, obtener el reembolso, a costa del vencido, de la totalidad o, cuando menos, de la parte más importante de los gastos que aquel haya realizado para defender su derecho en el juicio. Para quien no disponga de recursos económicos suficientes para afrontar su pago está la asistencia jurídica gratuita, obteniendo auxilio judicial.

2.2. Regulación básica y aspectos esenciales

La Sección II del Libro Sexto: artículos 497-507 CPP está dedicada a las costas. Según el artículo 497 CPP las costas son reclamables de toda decisión que ponga fin al proceso o a un incidente de ejecución. Las costas se imponen, de oficio, al vencido y son recurribles autónomamente. No cabe su imposición en cinco procesos especiales: faltas, inmediatos, terminación anticipada, colaboración eficaz y delito privado si culminan por transacción o desistimiento.

Tres son los conceptos que abarcan las costas: **1)** las tasas judiciales, **2)** los gastos judiciales realizados en la causa (importe de publicaciones, certificaciones,

traslados, comunicaciones, etc.), y 3) los honorarios del abogado de la parte vencedora y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes.

Están exentos del pago de las costas los agentes públicos –fiscales, procuradores públicos del Estado, abogados y apoderados o mandatarios de las partes–, y el Estado, incluyendo los órganos constitucionalmente autónomos, Gobiernos regionales y locales, y las universidades públicas. También lo están quienes obtienen auxilio judicial. Según el artículo 179 CPC, es asignado por el Poder Judicial a las personas naturales que, para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes de ellas dependan, cuya declaración formal, conforme al artículo 183 CPC, los exonera de todos los gastos del proceso y determina el nombramiento de un abogado que actuará como apoderado, y cuyos honorarios los paga el perdedor o el Colegio de Abogados. Pagará costas, por el contrario, el denunciante que provocó el procedimiento por medio de una denuncia falsa o temeraria.

2.3. Imposición

Las costas, según el artículo 500 CPP, se imponen en toda sentencia condenatoria y al imputado cuando sea declarado culpable o peligroso. Cuando se trata de una sentencia mixta, con absoluciones y condenas, se fijará un porcentaje, al igual que cuando existan varios condenados. Si se trata del mismo delito por el que se han condenado a varias personas, las costas son solidarias. Si el condenado tiene solvencia económica, pagará los servicios del defensor de oficio. Por otro lado, en caso de sentencia absolutoria y sobreseimiento, se impone costas al actor civil o querellante particular si obró con temeridad o mala fe –supuestos en que la pretensión ejercitada carece de toda consistencia y es patente esa ausencia de fundamento (STSE de 14-06-00)–; también, al imputado, un porcentaje, cuando el proceso se formalizó por su confesión falsa o autodenuncia. El actor civil pagará costas cuando se ampare una cuestión previa o prejudicial.

No solo es imponer las costas en una sentencia sino también en la calificación de sentencia. Así, en reiterada jurisprudencia, la Corte Suprema señaló que como se trata de una terminación anticipada del proceso de revisión penal por declaración de improcedencia de la demanda de revisión penal, se aplicó el artículo 497 num. 1 del CPP, esto es, se condenó al recurrente a las costas procesales correspondientes [Rev. Sent. (CPP) n.° 119-2014/Ucayali, Rev. Sent. (CPP) n.° 150-2014/Ancash, Rev. Sent. (CPP) n.° 117-2014/Cañete].

En el proceso por delito privado el imputado pagará las costas cuando se le condene por difamación o injuria encubiertas. No se paga costas en este proceso si las partes transigen. Si la sentencia impone reparación civil, las costas las pagan solidariamente el imputado y el tercero civil; si no se impone reparación civil, las costas la paga el actor civil; pero si la acción civil no puede proseguir cada parte soporta sus propias costas. El abandono de la instancia determina la condena en costas del querellante particular.

En los supuestos de incidentes de ejecución las costas las paga quien los promovió si resulta vencido. En el caso de los recursos, las costas las paga el recurrente si pierde, salvo que no se hubiera opuesto al recurso.

La resolución sobre las costas se impone en cada instancia. Si la resolución superior revoca la anterior, la parte vencida pagará las costas de ambas.

2.4. Tasación

La tasación o liquidación, según el artículo 506 CPP, corresponde al secretario judicial y se dispone una vez que quede firme la respectiva resolución. Fijada la liquidación se pone a disposición de las partes por tres días para su observación –en función a la ilegitimidad de un rubro o concepto integrado o su excesiva cuantía–. El juez de la investigación preparatoria, previo traslado, resuelve la observación. Las costas, firme la resolución, son pagadas inmediatamente, bajo la vía de la ejecución forzosa, cuyas decisiones son irrecurribles.

PARTE SEXTA

EL PROCESO PENAL DE PROTECCIÓN PROVISIONAL – LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

LECCIÓN DÉCIMA SEXTA

PROCESO PENAL Y MEDIDAS DE COERCIÓN

CONCEPTOS GENERALES

I. EL PROCESO DE PROTECCIÓN

1. Concepto y naturaleza jurídica

El proceso de protección, cuyo eje central son las medidas coercitivas, se corresponde con una subfunción de la jurisdicción y con una clase de pretensión.

A. La jurisdicción. Son tres las funciones de la jurisdicción, que se corresponden con la naturaleza de la pretensión hecha valer. En el proceso jurisdiccional penal se tiene: **1.** El proceso declarativo de condena –proceso para la aplicación del derecho penal, que es derecho público por excelencia–, que satisface la pretensión punitiva (declaración de la existencia de un hecho punible y de la intervención delictiva del acusado, así como la imposición de la correspondiente sanción penal y, en su caso, de la reparación civil) y, por tanto, soluciona definitivamente el conflicto penal a través de la creación de un "título jurisdiccional de ejecución". La pretensión es declarativa de condena. **2.** El proceso penal de ejecución, destinado a –tiene por objeto– la realización judicial –cumplimiento forzoso– de la sanción penal y, en su caso, civil, materializada en la sentencia firme de condena –importa ejecutar lo juzgado–. La ejecución de las penas está sometida al principio de legalidad y al control judicial. Concreta la nota característica de la jurisdicción de ser práctica, es decir, que se lleve a la realidad mediante la ejecución forzosa. La pretensión es de ejecución forzosa. **3.** El proceso penal de coerción, satisface una pretensión puramente procesal, de tutela del proceso en su conjunto. Mediante ella se pide el aseguramiento de la plena efectividad de la potestad jurisdiccional, a través del cual se concreta la potestad punitiva del Estado –plenitud de la prestación

jurisdiccional, base de la garantía de tutela jurisdiccional–. Se asienta en la idea de que la realización de un debido proceso y en el que existe la garantía de pluralidad de la instancia (artículo 139, incisos 3 y 6, Const.), requiere tiempo –imposibilidad de progresión del proceso y de no efectiva ejecución de la sentencia de condena– y, durante el transcurso de éste, pueden realizarse actos o adoptarse conductas que impiden o dificulten gravemente la propia realización de la causa y, en su día, impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia de condena que puede ser dictada –la función coercitiva sirve para asegurar la función de juzgar y la de ejecutar [BARONA]–. Este riesgo, de ineficacia del propio proceso y de la sentencia que se dicte [MORENO CATENA] es el que persigue contrarrestar el proceso de coerción, mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado adecuada y suficiente a tal efecto [ORTELLS]. El objeto de este proceso es, pues, facilitar otro proceso, el de declaración, garantizando la eficacia de sus resultados [MONTERO].

B. Ahora bien, se entiende, en primer lugar, que la satisfacción de las pretensiones no puede alcanzarse con solo los procesos de declaración y ejecución. Frente al tiempo transcurrido para la tutela demandada –toda actividad procesal, de investigación especialmente, requiere de un tiempo para realizarla, en ocasiones dilatado– y el riesgo de que no sea posible el debido esclarecimiento de los hechos, la realización del juicio por la ausencia del imputado o de hacer inútil o inejecutable la resolución que se dicte, surge una subfunción de la jurisdicción, llamada de seguridad, de protección o de cautela, que se realiza a través del proceso de protección o de coerción o cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos subfunciones: declaración y ejecución. Su finalidad consiste en asegurar, en la medida de lo posible, la eficacia práctica de la resolución final; además, tiene una función meramente instrumental en relación a las otras subfunciones de la jurisdicción, y por su intermedio el Estado ejerce una tutela jurisdiccional mediata [BARBOSA MOREIRA].

C. La pretensión que se plantea, en segundo lugar, es puramente procesal: se pide el aseguramiento de la plena efectividad de la futura sentencia de condena durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento. Las medidas que se dictan en este proceso persiguen hacer posible la efectividad o la ejecución forzada de una eventual sentencia condenatoria, en tanto exista *fumus delicto y periculum libertatis*; asegura la función de juzgar y de ejecutar.

> El proceso penal, como acto de autoridad, para cumplir sus fines necesita, en casos taxativos, una intromisión legítima en la esfera de algunos derechos fundamentales, cuya base o fundamento se encuentra en la garantía de tutela jurisdiccional –a su efectividad–, en concreto a la tutela coercitiva. Por un lado, según ya se ha analizado, están los actos de investigación limitativos de derechos, que son medidas instrumentales restrictivas de derechos que buscan garantizar el proceso de conocimiento –su finalidad de esclarecimiento–, asegurar fuentes de investigación; pero, por otro lado, están lo que el CPP denomina medidas de coerción, que aseguran la eficacia del proceso –su normal funcionamiento– y de la sentencia del proceso, por lo cual el órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria– habrá de dictar y ejecutar la medida de coerción que sean adecuadas para garantizar el debido esclarecimiento de los hechos y la efectividad de la sentencia a expedirse [Priori Posada].

La regulación legal de las medidas de coerción se encuentra en la Sección III del Libro III La actividad procesal. Consta de los artículos 253 al 263 del CPPL: un total de sesenta y ocho artículos. Cabe puntualizar, desde la forma como se reguló esta institución, que ha sido el Código Procesal Civil el que optó por asumir la concepción del proceso cautelar –o de coerción–, no así nuestro Código Procesal Penal que se decidió por la tradicional categorización legal de la institución simplemente como medidas de coerción, más allá de haber configurado una regulación muy precisa y prolija. No obstante ello, no es un obstáculo para seguir asumiendo, desde una perspectiva dogmática, que lo coercitivo –que incluye lo cautelar, lo aseguratorio de la prueba y lo tuitivo coercitivo–, integra propiamente un proceso con una función típica, una clase de pretensión específica y unas notas características diferenciadas.

2. Notas características

El proceso de protección, cuyas reglas básicas están contempladas en el Título I "Preceptos generales" de la Sección III "Medidas de coerción procesal" del Libro Segundo "La actividad procesal" del CPP, tiene cinco notas características:

A. Es sumario: corto o breve y de cognición limitada. Genera una pieza o cuaderno separado. Es importante aclarar, sin embargo, que estas medidas no presentan, por sí mismas, autonomía alguna, pues siempre se encuentran en conexión con un proceso penal declarativo de condena y pierden su eficacia una vez finalizado el mismo (principio de instrumentalidad).

B. En la dictación de las medidas, por lo general, en atención al rol emergente que cumplen [MONROY GÁLVEZ], no rige el principio de contradicción (principio de *inaudita altera pars*), salvo si hubiere una medida intermedia previamente ejecutada (artículo 258 CPP) o si se trata de modificarla, en cuyo caso siempre se requerirá audiencia oral (artículo 255.3 CPP).

C. Por lo general, es competente para dictarla el juez que conoce del proceso penal declarativo. Su adopción ha de ir precedida de un verdadero enjuiciamiento sobre los presupuestos que las condicionan.

D. El legitimado para dictarla es el fiscal para medidas penales y civiles, y el actor civil para las medidas civiles (artículo 255.1 CPP). Rige, pues, el principio de rogación, inherente a la potestad jurisdiccional.

E. Las resoluciones no generan cosa juzgada, no causan estado; pueden modificarse (desestimarse, reformarse, sustituirse o acumularse), incluso de oficio, si cambian los presupuestos que la determinaron (artículo 255.2 CPP, regla *rebus sic stantibus*). Pero una vez culminado el proceso declarativo de condena con un fallo estimatorio, la medida de coerción se convierte en medida ejecutiva, que se erige en la herramienta para asegurar el cumplimiento de la sentencia estimatoria en última instancia [TITO PUCA]. Asimismo, su vigencia en el tiempo se encuentra subordinada a la presencia del proceso (principio de provisionalidad), al que en determinados supuestos se introducen la nota de la temporalidad que solo habilita la medida de coerción a un periodo de tiempo específico.

II. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

1. Concepto

Las medidas de coerción, personales y reales o patrimoniales, se erigen en la piedra angular del proceso de coerción. Dos son sus elementos centrales: **1.** La configuración normativa de sus condiciones procesales (presupuesto y requisitos procesales) [GARBERÍ]. **2.** Sus efectos [ORTELLS].

Las medidas de coerción, cuya nota típica es el empleo de la fuerza pública, sirven para otorgar efectividad al proceso mismo. Son actos realizados por la autoridad penal que pueden adoptarse contra el presunto responsable de un hecho punible, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro lado, de la fundada probabilidad de su ocultación

personal o patrimonial, de obstaculización de los actos de aportación de hechos o de realización de ulteriores hechos punibles en el curso de un procedimiento penal (artículo 253.3 CPP), por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus fines con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia. Están sometidas a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad (artículo 253.2 CPP).

Son, propiamente, garantías porque comportan la tutela del desarrollo del proceso, y porque aseguran las personas y los bienes en aras del cumplimiento de la sentencia condenatoria. Ahora bien, debe diferenciarse entre medidas limitativas de derechos, que son el género, y las medidas de coerción, sean con función cautelar, aseguratoria de la prueba o tuitivo coercitiva [Málaga Dieguez], que tienen como nota característica específica la instrumentalidad –vinculadas al normal desarrollo del proceso de declaración y a la ejecución de la probable sentencia condenatoria que pueda dictarse–. Las primeras son la anticipación probatoria, las restricciones de la libertad que no se adoptan en función de un proceso penal, las restricciones para posibilitar la realización de actos de investigación y de prueba (ingreso y registro, control de comunicaciones, intervenciones corporales, etc.) y la celebración de actos procesales que requieren la presencia de ciertas personas (incautaciones). Se debate si las denominadas "medidas interdictivas o anticipatorias" (v.gr.: suspensión preventiva de derechos, suspensión de la actividad contaminante, desalojo preventivo, pensión provisional de alimentos), son medidas de coerción; así como, las denominadas "medidas preventivas", para prevenir la comisión o reiteración de delitos.

Son los actos realizados por la autoridad penal (que si es jurisdiccional –regla general–, requiere de una resolución fundada compatible con los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad: artículo 253.2 CPP) que pueden adoptarse contra el presunto responsable de un hecho punible, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales, civiles y procesales, de la sentencia. Están sometidas a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad, y son conducentes a viabilizar la efectividad de la tutela jurisdiccional que pudiere otorgarse en una eventual sentencia condenatoria [Garberí].

Su nota típica es el empleo de la fuerza pública para la restricción de los derechos; tanto su utilización directa –es el caso, verbigracia, de la detención y del

embargo– como la amenaza de aplicarla –así, por ejemplo, la citación cautelar y la orden de presentación de bienes–. Persiguen evitar actuaciones dañosas o perjudiciales del imputado, y en esa perspectiva adoptan tres funciones: cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivo-coercitivas (artículo 253.3 CPP). La primera: garantiza la eficacia de la sentencia condenatoria; la segunda, impide actuaciones o confabulaciones del imputado que obstruyan la investigación o perturben su práctica; y la tercera, evita que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles, idénticos o análogos a los que provocaron la incoación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito enjuiciado [MÁLAGA DIÉGUEZ]. No son, pues, fin en sí mismas, sino un medio para asegurar los fines legítimos del proceso y de las consecuencias jurídicas de una probable sentencia condenatoria. Esto último significa que la medida de coerción se otorga prevalentemente en interés de la administración de justicia, en beneficio del orden jurídico en su integridad. Aquí la jurisdicción funciona *uti civis*, garantizando su propio ejercicio, el *imperium judicis* [COUTURE].

La eficacia, como finalidad de la tutela coercitiva, y la necesidad de evitar peligros que pongan en cuestión el proceso mismo, explican, de un lado, el carácter urgente que revisten las medidas coercitivas, y, simultáneamente, el hecho de que, para legitimar su adopción, no es posible investigar de manera completa y solo cabe aceptar una averiguación provisoria de los presupuestos materiales que requieren, por lo que únicamente permite un juicio de probabilidad acerca de la necesidad de su imposición [BARBOSA MORERIA]. De igual manera, la homogeneidad de las medidas de coerción respecto de las medidas ejecutivas (penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, medidas preventivas contra personas jurídicas), requiere que las primeras se asemejen a las segundas.

Es de precisar, respecto de la autonomía del proceso penal de coerción, de un lado, que las medidas de coerción no son una manifestación de la potestad punitiva pues lo impide la garantía de presunción de inocencia; y, de otro lado, que al inciden en los derechos fundamentales no es posible considerarlas simples medidas instrumentales del proceso principal, sino corresponde rodearlas al máximo de las garantías de un proceso. La materia que lo contiene es de inmediata y directa relevancia constitucional, tanto más si la detención y la prisión preventiva tiene una primera configuración en el artículo 2, numeral 24, de la Constitución (libertad personal y presunción de inocencia).

Los efectos de las medidas de coerción. Varían según se trate de medidas reales y personales. **A.** Las primeras, son de mero aseguramiento (embargo, secuestro conservativo, inhibición), de conservación de una situación, y de efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión (v.gr.: pensión

provisional de alimentos, desalojo preventivo). **B.** Las segundas solo tienen efectos de aseguramiento, pues de lo contrario afectarían la garantía de presunción de inocencia (artículo 2.24.'d', de la Const.). Los efectos, en ambos casos, están en función de la instrumentalidad de las medidas de coerción (que impone su adecuación a aquello que se trata de asegurar) y de la entidad del riesgo, que además han de respetar el principio de proporcionalidad.

La actividad procesal es diversa por el heterogéneo tratamiento relativo a cada medida de coerción. Es de destacar, al respecto, tres notas características de carácter general: **1.** Solo se imponen a instancia de parte (principio de rogación), por el sujeto procesal legitimado: fiscal y actor civil (artículos 254.1 y 255.1 CPP), pero como excepción rige la imposición de oficio para el caso del secuestro conservativo (artículo 312-A.1 CPP). **2.** Rige la regla de inaudita et altera pars, salvo que existan medidas intermedias previamente dictadas, y la necesidad de audiencia que incorpora el régimen del debate contradictorio. La audiencia está impuesta en los casos de prisión preventiva: artículo 271.1 CPP; de prolongación de internación preventiva: artículo 293.2 CPP; de prolongación de impedimento de salida: artículo 296.4 CPP; de suspensión preventiva de derechos: artículo 301 CPP; y, de variación y reexamen de incautación: artículo 319,'c', CPP). **3.** Son variables. No causan estado. Se modifican en función de la variación de los supuestos o condiciones procesales que motivación su imposición o rechazo. Cabe que se reformen tanto a pedido de parte cuanto de oficio (artículo 255.2 CPP). También pueden sustituirse o acumularse con otra medida más grave, de oficio o a solicitud de la parte legitimada, cuando se infringen sus disposiciones (artículo 256 CPP).

2. Estructura

El proceso penal de coerción, tiene una estructura similar al proceso penal de declaración. Consta, al decir de Gutiérrez de Cabiedes, de cuatro fases: **1.** Fase Preparatoria, que importa el conjunto de actividades destinadas a obtener información necesaria o conveniente para poder plantear y desarrollar dicho proceso cabalmente, determinando asimismo la existencia de sus condiciones (presupuestos y requisitos). **2.** Fase de Alegaciones, que se integra por el conjunto de actos que tienen por finalidad proporcionar al juez los fundamentos de hecho y de derecho que configuran el objeto de la controversia: cumplimiento forzoso de la sanción penal y, en su caso, civil de la sentencia condenatoria. **3.** Fase de Prueba, que en pureza no es propiamente tal, pues solo persigue la acreditación de la procedencia de las medidas de coerción requeridas, es decir, de la concurrencia de las condiciones procesales (presupuestos y requisitos) para su adopción: *fumus*

delicti comissi y *periculum libertatis*. **4.** Fase de Conclusión, que se compone por dos tipos de actos: **(i)** Recapitulación o síntesis de lo actuado en el proceso hasta entonces, a cargo de las partes, quienes propondrán las razones de la procedencia de sus pretensiones o resistencias, tanto en cuanto a los hechos relevantes como en cuanto a los argumentos jurídicos en que apoyen dichas pretensiones; y, para terminar, **(ii)** la Resolución del órgano jurisdiccional sobre el objeto del proceso.

3. Presupuestos e impugnación

La norma procesal que configura una medida de coerción –sin ley no puede dictarse medida de coerción alguna; *nulla coativo sine lege*–, en primer lugar, prevé un supuesto de hecho, un presupuesto y unos requisitos; y, en segundo lugar, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos efectos.

3.1. Presupuesto material y requisitos

El presupuesto materiale de toda medida de coerción es el: *fumus comissio delicti*, mientras que los requisitos están en función al *periculum libertatis*.

A. **Fumus comissio delicti.** Es la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela se establece la medida. El *fumus* es la apariencia o justificación del derecho subjetivo, que en el proceso penal es la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada –no la certeza del mismo–, y que requieren de indicios delictivos [STEDH Klass, de 06-09-78]. Es el presupuesto material de la imputación, que consiste en un juicio de carácter instrumental en contraposición a un juicio de certeza que tiene un carácter final [CALAMANDREI]. Es un juicio de probabilidad –o de verosimilitud–, de carácter objetivo (o apariencia probable de legitimidad), que se funda en los actos de investigación sobre la responsabilidad penal y civil del imputado u otro sobre quien recae la medida –indicio procedimental o principio de prueba de que la pretensión coercitiva se encuentra aparentemente bien fundada en derecho– [ARMENTA], y que deben ser evaluados prudentemente por el juez. La comprobación de la imputación requiere de un conocimiento en grado de probabilidad [REYNA].

B. **Periculum libertatis.** Es el daño jurídico derivado del retardo del procedimiento o de la mora procesal e interés específico que justifica la emanación de cualquiera de los hechos de coerción [CALAMANDREI]. Es

el requisito de importancia fundamental en tanto que la irremediable duración del proceso provoque situaciones dañosas para la persona o la sociedad [Garberí]. Está en función a aquellos riesgos que pretenden evitarse, como consecuencia de la libertad del encausado, para garantizar la efectividad del proceso y de la sentencia, que pueden referirse tanto a la persona como al patrimonio del imputado.

Consta de dos elementos: **(i)** retraso, demora en expedirse el fallo; y, **(ii)** realización en ese lapso de conductas que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica del proceso. Son tres los peligros o riesgos que integran el *periculum*: **1.** Ocultación personal o patrimonial del imputado; la fuga, como expresión de la ocultación personal, impide la ejecución penal y la celebración del juicio oral; mientras que la ocultación de la cosa o la insolvencia afecta la efectividad de la responsabilidad pecuniaria. **2.** Ocultación de pruebas u obstrucción de la investigación. **3.** Comisión de nuevos delitos –que incluye la desprotección de la víctima–.

Debe quedar claro que las medidas de coerción suponen una injerencia del poder público en los derechos constitucionales, y que se justifica en la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho constitucional más allá de lo razonable; por consiguiente, toda decisión que limite tales derechos: **(i)** ha de asegurar que esas medidas sean necesarias para conseguir el fin perseguido; **(ii)** ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquella a quien se le impone; y, en todo caso, **(iii)** ha de respetar su contenido esencial (STCE 18/1999, de 22-02-99).

3.2. Presupuesto formal

Son las notas de escrituralidad y especial motivación. La medida de coerción debe ser dispuesta por una resolución judicial especialmente motivada e instada por la Fiscalía o el actor civil –según el caso (artículo 255.1 CPP), conforme a las directivas del artículo 254 CPP. Por tanto, la medida de coerción se inscribe en un proceso abierto y no puede ser efectuada más que por el juez que previno de su conocimiento (artículo 3 CPP). De igual manera, cumple un rol esencial la expresión de una motivación suficiente y razonada de la resolución que sustenta una medida de coerción, por un lado, se trata de un principio que informa la actividad jurisdiccional y, de otro, de un derecho constitucional de los justiciables.

Este presupuesto cobrará mayor vigencia tratándose de la medida de prisión preventiva (STC n.° 894-2007-PHC/TC, FJ 6). Excepcionalmente, se autoriza medidas provisionalísimas, no solo por la Policía y Fiscalía, pero que requieren la pronta convalidación judicial, sino también medidas preordenadas a un proceso por abrir: detención preliminar.

3.3 Efectos jurídicos

Los efectos jurídicos es el otro eje de esta institución coercitiva. Se trata de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento vincula a las medidas de coerción para cumplir la función que con ella se propone. Las medidas de coerción personales –al igual que las reales– tienen efectos jurídicos de aseguramiento, pues cualquier anticipación en satisfacer el *ius puniendi*, es contraria a la garantía de presunción de inocencia. En la prisión preventiva, empero, la utilización como medio de la privación de libertad, aunque el régimen jurídico de la misma sea diferente al del cumplimiento de la pena y el legislador expresamente declare que no se reputarán penas (artículos 28 y 29 CP), produce efectos esencialmente anticipativos, como se demuestra por la imputación del tiempo de esta medida coercitiva a cumplimiento de la pena que se imponga (artículo 47 CP) [ORTELLS].

3.4. Recursos

La resolución coercitiva es impugnable por el fiscal y el imputado, al igual, en lo que les afecta, por el actor civil y el tercero civil: medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil (artículo 257 CPP).

4. Clasificación

Son personales y reales o patrimoniales. Esta clasificación atiende al ejercicio de los derechos fundamentales afectados, según sea la persona del imputado –derecho a la libertad ambulatoria–, o el patrimonio del mismo.

A. Las medidas de coerción personales recaen o limitan los derechos vinculados a la libertad personal y la libertad de tránsito –consistentes en la posibilidad de actuar y moverse sin otras limitaciones que las impuestas por el medio natural [GUTIÉRREZ DE CABIEDES]– y demás derechos civiles del encausado. Son derechos que aseguran la responsabilidad penal ligados al *status libertatis*.

B. Las medidas de coerción patrimoniales limitan el derecho de propiedad o de libre disposición de los bienes del imputado, de los que delictivamente estén en su poder o de los responsables civiles. Aseguran la responsabilidad pecuniaria: pena de multa, consecuencia accesoria de decomiso y costas.

Son un total de quince medidas de coerción que reconoce y regula el CPP. Así:

A. Personales: **1.** Detención. **2.** Prisión preventiva. **3.** Internación preventiva. **4.** Arresto domiciliario. **5.** Arraigo. **6.** Comparecencia. **7.** Vigilancia electrónica. **8.** Suspensión preventiva de derechos.

B. Patrimoniales: **9.** Inhibición. **10.** Embargo. **11.** Secuestro conservativo. **12.** Incautación. **13.** Medidas anticipativas (suspensión de la actividad penal contaminante). **14.** Medidas innovativas (pensión de alimentos y desalojo preventivo). **15.** Medidas preventivas contra las personas jurídicas (clausura temporal de establecimientos, vigilancia judicial).

5. Elementos

Son cinco: jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, homogeneidad y proporcionalidad.

A. Jurisdiccionalidad. Las medidas de coerción procesal solo pueden ser adoptadas por el juez competente, en tanto que es una manifestación más de la función jurisdiccional. Excepcionalmente, las provisionalísimas, pueden ser dispuestas por la policía o el fiscal.

B. Instrumentalidad. No son un fin en sí mismas –son 'el instrumento del instrumento' [Calamandrei]. Están supeditadas o preordenadas a un proceso penal. Son un instrumento para hacer efectivo el proceso y la ejecución del fallo que eventualmente se dicte. Finalizan con el proceso principal, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas.

C. Provisionalidad. Como están dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, su vigencia ha de ser limitada. Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, si se modifican los presupuesto y circunstancias que justificaron su adopción: regla del *rebus sic stantibus*. Algunas medidas, concurrentemente, son temporales.

D. Homogeneidad. Son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienen a preordenar. Como las medidas de coerción garantizan los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa, en cierto modo, de las medidas ejecutivas; se corresponde con el juicio de idoneidad que debe presidir su imposición.

E. Proporcionalidad. Es una cualidad esencial que ha de cumplir toda medida de coerción, que se alza como presupuesto rector de la misma. Esta nota característica –de clara naturaleza relacional– entre los juicios e intereses jurídicos en conflicto cuando se aplica la medida, exige un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado por la medida de coerción, y los bienes que su afectación trata de proteger; entre el riesgo que pretende conjugar y las consecuencias perjudiciales que produce sobre el derecho fundamental concernido. Sus presupuestos son la legalidad de la medida y su finalidad constitucional legítima. Sus requisitos son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

6. Juicio de coerción

Se entiende por "juicio de coerción" el conjunto de razonamientos y ejercicios valorativos que se llevan a cabo para decidir la procedencia y necesidad de acordar o no varias medidas de ese género. Comprende, de un lado, el examen de los presupuestos materiales de las medidas de coerción y, de otro, la aplicación de la regla de proporcionalidad, adecuación concretamente.

En cuanto al primer ámbito de análisis, se requiere la existencia de un proceso y de un sujeto imputado; luego, la presencia de un riesgo de frustración procesal –que el proceso en concreto es susceptible de necesitar protección–; y, finalmente, la configuración de una 'peligrosidad procesal' –aptitud (disposición material) y actitud (disposición anímica) del imputado para materializar un riesgo de frustración, si el imputado es peligroso procesalmente–. El razonamiento llevado a cabo para justificar a la disposición material es de carácter deductivo, cuyas premisas están mayoritariamente conformados por aserciones sobre el 'estado de cosas', que habrán de ser verdaderas; mientras que el razonamiento llevado a cabo para argumentar la disposición anímica es de carácter inductivo y busca que las premisas hagan razonable la conclusión.

Respecto a la regla de proporcionalidad, que implica adecuar el medio (la tutela coercitiva) al fin (protección de la válida sustanciación del proceso) –la procedencia del medio se aprecia con los presupuestos materiales del mismo: *fumus*

comissio delicti y periculum libertatis–. Esta adecuación tiene como primer ejercicio el juicio de idoneidad, esto es, establecer que la medida coercitiva permite mitigar o eliminar el peligro que justifica su adopción, a partir de la disposición material o la disposición anímica del imputado. El segundo juicio es de intervención mínima o de menor lesividad, que permite decidir cuál o cuáles de las medidas de coerción permiten mayor grado de eficacia y una menor restricción de derechos –es un juicio de optimización que importa un ejercicio comparativo de las distintas medidas, cuyos parámetros son la calidad o intensidad del peligro, el contenido de las distintas medidas idóneas, y los efectos asociados a la imposición de cada uno de estas medidas (STC n.° 0050-2004-AI/TC, FJ 109). El tercer juicio es el de proporcionalidad *stricto sensu*, que consiste en comprobar que el contenido de la media no supone una injerencia en los derechos fundamentales superior a la que supondría el eventual castigo del hecho enjuiciado [Pujadas Tortosa]. Estas tres dimensiones del principio de proporcionalidad están expresamente recogidas en el artículo 253.2 que dispone: "La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción".

7. Principio *pro homine*

Este principio, propio del DIDH, en tanto las normas coercitivas limitan derechos fundamentales, informa que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. A su vez, y como contracara de ello, se debe imponer la norma más restrictiva cuando se trata de la suspensión extraordinaria de esos derechos.

A tal punto llega este principio que cualquier norma, con independencia de cuál sea ella, en la medida que amplíe la aplicación de los derechos humanos reconocidos en un tratado internacional, se deba imponer frente a otra que lo restrinja aunque esta última tenga mayor jerarquía normativa [Shiavo].

LECCIÓN DÉCIMA SÉPTIMA

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES

I. CONCEPTO

La libertad personal puede ser objeto de restricción o de privación en el proceso penal, al igual que cualquier otro derecho, siempre y cuando se verifiquen las condiciones que la Ley en este caso determina expresamente para cada tipo de limitación. La SCIDH Gangaram Panday de 21-01-94 acotó que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), aunque con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente difundidos por la misma (aspecto formal).

Es posible definir las medidas de coerción personales como medidas, plasmadas normalmente en resoluciones judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limitan la libertad ambulatoria del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que oportunamente se pronuncie. Estas medidas se sitúan entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro (así: STCE n.° 41/1982, de 2 de julio).

Como la libertad es un derecho fundamental –entendida como autodeterminación, por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita, y como derecho y garantía frente a toda privación ilegal o arbitraria de la misma en el devenir físico de su vida [Gutiérrez de Cabiedes]– su limitación ha de ser una excepción. A su vez, los motivos que autoricen su restricción han de ser interpretados restrictivamente, y aplicados atendiendo a las características del caso [Asencio]. Nuestra Constitución, de manera específica, por un lado, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 2.24 CP) y, de otro lado, establece una excepción a dicha regla al señalar que toda persona detenida debe ser informada mediante resolución escrita y motivada emitida por el juez penal o por las autoridades policiales en flagrante delito (artículo 2.24.f CP). De esto se desprende que la libertad es un derecho fundamental, y que las medidas

limitativas –sean restrictivas o privativas– deben aplicarse con recto criterio, siempre y cuando sea necesario para los fines del proceso.

Es posible diferenciar dentro de las medidas de coerción personal, entre aquellas que suponen una restricción de la libertad, de las que implican una privación de ella, de acuerdo a la magnitud del grado o intensidad de la limitación a la libertad. Esta diferencia reside, esencialmente, entre el grado o intensidad de aplicación de la medida en cada caso concreto (STC n.° 2050-2002-AA/TC, FJ 7).

El CPP prevé las siguientes medidas de coerción personales: **1.** Detención. **2.** Prisión preventiva. **3.** Internación preventiva. **4.** Arresto domiciliario. **5.** Arraigo. **6.** Comparecencia. **7.** Suspensión preventiva de derechos.

II. DETENCIÓN

1. Concepto

Es una medida provisionalísima y personal, que puede adoptar la autoridad policial o judicial, incluso los particulares, con motivo de la comisión de un delito, consistente en la privación del derecho a la libertad ambulatoria o libertad de movimientos, con fines múltiples y variados, tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes. En tanto medida de coerción ha de preceder la imputación –comisión de un hecho punible y posible responsabilidad penal del afectado– y el peligro para el proceso si no se adopta: presunción de incomparecencia (STSE n.° 88/1995).

Presenta dos especialidades atinentes a los elementos de la jurisdiccionalidad y provisionalidad –cortísimo periodo de tiempo–. Asimismo, ostenta varias modalidades y especialidades: policial, ciudadana, judicial preliminar y judicial convalidada. En razón a la forma de cumplimiento pueden ser ordinaria y comunicada, o incomunicada.

Es imprescindible que cuando una persona sea detenida, sea comunicada de forma oportuna de los hechos imputados, de las razones por las cuales se ha llevado a cabo la detención –salvo en el caso del arresto ciudadano y de los derechos, tanto materiales como procesales– que le asisten, entre los que se encuentra, por ejemplo, el derecho al silencio, a designar un abogado, entre otros (artículo 71 CPP) [Banacloche]. Ha sido reconocido así en el artículo 14.3.b del PIDCYP que establece: "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada

sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella". Asimismo, el artículo 8.2.a de la CADH dispone que: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas": [...] **b)** Comunicación previa y detallada de la acusación formulada" (STC n.° 2098-2010-PA/TC).

De vital importancia es no solo la información –oral o escrita– sobre la detención, sino también el respeto del plazo legal determinado por la propia ley procesal penal; de lo contrario, la detención se convertirá –necesaria e inmediatamente– en ilegal (STSE n.° 256/1999).

Cabe puntualizar, desde una perspectiva general y de primacía normativa, que el artículo 2, numeral 24, literal f), de la Constitución sufrió una reforma constitucional mediante la Ley 30558, de 9-5-2017. El plazo de la detención aumentó a cuarenta y ocho horas, mientras que se incorporó otra modalidad delictiva exceptuada bajo el plazo máximo de quince días: delitos cometidos por organizaciones delictivas (se agregó a los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas). Ello va a significar que, desde ya, se entienda que cuando la legislación preconstitucional mencione veinticuatro horas, asumiendo la referencia constitucional precedente, ahora se entenderá que será de cuarenta y ocho horas.

2. Antecedentes (antes de la reforma)

2.1. Detención policial

Es la medida de privación de la libertad personal adoptada por la policía, sin orden judicial, en los únicos supuestos de flagrancia delictiva: es la imputación como presupuesto material de la misma. Esta requiere inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente; esto es, el hecho punible es actual, y en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo (STC n.° 1757-2011-PHC/TC, FJ 2). La flagrancia es la prueba más directa del delito. Si el hecho es una falta o el delito está conminado con pena privativa de libertad no menor de dos años, podrá ordenarse, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos urgentes, otra medida menos restrictiva (artículo 259 CPP).

El D. Leg. n.° 983 amplió la noción de flagrancia delictiva. No solo cuando el delincuente es sorprendido en flagrante delito: el agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo; sino cuando ha huido

y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del delito y es encontrado dentro de las 24 horas de acontecido el delito. También lo será cuando es encontrado dentro de las 24 horas con efectos o instrumentos procedentes del delito o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

La detención policial constituye el ejercicio de una obligación impuesta por la especial misión de la policía de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores –deber jurídico en el ejercicio de las funciones que le son propias–. Su objeto es realizar determinadas diligencias de prevención y de investigación autónomas, si fuere el caso, y culminar el informe policial, de suerte que resulta ser, además de una medida de coerción, un acto de investigación indirecto, en tanto que posibilita actos urgentes e inaplazables –realización de diligencias de investigación preliminar–. Se entiende que se ordena la detención de una persona cuando se presuma su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, y está sometida a un tiempo brevísimo: 48 horas en delitos ordinarios y hasta quince días en delitos exceptuados –son límites cuantitativos máximos–, todos condicionados a la realización de las diligencias indispensables para los esclarecimientos de los hechos.

Al tratarse la detención policial como ejercicio de un deber impuesto a la Policía Nacional, su omisión trae como consecuencia, no solo responsabilidades de carácter administrativo, sino de carácter penal pues estaríamos frente a un delito de omisión de actos funcionales (artículo 377 CP) u omisión o retardo injustificado de apoyo policial (artículo 378 CP).

2.2. Detención judicial preliminar

Es la medida de privación de la libertad personal dispuesta por el juez de la investigación preparatoria a solicitud fundamentada del fiscal –dictada mediante auto fundado y sin trámite alguno–, que ha iniciado averiguaciones, en los supuestos de ausencia de flagrancia delictiva y cuando el imputado se encuentra debidamente individualizado. Como presupuestos materiales se exige: **a)** razones plausibles para considerar la comisión de un delito; **b)** motivos de detención: que se desprenda cierta posibilidad de fuga; y, **c)** delito de determinada entidad, como expresión del principio de proporcionalidad: que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años. Otros supuestos de detención son: el sorprendido en flagrante delito que logre huir, y el que se fuga de un centro de detención preliminar. Responde a estrictas necesidades de la investigación preparatoria.

La orden de detención se cursa a la policía por escrito y, de ser el caso, por vía rápida: fax, correo electrónico, teléfono. La requisitoria dictada tiene una vigencia de seis meses, salvo cuando se refiere a los delitos exceptuados: tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, en donde la medida no caducará hasta la efectiva captura del requisitoriado.

Producida la captura del requerido, la policía, sin perjuicio de comunicar la orden al detenido, dará cuenta al fiscal y lo pondrá a disposición del juez de la investigación preparatoria. A continuación, el juez realizará la audiencia de control de la detención. El objeto de esta diligencia es constatar, con la intervención del defensor –de confianza o de oficio–, que el detenido es quien fue objeto de mandato judicial de detención y establecer si sus derechos fundamentales, los fijados en el artículo 71 CPP, se han cumplido. Luego de ello, lo pondrá a disposición del fiscal. Excepcionalmente puede disponer el cese de la medida si las evidencias acompañadas establecen que esta fue equivocada.

El plazo de la detención es de 24 horas en delitos comunes y quince días en delitos exceptuados. A su vencimiento, el fiscal debe decidir si ordena la libertad –en todo caso, comparecencia sin restricciones–, solicita la prisión provisional o quiere otra medida alternativa –puede incluir, de ser el caso, la detención convalidada–.

En los delitos exceptuados las potestades de control del juez se extienden, tales como audiencia de control de las actividades de investigación, disposición de examen médico, autorización de traslados.

La Casación n.° 01-2007/Huara ha seguido estos lineamientos sobre la naturaleza de la detención preliminar, al indicar que si bien se trata de una privación de la libertad provisional de naturaleza estrictamente cautelar, su fin es, por un lado, asegurar a la persona del imputado y, de otro, la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables destinados a cumplir el objetivo de la investigación. De igual forma, esta ejecutoria suprema ha establecido dos aspectos relevantes de relación especial con la medida de prisión preventiva: **(i)** No es presupuesto de la prisión preventiva que el imputado se encuentre detenido policialmente o por previo arresto o preliminarmente por orden judicial; **(ii)** La no aceptación de la detención preliminar no imposibilita un posterior requerimiento de prisión preventiva.

3. Decreto Legislativo 1298

La Constitución consagra como derecho fundamental la libertad y la seguridad personales (artículo 2.24.'f': primera versión). Desde el ámbito de la

persecución penal tiene las siguientes previsiones: Primero, conforme al literal b), solo se autoriza la restricción de la libertad personal en los casos previstos por la ley (legalidad, en concreto: tipicidad procesal). Segundo, la detención por comisión de un delito, está permitida, de oficio, por la policía solo mediando flagrancia delictiva, y, fuera de esa excepción, por mandamiento escrito y motivado del Juez. Tercero, ejecutada la detención, el arrestado debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro del plazo de 24 horas, salvo en tres delitos (terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas), que podrá extenderse hasta por 15 días naturales –supuesto en el que se dará cuenta al Fiscal y al Juez, quien podrá asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo–. En esta perspectiva el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: "*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez...*", mientras que el apartado 6) estatuye que: "*Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales*".

Desde luego, esta institución está sometida a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, que son garantías horizontales propias del sistema de derechos fundamentales en una sociedad democrática.

El Código Procesal Penal ha desarrollado esta institución. Pero, además, clasificó las medidas de coerción personal privativas de libertad en dos: detención y prisión preventiva. La primera, es una medida provisionalísima, de auxilio a las primeras medidas de investigación y, básicamente, destinada a evitar el riesgo de fuga, y, por ende, de duración limitada –24 horas, 72 horas, 10 días y hasta 15 días: artículo 264 del CPP–; y, la segunda, es una medida provisional, estable y más grave, pues su plazo varía en extensión –entre 9, 18 o 36 meses: artículo 272 del CPP–. La Constitución no hace una específica referencia a la prisión preventiva, pero sí, por ejemplo, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desde esta perspectiva constitucional, la regulación ordinaria, primero, debe ser clara y precisa en cuanto a los supuestos que la permiten la privación procesal de la libertad. Segundo, el detenido debe ser puesto a disposición judicial, tanto cuando se trata de detención policial en flagrancia delictiva como en los casos de detención por mandamiento escrito y motivado del juez –la Constitución no dice en qué consiste esa puesta a disposición, luego, la Ley debe precisarla–. Y, Tercero, el plazo de duración debe ser breve y su límite, por imperio del artículo 2.24.f, no puede ser, en un caso, mayor de veinticuatro horas –supuesto ordinario o regular–, y, en otro caso, siempre excepcional y predeterminado, mayor de quince

días naturales, en cuyo caso se "*...debe(n) dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo*".

La garantía de ejecución –uno de los ámbitos de la proporcionalidad de la medida– consiste en la afirmación de la jurisdicción preventiva judicial desde que la detención se ejecuta, el derecho de defensa del reo, y la protección de su integridad física y moral, así como la facultad de plantear instancias ante la justicia sobre lo que suceda en ese interregno (Principio 9: Resolución 43/173 de la Asamblea General de Naciones Unidas "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión").

La disposiciones originarias del CPP, en materia de detención, reconocían: **(i)** la detención policial (artículo 259), **(ii)** el arresto ciudadano (artículo 260), **(iii)** la detención preliminar judicial (artículo 261), **(iv)** la detención convalidada (artículo 266), y **(v)** la detención incomunicada (artículo 265).

La primera la ejecuta la Policía, al margen de la autorización judicial o fiscal, en flagrante delito. La segunda la efectúa cualquier persona (víctima o no) para entregar al detenido inmediatamente a la Policía. La tercera la ordena el juez a pedido del fiscal, siempre que no exista flagrante delito (en cuyo caso no es necesaria la orden judicial) y consten razones plausibles para considerar que el individuo cometió un delito con pena mayor de cuatro años y existe cierta posibilidad de fuga. La última requiere detención efectiva –de oficio o preliminar judicial– y el plazo es de siete días naturales; no procede en caso de delitos exceptuados.

El Decreto Legislativo número 1298, de 30-12-2016, varió radicalmente el sistema diseñado por el originario Código Procesal Penal. Así:

A. Respecto de la detención judicial preliminar, el cambio fue nimio. En el apartado 4) del nuevo artículo 261, el cambió es solo del tiempo del verbo: de "tendrá" a "tienen" para fijar el plazo de vigencia de las requisitorias. Es de resaltar, de cara a las disposiciones siguientes, que la detención judicial preliminar se dicta de pleno derecho, sin trámite alguno.

B. En cuanto al plazo de la detención, el Decreto Legislativo número 1298 (artículo 264 del CPP) fijó dos pautas iniciales: **(i)** si es detención policial, el plazo es de 24 horas; **(ii)** si es detención preliminar judicial, el plazo es de 72 horas. Pero, en este último supuesto, si subsisten los presupuestos de indicios de criminalidad y gravedad del hecho (delito sancionado con pena privativa de liberad superior a cuatro años) se puede otorgar un plazo de siete días –se necesita, como es obvio, una petición secuencial adicional

y justificada–. Pero, si se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales la detención policial y la judicial por flagrancia puede durar hasta diez días. En caso de terrorismo, espionaje y TID, el plazo es de hasta quince días. La jurisdicción preventiva que antes era solo para delitos exceptuados se ha extendido a todos los delitos.

C. El caso de extensión del plazo de la detención judicial por flagrancia es un nuevo supuesto. Aquí se requiere audiencia. El plazo puede extenderse hasta por siete días o diez días si es de crimen organizado (peligrosismo procesal: fuga y obstaculización de la verdad). El Fiscal la pide dentro de las 12 horas de producida la detención efectiva por la Policía. La audiencia se realiza antes de las 24 horas. Esta regulación exige, desde la organización fiscal y judicial, una configuración institucional de Fiscales y Jueces de Guardia o de Turno Permanente, con todo lo que ello implica en recursos logísticos, de personal y, especialmente, financieros.

Tal vez, la norma más censurable es el citado nuevo artículo 264 del CPP. Es de recordar que lo que exige el artículo 2.24.f), párrafo segundo, de la Constitución es que: "*El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia*". El Juez debe decidir lo conveniente respecto a su situación jurídica, en los marcos de la ley, pero el reo debe estar en su presencia –luego, el principio procedimental de inmediación es inexcusable o inderogable–. La Ley, desde luego, debe indicar qué debe hacer el Juez (sin duda, controlar la legalidad de la detención, así como la vigencia y eficacia de su derecho de defensa, como mínimos inderogables). Si de esa puesta a disposición sigue la inculpación formal o continúa el procedimiento preliminar, corresponde al legislador decidirlo conforme al sistema normativo que considere oportuno diseñar. En consecuencia, poner a disposición, requiere que el detenido salga de la esfera policial-fiscal y pueda alegar ante el juez lo pertinente a su defensa, para lo cual debe construirse un espacio judicial –de tiempo brevísimo– para que el órgano persecutor y la defensa puedan formular determinadas pretensiones provisionales sobre la libertad del detenido y los pasos siguientes en la averiguación de los hechos –si se justifica la detención de cara a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad–.

Luego, dictar, fuera de los delitos exceptuados –expresamente permitidos por la Ley Fundamental–, una medida procesal privativa de libertad, sin permitir el juego de los principios procesales de contradicción y de audiencia, y procedimentales de inmediación y oralidad, y más aún por plazos que exceden las 24 horas –salvo, claro está, los delitos exceptuados– es inaceptable. No supera esa

limitación irrazonable el hecho de que, con posterioridad, el Juez está autorizado a constituirse al lugar de la detención y cuidar de su derecho de defensa. La comparecencia, por consiguiente, debe ser *ex ante* no *ex post*.

En esa línea no puede objetarse, desde la constitucionalidad, el nuevo artículo 266 CPP sobre detención judicial en caso de flagrancia, pues garantiza los principios antes citados.

Una detención fuera de flagrancia delictiva requiere para su dictación que el detenido sea puesto a disposición judicial, y que el juez decida lo conveniente bajo la vigencia y aplicación de los principios de contradicción e inmediación. No rige, por tanto, la regla decimonónica –actualmente en crisis– de toda medida de coerción: *inaudita et altera parte*.

La norma originaria del CPP sí respetaba la Constitución. La nueva, lamentablemente, no lo hace. Por ello, se instituyen más limitaciones al derecho individual y se generan o consolidan menos garantías a la libertad y seguridad personal para el detenido.

Con posterioridad a estos cambios legislativos, se modificó el artículo 2.24,f) de la Constitución, mediante la Ley número 30558, de 9-5-2017. Dos son los cambios más trascendentes, seguidos de una prevención remarcable.

En efecto, el primer cambio estriba en que el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas –ya no veinticuatro horas– o en el término de la distancia –este plazo funciona tanto para la detención policial cuanto para el caso de mandamiento escrito y motivado del juez–. El segundo cambio consiste en que el plazo de detención de quince días se extiende –además de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas– a los delitos cometidos por organizaciones criminales –se entiende, a los integrados o de algún modo vinculados a las organizaciones criminales, siempre y cuando los delitos perpetrados se inscriban en el plan delictivo de aquéllas–.

La prevención que destaca reside en que la detención, como institución procesal de relevancia constitucional, no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones. Este precepto implica reconocer que la finalidad central de la detención, amén de las propiamente coercitivas, es la realización de diligencias urgentes de investigación, a las que se somete el juicio de necesidad para determinar su adecuación constitucional, no necesariamente al peligrosismo implícito en toda medida de coerción –que, por lo demás, le otorga

su legitimidad constitucional–, lo que exige una ponderación para equilibrar ambas finalidades.

Ahora bien, dicha reforma constitucional impone, en razón a su aplicación directa, algunos cambios necesarios a la legislación procesal penal ordinaria. La detención solo puede durar hasta un plazo máximo de cuarenta y ocho horas –no rige, el artículo 264.1del CPP, que conforme a la norma constitucional originaria establecía un plazo de veinticuatro horas–. La detención por delitos cometidos por organizaciones criminales puede durar, regularmente, hasta quince días –no rige, el artículo 264.2 del CPP, que según la norma constitucional originaria no consideraba esos delitos como exceptuados, y por ello solo la extendía al plazo de diez días–. Luego, el apartado 2) del citado artículo queda vacío de contenido y se integra al apartado 3), que se refiere a los delitos exceptuados.

Es obvio que, más allá de los plazos máximos fijados por la ley, el plazo razonable concreto de la detención –de toda modalidad de detención– está en función al "*...tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones...*", conforme al nuevo texto del artículo 2.24.f) de la Ley Fundamental.

4. Arresto ciudadano

Es una facultad que asiste a todo ciudadano a privar de la libertad ambulatoria a otro en los casos de delito flagrante, dando cuenta inmediatamente de dicha detención a la autoridad policial y poniéndolo a disposición de ella –ese es su objeto–. En consecuencia, tiene dos fases. Una fase facultativa que se inicia desde el momento en que el particular descubre en flagrancia al agente hasta el momento en que procede su detención. De otro lado, tiene una fase imperativa que empieza desde el momento en que el sorprendido en flagrancia es aprehendido hasta que, finalmente, es puesto a disposición de la Policía Nacional [Oré Guardia]. Se trata de una de las instituciones cuya entrada en vigencia fue adelantada mediante Ley n.° 29372.

El tiempo para la puesta a disposición a la autoridad policial ha sido definido por el artículo 260.2 CPP: el tiempo que demande dirigirse a la dependencia policial más cercana o al policía que esté por las inmediaciones del lugar. La Policía debe redactar un acta donde se haga constar la entrega del detenido y las demás circunstancias de la intervención. El plazo del arresto ciudadano es menor que en el caso de la detención policial porque no se autoriza al ciudadano a realizar actos de investigación.

Sus notas características son: **(i)** facultativo –a diferencia de la detención policial–, por tanto, su incumplimiento no genera ninguna consecuencia de carácter penal para el ciudadano; **(ii)** procede en caso de flagrancia delictiva [*vid.* artículo 259 CPP]; **(iii)** no autoriza a los ciudadanos a interrogar a los detenidos, ni a ejercer violencia; **(iv)** oral, no requiere de resolución autoritativa.

5. Detención convalidada

Es la medida jurisdiccional de continuación de la privación de libertad, siempre de carácter provisionalísima, que dicta el juez de la investigación preparatoria mediante auto fundado a instancia del fiscal contra el imputado detenido, bajo cualquier modalidad, a fin de garantizar la efectividad de los actos de investigación imprescindibles que se requieren para el debido esclarecimiento de los hechos. Como se trata de una medida de coerción es necesario que se cumplan los presupuestos generales correspondientes: *fumus comissi delicti* y *periculum libertatis* –subsistencia de las razones que determinaron la detención–, y como presupuestos específicos, de carácter implícito, se requiere que el delito investigado esté sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, en especial, que resulte indispensable la necesidad de continuar actos de investigación para completar el esclarecimiento de los hechos, sobre todo respecto de los alcances del delito y del involucramiento de otras personas en su comisión.

El plazo de la detención convalidada –o, en pureza, detención prolongada– es de siete días naturales. Para su dictación se exige instancia motivada del fiscal y previa audiencia pública. El juez de la investigación preparatoria decide analizando las actuaciones proporcionadas por el fiscal y las alegaciones de las partes. Al vencimiento del plazo el fiscal está obligado a poner al detenido a disposición judicial para determinar, previa audiencia, si dicta mandato de prisión preventiva u otra medida alternativa: comparencia restrictiva. Están excluidos de esta medida los delitos exceptuados, precisamente porque el plazo de detención es hasta de quince días.

6. Detención incomunicada

Es una modalidad de cumplimiento de la detención, dispuesta judicialmente, que consiste en el total aislamiento del imputado detenido respecto del mundo exterior –contacto verbal o escrito con terceros–, de modo que ni pude recibir visitas –salvo con su abogado defensor– ni realizar o recibir comunicaciones ni, claro está, salir del centro de detención, a fin de evitar –a través de la clausura

de contactos o conversaciones con otras personas– una actitud activa del imputado sobre las fuentes de prueba–. Como representa un especial agravamiento de la situación del imputado, solo se podrá decretar en supuestos excepcionales y cuando exista una justificación suficiente.

Sus notas características son las siguientes:

A. El artículo 265.1 CPP estipula que procede "siempre que resulta indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados". Esta indispensabilidad, sin embargo, requiere el riesgo de frustración del éxito de la investigación penal: conjurar el peligro de que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en el hecho punible, que el imputado y relacionados puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, a través de la comisión de nuevos hechos delictivos, o intervenir, de una u otra forma, en la ocultación, alteración o destrucción de elementos probatorios relacionados con la comisión del delito.

B. La incomunicación durará un plazo no mayor de diez días naturales, siempre que no exceda el plazo de duración de la detención. Esto es consecuencia de su urgencia, de los fines que persigue y la desaparición inmediata de sus efectos por causa del transcurso del tiempo. Se define en función al tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias imprescindibles que pueden comprometerse con una situación de detención ordinaria.

C. No todo delito posibilita la incomunicación. Son los delitos exceptuados y todo aquel sancionado con pena superior a los seis años de privación de libertad.

D. La incomunicación puede adoptarse al iniciarse la detención o cuando resulte necesaria, en el curso de la investigación.

La incomunicación se acuerda mediante auto fundado (STCE n.° 7/2004). Se dicta de inmediato. No se requiere trámite de audiencia previa (artículo 265.1, última frase, CPP). La ley procesal no ha incorporado la posibilidad de que, levantada la comunicación, esta se adopte de nuevo [Armenta Deu]. Esta posición, sin embargo, estaría habilitada siempre y cuando en su primera oportunidad el plazo solicitado por fiscal no sobrepase el límite máximo previsto por la norma adjetiva. Así, podría darse el caso donde el fiscal, en primer término, solicita la detención incomunicada por cinco días y luego de levantada, surge nuevos motivos suficientes para volver a dictar la medida. En este último supuesto, el segundo

requerimiento solo podría tener un plazo de cinco días para no exceder el plazo total descrito en el artículo 265.1 CPP.

7. Recurso de apelación

Son apelables los autos que acuerdan la detención judicial preliminar, convalidada e incomunicada. El plazo para impugnarlos es de un día. Se trata de una impugnación sin efecto suspensivo.

El trámite es sumarísimo y calificado. Se exige que las actuaciones se eleven, inmediatamente, a la Sala Penal Superior. La decisión del recurso requiere del trámite de vista de la causa, que debe señalarse dentro de las 48 horas de recibida.

La decisión se expedirá en audiencia, bajo responsabilidad.

III. PRISIÓN PREVENTIVA

1. Concepto

Es la medida de coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal. " [...] Es la medida de coerción más grave del sistema procesal, al privar al imputado del derecho más importante, luego de la vida y paralelamente reducir en cotas relevantes la garantía de defensa procesal. Al derecho a la libertad, además, se le califica de un valor superior del ordenamiento jurídico; consecuentemente, como estatuye el artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la prisión preventiva no debe ser la real" (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 7). Surge como consecuencia de una resolución jurisdiccional, debidamente motivada, de carácter provisional y duración limitada que se adopta en el seno de un proceso penal, por la que se priva del derecho a la libertad del imputado por la comisión de un delito grave y en quien concurre (fines) un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que se ausentará a las actuaciones del proceso, o un riesgo razonable de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (*periculum*, artículo 268.1c CPP) [GIMENO SENDRA]. La norma, al hacerlo así, restringe el ámbito de aplicación de la prisión preventiva al cumplimiento estricto de los fines, de manera que la medida solo podrá decretarse cuando exista un peligro concreto y fundado y siempre motivadamente [ASENCIO]. Se exige la configuración de un peligro concreto y fundado, explicitado en el auto judicial, de modo tal que sea

instrumental del proceso al cual se preordena. Está regulada en el Título III de la Sección Tercera del libro Segundo del CPP: artículos 268-285 CPP, ordenados en seis capítulos.

La finalidad de la prisión preventiva es asegurar la presencia del imputado durante la celebración del proceso penal para garantizar: 1) el desarrollo del proceso declarativo, evitando el peligro de ocultación o alteración de las fuentes-medios de prueba, y 2) la ejecución de la futura y eventual pena o medida a imponer, para lo que se hace necesario evitar el peligro de fuga [Odone Sanguiné]. En efecto, el propósito que oriente a la prisión preventiva es de carácter preventivo y no sancionatorio, se busca responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la concurrencia del imputado al proceso y la efectividad de la eventual condena a imponer. Es evidente, por tanto, que bajo ningún concepto se debe concebir a la prisión preventiva como una pena anticipada, ni tiene finalidad retibutiva o preventiva (SCoIDH, caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párr.. 312, a). De esta manera, la privación procesal de la libertad persigue impedir al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictiva o de la labor que emprenda con la exprofesa finalidad de ocultar, destruir o desvirtuar los elementos probatorios importantes para la investigación y posterior juzgamiento [Granados].

Una de las características más notorias, unida a su absoluta (i) jurisdiccionalidad –solo el juez competente, legalmente determinado e imparcial puede adoptarla, tras un procedimiento oral, que se corona en una audiencia, siempre a instancia del fiscal–, es la (ii) excepcionalidad de la medida y su no obligatoriedad. Lo normal es la espera del juicio en situación de libertad, por lo que no puede haber más supuestos de prisión preventiva que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada, prevea –en su aplicación las normas han de ser interpretadas de modo estricto, y que al recurrir a ella ha de hacerse de modo necesario en orden a los supuestos taxativamente previstos por la ley–. En tal virtud, rige el principio de *favor libertatis* o de *indubio prolibertate*, de suerte –como ya se anotó– en la interpretación y aplicación de las normas que la regulan debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen. Este principio, a su vez, ha de conducir, asimismo, a la elección y aplicación en caso de duda, de la ley más favorable, esto es, la menos restrictiva de la libertad [Gutiérrez De Cabiedes].

Otra característica es la (iii) vigencia plena de los principios transversales, todos ellos de jerarquía constitucional, residenciados en los propios alcances de cada derecho fundamental afectado, de intervención indiciaria y de proporcionalidad –se divide ambos principios, en la línea fijada por Martín Morales–. Es de

acotar que la apreciación de los graves y fundados indicios –procedimentales– de criminalidad o sospecha vehemente no constituye una presunción de culpabilidad del imputado, únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la probable comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (STCE 108/1994, de 11 de abril).

El primer principio transversal, intervención indiciaria, exige una determinada carga cuantitativa de sospecha del hecho delictivo (constancia de una infracción penal) y de la vinculación del imputado con aquel. Está en relación a la existencia de los hechos delictivos imputados y de la vinculación del imputado con ellos, que se resuelve en mérito a los denominados "elementos de convicción" existentes al momento de decidir su procedencia (resultado de la apreciación de los actos de investigación inculpatorios necesarios para apreciar en clave de un estándar de grave o fuerte probabilidad delictiva). Está en función al presupuesto material del *fumus delicti comissi*.

Requiere, como dicen ROXIN-SCHÜNEMANN, de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el delito y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad: alto grado de probabilidad de una condena. Opera como *conditio sine que non* de la adopción y mantenimiento de tan drástica medida de coerción (STCE 128/1995, de 26 de julio). La STEDH Stogmüller, de 10 de noviembre de 1969, de igual manera, insistió en la constatación de sospechas razonables de responsabilidad criminal que como *conditio sine que non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida.

El vocablo "sospecha", en término de la doctrina procesalista germana, significa el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de las averiguaciones del delito, que autorizan a dictar una decisión judicial.

El segundo principio transversal, proporcionalidad, como plantea GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, requiere, de un lado, como presupuestos, **(i)** la tipicidad procesal o reserva de ley –seguir escrupulosamente las pautas normativas, bajo una interpretación restrictiva de sus elementos–; y, **(ii)** la motivación reforzada en relación a los presupuestos materiales que justifican la limitación del derecho a la libertad deambulatoria (justificación teleológica). De otro lado, a tono con las reglas de excepcionalidad y subsidiaridad, se precisa el cumplimiento de tres requisitos: necesidad, idoneidad, y estricta proporcionalidad o ponderación. La prisión preventiva no es automática ni indiscriminada. Siempre debe perseguir

fines legítimos que se expresan a través de los riesgos de fuga y de obstaculización –en Perú, se sigue la teoría de los dos peligros, que descartó rotundamente el denominado "peligro de reiteración delictiva"–.

La proporcionalidad, conforme al artículo 268 del CPP, según la Ley 30076, de 19-8-2013, está vinculada a los denominados "motivos de prisión" –el *periculum libertatis*, concreción de ese principio en sede de medidas de coerción, nos remite a los riesgos relevantes, y éstos, a las finalidades constitucionales legítimas de esta medida [Gutiérrez de Cabiedes]–. La prisión preventiva debe ser adecuada al fin u objetivo que con ella se pretende, debe recurrirse a la misma cuando no exista otro modo de actuar que, siendo igualmente operativo para la finalidad que se pretende, resulte menos restrictivo de los derechos de quien soporta la limitación, y debe concurrir una razonable correspondencia entre el perjuicio individual vinculado a la medida y el valor jurídico que de su aplicación se pretende (Auto TSE, Magistrado Llarena Conde, causa 20907/2017, de 9 de noviembre).

Así se tiene que **(i)** en clave de gravedad del delito o estricta proporcionalidad: la pena concreta debe ser superior a los cuatro años de privación de libertad; y, **(ii)** en clave de idoneidad y necesidad, debe valorarse, alternativamente, la presencia de riesgo de fuga o riesgo de obstaculización de la actividad de esclarecimiento. El primer riesgo o peligro tiene que ver con la disposición del imputado de ocultarse y hacer mal uso de su libertad, es el riesgo de fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*–; busca garantizar la presencia o disponibilidad física del imputado durante la pendencia del proceso penal, para asegurar su propio y cabal desarrollo, así como la eventual ejecución de la sentencia [Gutiérrez de Cabiedes]. El segundo riesgo, riesgo de obstaculización, está en función a la concreción de actividades que importen interponerse a la actividad de esclarecimiento; busca proteger el proceso jurisdiccional –o sea, la investigación y las fuentes de prueba– frente a actuaciones ilícitas del imputado dirigidas a dificultar o imposibilitar su obtención o práctica [Gutiérrez de Cabiedes].

También, en relación a estos riesgos, se requiere sospecha fuerte, que permita inferir fundadamente los riesgos que buscan superarse. La situación personal, familiar, laboral del imputado, su –digamos– "moralidad", en el caso del primer riesgo (fuga) son esenciales para sostener esta prognosis de peligrosismo procesal. Como pauta hermenéutica, pueden citarse la Sentencia Plenaria 1-2017/CIJ-433, de 11 de octubre de 2017, y las Sentencia Casatorias 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015, y 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015.

El principio de proporcionalidad, en cuya virtud esta debe adecuarse a los fines constitucionalmente legítimos: asegurar normal desarrollo del proceso, y la ejecución del fallo –asegurar la disponibilidad del imputado a los fines del proceso–, a la que solo ha de acudirse en situaciones importantes y graves. El CPP, en la materia, no ha considerado el riesgo de reiteración delictiva, como sí sucede en la legislación colombiana por ejemplo donde bajo la Ley n.° 1453 de 2011, denominada Ley de Seguridad Ciudadana, estableció dicho elemento como criterio para la determinación de una adopción de prisión preventiva [GRANADOS].

Junto a la necesidad e idoneidad de la medida, se requiere la proporcionalidad estricta, esto es, un juicio de ponderación entre los intereses en juego, de manera que el sacrificio resulte razonable en comparación con la importancia de la medida. Bajo esta consideración, para que proceda la prisión preventiva no solo es necesario el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en las consideraciones del respeto de principios constitucionales [GRANADOS]. Al ser la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Deber ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el objetivo del proceso penal (STC n.° 1091-2002-HC/TC) [DEL RÍO]. Un dato a tomar en cuenta de modo relevante es la gravedad del delito atribuido al imputado: pena privativa de libertad superior a cuatro años, artículo 268.1b CPP. Finalmente, otra característica esencial **(iv)** es su provisionalidad y temporalidad, de suerte que **(i)** los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos a considerar para su mantenimiento, pues el mero transcurso del tiempo puede hacer que el riesgo de destrucción del material probatorio, por ejemplo, desaparezca ulteriormente, o que, también como ejemplo, el riesgo de fuga disminuya para imponer y prolongar la prisión preventiva (STCE 37/19967, de 112 de marzo); y, **(ii)** su duración viene condicionada al cumplimiento de plazos legales, considerados como máximos, lo que puede significar que, en cada caso concreto, pueda concebirse un plazo menor, atendiendo, por un lado, a la duración efectiva de la prisión preventiva y, por otro, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por la fiscalía y el órgano judicial, y al comportamiento del imputado (STCE 987/2002, de 29 de abril).

Es, pues, una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan (STCE 128/1995, de 26 de julio).

El interrogante que se plantea en doctrina es si esta exigencia de sospecha fuerte, unida a los imperativos derivados del principio de proporcionalidad, hace de la prisión preventiva una institución que vulnera la presunción de inocencia. Desde luego, si se adopta por una concepción psicológica de esta garantía se podría concluir de esa forma (presunción de inocencia como reglas de prueba y de juicio), pero tal cuestionamiento se supera con el concepto normativo de la misma.

El concepto de sospecha fuerte no es una consecuencia de la garantía de presunción de inocencia, sino del principio de intervención indiciaria, el que no admitiría que una privación de libertad de la intensidad de la prisión preventiva debiera ser soportada por aquél contra el cual no existen elementos de convicción muy fuertes. El interés persecutorio elevado es lo que, prima facie, legitima la institución, y éste existe cuando se presenta sospecha fuerte de culpabilidad en la que la posibilidad de una sentencia condenatoria sube [Llobet]. Pero, además, es de concebir la presunción de inocencia desde la perspectiva de regla de tratamiento –no como principio informador del procedimiento o como justificación de una condena y ulterior limitación o restricción de un derecho fundamental que envuelve una sanción penal (pena o medida de seguridad)–.

En consecuencia, para concebirla de este modo es determinante la presencia de los motivos –o requisitos– de la prisión preventiva: delito grave y peligrosismo procesal, que consolida la pretensión puramente procesal, ínsita en el proceso de coerción, cuando se pide y se dicta prisión preventiva. Aquí se engarza con el principio de proporcionalidad.

En tanto la prisión preventiva es una media de coerción y sus fines han de ser constitucionalmente legítimos, los que se expresan a través del *periculum libertatis*, no puede atribuírsele la función de anticipar la pena –un no culpable no puede ser castigado a través de la prisión preventiva– (STC n.° 0791-2002HC/TC, FJ 19). En la sentencia de 17-11-09, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, la CIDH ratificó la postura conforme a la cual la detención fundada en fines preventivo-punitivos sería contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos: "[...] la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber, asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia". Tampoco es aceptable que cumpla la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quien es el responsable. Igualmente, la prisión preventiva no es un instrumento de la investigación penal, que de ser así colocaría a esta en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria [Moreno

y otro]. Esta interpretación se encuentra proscrita por el Tribunal Constitucional Español, pues ha declarado la ilicitud de su utilización con la finalidad de propiciar esta como medio de prueba para obtener declaraciones, pruebas, etc. (STCE n.° 128/1995 de 26 de julio).

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia n.° C-3182008 ha proscrito la imposición indiscriminada y como regla de la prisión preventiva: "[...]. En conclusión, una imposición automática e indiscriminada de una determinada medida de aseguramiento resulta contraria al principio de gradualidad que impone que las medidas que se aplican como sustitutivas de otras, deban estar razonablemente fundadas en criterios de necesidad, proporcionalidad y adecuación".

Debe quedar claro que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas de coerción, toda vez que lo que puede llegar a violar esta garantía constitucional es solo la condena sin pruebas o en virtud de pruebas irregularmente obtenidas, o hechas valer en la causa sin las garantías debidas. El auto de detención o el de prisión preventiva no incide en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que se proyecta sobre el modo de acreditar o fundamentar la culpabilidad del acusado (SSTCE n.° 71/1994, de 03-03-94, y 127/1998, de 15-06-98).

De otro lado, no infringe esta garantía –de por sí inaplicable– estimar como justificación o único fundamento de la prisión preventiva los peligros de fuga y de obstaculización. En efecto, si se mantiene con rigor –y con acierto, porque la necesidad del proceso penal y de la defensa como actividad real del imputado en él escapan a la voluntad de quien la sufre– la prohibición de procesos penales en rebeldía no será posible evitar del todo algún modo de privación de la libertad durante el procedimiento [MAIER].

La prisión preventiva es admisible en cualquier estado del procedimiento, aunque su sede natural es la investigación preparatoria. Asimismo, es revisable cualquier momento del procedimiento, lo que implica su **(v)** provisionalidad o variabilidad, de suerte que debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesario y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos [ARAGONESES]. El carácter provisional de la prisión preventiva también encuentra su fundamento en la regla *rebus sic stantibus*, que significa que no solo la adopción, sino también el mantenimiento de la prisión preventiva, están supeditados a las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto. Solo se debe mantener la prisión preventiva en tanto permanezca inalterada la situación que dio lugar su adopción. Si los

presupuestos de hecho varían o si se confirma en una determinada etapa procesal que cierta información obtenida hasta dicho momento ha quedado desvirtuada, corresponde su cese de forma inmediata o, en su defecto, que se sustituya por una medida restrictiva de la libertad menos gravosa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la SCIDH Tibi, de 07-09-04, estableció que en la aplicación de la prisión preventiva se deben tener en cuenta los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [Pérez-Cruz Martín].

Se debate si en la etapa de juzgamiento puede plantearse la medida de prisión preventiva y de ser factible. ¿Qué juez la resuelve? En primer lugar, desde la propia expresión lingüística del supuesto normativo, es obvio que puede hacerse en cualquier estado del procedimiento declarativo en primera instancia (artículo 279 CPP), lo cual es reflejo de la nota característica de provisionalidad o variabilidad. En segundo lugar, si el proceso transcurre por etapas que precluyen, no es posible que el incidente que se plantea en el acto oral –de naturaleza concentrado– sea devuelto a otro órgano jurisdiccional. En tercer lugar, es aplicable el artículo 28.3.b del CPP. En cuarto lugar, no se produce ninguna pérdida de la imparcialidad porque el procedimiento se realiza al amparo del principio de contradicción y porque el juicio es de mera probabilidad delictiva y se centra además en la peligrosidad procesal.

En todo caso, el principio hermenéutico rector de las normas relativas a prisión preventiva es el de *favor libertatis*, o de *indubio pro libertate*. En tanto importan una restricción de la libertad, debe regirse, además del principio de legalidad, por el principio de excepcionalidad. Es claro que en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria debe ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de dichos derechos [Bellido Penadés]. Por último, la legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, las exigencias de sospecha vehemente o bastante de la comisión por el imputado de una conducta delictiva grave.

2. Presupuestos y requisitos

Son dos los presupuestos de la prisión preventiva: material y formal, en el que se destaca la realización de una audiencia para la adopción de la medida.

2.1. Presupuesto material

Consiste en fundados y graves elementos de convicción y los requisitos se concentran en y motivos de prisión específicos: gravedad del delito y peligro de

fuga y/o de obstaculización. Se trata de fundamentos serios y objetivos para privar procesalmente de la libertad a un imputado [VÉLEZ MARICONDE].

2.1.1. Fundados y graves elementos de convicción o sospecha fuerte

La sede natural –aunque no la única– de las medidas de coerción en el proceso penal es la etapa o procedimiento de investigación preparatoria. Ésta, a diferencia de otros procesos jurisdiccionales (civil, laboral, contencioso administrativo, constitucional), solo existe en el proceso penal y está regulada por la ley [GIMENO. Cabe reconocer, eso sí, que en el proceso penal puede presentarse una excepción a la existencia previa de actos de investigación formalizados, que se da en el procedimiento inmediato: artículos 446-448, según los Decretos Legislativos 1194, de 30-8-2015, y 1307, de 30-12-2016.

La investigación preparatoria puede definirse como el conjunto de actuaciones, dirigidas o, en su caso, realizadas por el Ministerio Público tendentes a averiguar la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias, la persona de su autor o partícipe, a fin de fundamentar la acusación y las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado [SAN MARTÍN]. Si bien su función genérica es preparar el juicio oral, específicamente en ella se llevan a cabo **(i)** actos de investigación para averiguar la preexistencia y tipicidad del hecho y su autoría, se disponen **(ii)** medidas de aseguramiento de fuentes de investigación o de prueba, y se adoptan **(iii)** medidas limitativas de derechos para garantizar los fines del proceso. Es de resaltar, desde su contenido, la realización en ella de actos de investigación y, en su caso, de prueba preconstituida y, más avanzado el procedimiento de investigación preparatoria, de prueba anticipada.

Lo expuesto determinará que lo que las partes procesales y el juez, desde el aporte del fiscal, cuenten en esta fase o procedimiento de investigación preparatoria serán, preponderantemente, medios de investigación, cuyo régimen jurídico, sin duda, es diferente, menos exigente, que el de los medios de prueba. Ambos se unifican bajo la categoría, acuñada por GIMENO SENDRA, de actos de aportación de hechos. Solo rige, cuando corresponde, el principio de posibilidad de contradicción en su ejecución, salvo cuando se decreta el secreto de la investigación preparatoria –de cuya legitimidad no existe duda alguna–. En todo caso, siempre se ha de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es culpable del mismo (STSE 241/2009, de 13 de marzo).

Desde luego, la condición de su utilización para determinar la medida de prisión preventiva es su estricta legalidad –la reciente STC 4780-2017-PHC/TC, de 26 de abril de 2018, destacó esta exigencia, en relación por ejemplo a los audios del caso Madre Mía que no fueron debidamente incorporados al procedimiento coercitivo–. La ley fija los requisitos para la actuación o ejecución de los medios de investigación y, antes, para la obtención de las fuentes de investigación o de prueba, esencialmente cuando es del caso, en el proceso de conocimiento, restringir derechos del afectado. El incumplimiento de las reglas esenciales en alguno de estos niveles hace que el medio de investigación, por ilícito, sea inutilizable.

Nuestro Código Procesal Penal denomina a estas actuaciones "elementos de convicción", sin duda para hacer referencia al resultado de los actos o medios de investigación, al aporte de conocimiento que brindan, a la información que incorporan, y, por tanto, a la adquisición –siempre intermedia– del convencimiento judicial. No se requiere de prueba, en sentido estricto, pues la verdadera prueba es la actuada en el plenario, con arreglo a los principios de contradicción plena, oralidad, publicidad y concentración. El Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, utilizó la denominación germana de "sospecha fuerte". Volk, al respecto, apunta que toda medida de coerción en el proceso es dictada con base en la sospecha y por ello el imputado debe tolerar ciertas medidas de injerencia en sus derechos –a ello se le denomina el sentido normativo de la presunción de inocencia–. Su límite es que no se trate al imputado como culpable –no es una pena anticipada ni tiene finalidad retributiva o preventiva: SCIDH Norín Catrimán vs. Chile–, y las sospechas deben extenderse también a los requisitos, clave para la legitimidad de la prisión preventiva, que se emparenta con el principio de proporcionalidad. No se puede hablar de certeza, seguridad o verdad del hecho y de su autor, necesaria para condenar, sino de algo inferior, de conjeturas razonables y fundadas en medios de investigación o de prueba –las preconstituidas–, según el caso, que se comportan como indicios o señales que apuntan a dos extremos (juicio de probabilidad positivo y sostenido).

Solo se necesitan datos inculpatorios que fluyen de los elementos de convicción que apoyan la presunta intervención delictiva del imputado, "*...pero no suponen una prueba en extenso sobre los elementos reunidos en la causa, que solo en el momento del juicio oral han de valorarse*" (ATCE 68/2002, de 2 de abril).

Ahora bien, se denomina sospecha vehemente o sospecha bastante o fuerte de la existencia de un delito y de su atribución al imputado como autor o partícipe del mismo –se está ante un verdadero juicio de imputación–. Esta exigencia presupone un cierto grado de desarrollo de la imputación y significa, entonces,

que debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [Roxin]; probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, la probabilidad de condena se debe fundamentar en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto [NIEVA].

La STEDH Fox, Campbell y Hartley, de agosto de 1990 precisó que se requiere de la concurrencia de elementos que sean suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho. La sospecha bastante o vehemente, a juicio del TEDH, opera como condición necesaria para adoptar y mantener la medida [STEDH W, de 26-01-93]. No se requiere certeza, pues a esta situación se llega solo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio [DEL RIO].

Entonces, la sospecha fuerte es un presupuesto indispensable de la privisón preventiva, es la base de las causales o motivos que le corresponde y que solo debe examinarse a continuación para su dictación o mantenimiento. Supone un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal. El término sospecha fuerte debe entenderse como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos que inculpan al imputado obtenidos en la etapa de investigación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actaciones. Se trata, por tanto, de una condición *sine qua non* de la legitimidad de la prisión preventiva, cuya ausencia determina que la medida sea arbitraria (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 24). Requiere, en tanto juicio de atribución del delito imputado, el examen de fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de pruebas lícitos acopiados durante en el proceso, luego de lo cual corresponde concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él va a ser condenado. Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes; esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable que es propio de la sentencia condenatoria (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 25). Los datos que aportan las fuentes-medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probabiles no son cuantificables. El indicio en materia de coerción procesal, a diferencia del

indicio en materia probatoria, valorados libremente y no arbitrariamente por el órgano jurisdiccional, da lugar a un juicio centralmente hipotético, en cuya virtud el indicio es la base fáctica de una predicción, para afirmar la posibilidad que algo suceda en el futuro; no da lugar a afirmar una probabilidad tal alta que equivalga a la certeza jurírica (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 26).

El juicio de imputación requiere que un hecho sea delictivo, esto es, que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal. La imputación, entonces, requiere, primero, de la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal y, segundo, de la existencia de un sujeto pasivo del proceso penal. En suma, seprecisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones en el proceso, que con alta probabilidad permiten concluir, de manera provisional, la concurrencia del hecho y de su vinculación con el imputado (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 27).

Ahora bien, entre los preceptos de organización criminal, así como del delito de banda criminal, que se erigen en tipos penales autónomos respecto de los delitos específicos que puedan cometer sus integrantes y personasl vinculadas a la organización o a la banda criminal, existe una relación de género y especie: los dos tipos delictivos son modalidades de organización criminal, que solo se diferencian por las características de su estructura organizativa y por su proyecto delictivo. Los jueces deben tener presentes los elementos típicos de ambas modalidades delictivas, y desde su adecuación, podrán dar por satisfecho este requisito legal referido al *fumus comissi delicti*. El estándar de acreditación, desde esta perspectiva, no puede relajarse, no la motivación del auto de prisión preventiva puede obviar la lógica racional y proporcional que necesariamente debe incorporar en orden al jucio de imputación desde una sospecha fuerte o vehemente (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 28-29).

Los medios de investigación (de incorporar en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes lo actuado en sede del proceso de colaboración eficaz), pueden utilizarse para requerir medidas coercitivas, como la prisión preventiva, en atención a lo establecido en el artículo 481-A CPP. Es claro, en tales supuestos, que las declaraciones del aspirante a colaborador eficaz o el ya declarado colaborador eficaz, a fin de valorar su atendibilidad, en sí mismas no justifican un mandato de prisión preventiva, pues necesitarán otras pruebas (medios de investigación o medis de prueba) que corroboren sus testimonios. La identidad del colaborador, en el momento de examinar la sospecha fuerte, a los efectos de la prisión preventiva, por

estar en el estadío inicial de la investigación, no necesariamente debe ser conocida por el órgano jurisdiccional (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 33).

2.1.2. Requisitos: motivos de prisión

Son dos: delito grave y peligrosismo procesal.

A. **Gravedad del delito.** La ley fija un criterio cuantitativo en función a la prognosis de la pena privativa de libertad que se espera imponer según los criterios de medición previstos en el Código Penal: superior a cuatro años de privación de libertad. Es de tener presente que el transcurso del tiempo lleva a que el criterio de la gravedad vaya perdiendo consistencia y, en las posibles prórrogas, o en el mantenimiento de la medida empiecen a ser más relevantes las circunstancias personales del imputado y las circunstancias del caso (STEDH Labita de 26-04-00).

Entonces, son dos los ejes de este requisito: **i)** la gravedad y características del delito imputado; y, **ii)** entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. Si el pronóstico de pena concreta no será superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, ya no cabe analizar el peligrosismo procesal y corresponderá indefectiblemente a metir un mandato de comparecencia. Por otra parte, otro supuesto se presenta cuando la ley no autoriza imponer pena suspendida o reserva de fallo condenatorio a pesar que la pena privativa de la libertad no supere ese límite. Si se trata de delitos graves, que tienen unas conminadas elevadas, siempre se entenderá que es un requisito necesario pero no suficiente para dictar la prisión preventiva, aunque, inevitablemente se requerirá que exista peligrosismo procesal; empero, en la verificación de su existencia, no se debe ser tan exigente para imponer el baremo de sospecha fuerte, sino será de rigor asumir el de sospecha suficiente, pues el análisis está precedido razonablemente de un dato fuerte de pena elevada, a la que el imputado no es ajento tanto en su conocimiento cuanto en su riesgo y que hace más probable el peligro para el proceso y, por ende, existe una pauta sólida de riesgo de fuga. Estas consideraciones también deben comprender a las actuaciones vinculadas con organizaciones criminales. (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 35 al 38).

B. Peligrosismo procesal –elemento teleológico–. Es su presupuesto principal. Se concreta en cualquier acción que pueda realizar el imputado estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en la sentencia [Nieva] o la finalidad legítima del proceso. La naturaleza del delito y la gravedad de la pena no son suficientes, no puede aplicarse la prisión automáticamente [Del Rio]. No se puede justificar la privación procesal de la libertad bajo presunciones de orden criminal, aunque tal posición no se deriva de la garantía de presunción de inocencia –como señaló la STC n.° 1802-2005-HC/TC, de 29-0405–, sino del principio de proporcionalidad. La gravedad y la modalidad del hecho constituyen, en línea de principio, un factor genérico para afirmar la peligrosidad, que, en todo caso, deber ser concretado con las particularidades del caso concreto [Murillo].

Ha de constatarse la presencia de los dos peligrosismos legalmente previstos: de fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*– y de obstaculización (artículos 268.1c y 269-270 CPP) –con lo que nuestra legislación asume una postura intermedia o teoría de los dos peligros–. Así consta en las SSTEDH Letelier, de 27-07-91, y Tomasi de 27-08-92. En la STEDH Cloth de 12-12-91 se aceptó que las necesidades de la instrucción y los riesgos de 'colusión entre coacusados o de intimidación de testigos' pueden justificar la prisión preventiva, a lo que se incluye la complejidad del caso. Asimismo, la STEDH Bouchet, de 20-03-01, aceptó que la vulnerabilidad de las partes en el proceso constituye un motivo pertinente y legítimo de la privación de libertad. Empero, tal criterio pierde consistencia una vez que se va produciendo la audiencia de algunos testigos y la progresión de las investigaciones (STEDH IAC de 23-09-98). El riesgo real de presiones a testigos se atenúa e incluso desaparece con el transcurso del tiempo (STEDH Letellier, de 27-11-91). En igual sentido la SCIDH Bayarri, de 30-12-08, afirmó que la prisión preventiva debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.

Para decidir acerca del peligrosismo, se debe atender individualmente a los antecedentes y otras circunstancias del caso (situación personal, social y laboral) –de carácter subjetivo–, así como la moralidad del imputado, medios económicos de los que dispone; circunstancia de arraigo; la conexiones con otros países; conducta previa, concomitante y posterior del imputado; comportamientos realizados en otras causas, etcétera. Ninguno de los elementos valorativos de los distintos peligros que la norma quiere

prevenir pueden ser apreciados de modo automático o imperativo, siendo siempre necesaria su evaluación de manera motivada y conforme a la situación que se quiere cautelar [ASENCIO].

El Tribunal Constitucional ha desarrollado estos elementos de juicio que deben ser evaluados tanto antes como durante el desarrollo del proceso para determinar la existencia de peligro procesal (STC n.° 01555-2012PHC/TC, FJ 16). El tribunal, de forma acertada, no los enuncia en una fórmula de *numerus clausus*, sino que establece que existe un ámbito propio de discrecionalidad de los magistrados para determinar los elementos que a su juicio confirman la existencia de un peligro de fuga. Los criterios que la Ley enuncia son meramente indicativos, nunca vinculantes y, desde luego, no constituyen un listado cerrado: se refieren tanto al sujeto como a los hechos delictivos, son datos que la experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro [ASENCIO].

Asimismo, no puede constituirse como un criterio autónomo o suficiente de valoración, por ejemplo, la gravedad del tipo legal cometido por el imputado. La gravedad del hecho perpetrado es un criterio para la determinación de la pena concreta que recibirá el imputado, pero más allá de eso, el carácter de los hechos no descubre nuevos factores, salvo que se vincule dicho carácter, de nuevo, con la conducta moral del procesado. Atribuir consecuencias jurídicas por el carácter del hecho y no por la posible conducta del procesado o investigados durante la sustanciación del proceso, se asemeja a una pena anticipada [DEL RÍO].

Entonces, el juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto, no puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada con ningfuno de estos aspectos, sino dene hacerse en relación con los otros. El riesto ha de ser grave, evidente. Ha de optarse, al final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar no es la sospecha grave o fundada del fumus comissi delicti, sino justificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga (Sentencia de casación n.° 1445-2018/Nacional, de 11 de abril de 2019). Asimismo, el factor tiempo es, sin duda, en alguna medida relevante. Los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son los mismos que los que debe exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 45).

- Peligro de fuga. El juez debe estimar la acreditación de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga. Los criterios o circunstancias acreditativas que el CPP incorpora, enunciativamente, en atención a las condiciones objetivas y subjetivas que pueden propender la fuga, son los siguientes:

  (i) Aquellas vinculadas a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como arraigo –que tiene un carácter objetivo–. En este aspecto se verificará, por ejemplo, los lazos familiares del imputado, si su familia vive con él –sustenta a la unidad familiar–, también su ocupación laboral que supone que el medio de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país o en su localidad, y finalmente si tiene un domicilio conocido dentro de la jurisdicción. Es importante mencionar que el análisis del arraigo no supone evaluar la existencia o inexistencia de este presupuesto, sino que se debe ponderar la calidad del arraigo. En este sentido, es legítimo imponer una prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no aleja al imputado del riesgo fundado de fuga (RA n.° 325-2011-P-PJ, de 13-09-11). Los vínculos ya referidos son meramente referenciales. Incidirá, sobremanera, la situación económica del imputado, es decir, si goza de una pudiente solvencia económica, está en mejores posibilidades de abandonar el país que un reo que a duras penas cuenta con una choza para vivir. Asimismo, el arraigo al país puede también valorarse conforme a los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, de forma concluyente si cuenta con una doble nacionalidad o más de dos, situación que le permite abandonar el país con mayor facilidad y refugiarse en su doble nacionalidad para evitar ser extraditado [Peña Cabrera Freire]. Es evidente que los criterios que el juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están vinculados, entre otros, al arraigo, el mismo que tiene tres dimensiones: **1.** La posesión, **2.** El arraigo familiar y, **3.** El arraigo laborar. De presentarse estas circunstancias, desincentivan la fuga del imputado. Otro criterio relevante del peligro de fuga está relacionado con la moralidad del imputado, esto es, la carencia

de atencedentes. La pena podrá ser relevante, pero si no constane elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva. Asumir un peligro de fuga por la sala condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad (Sentencia de casación n.° 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015).

(ii) La gravedad de la pena esperable, criterio que establece el legislador para prever si el imputado piensa fugarse, pues es una información que el imputado puede valorar teniendo en cuenta el marco de la pena a esperar en una eventual sentencia condenatoria aunque es de actora que este criterio, por más que la pena conminada sea muy grave, no exime al juez de una consideración individual de las circunstancias específicas del caso (SCIDH Díaz Peña) [ARAYA VEGA]. En efecto, el peligro no puede desprenderse únicamente en atención a la pena previsible y a la naturaleza del delito, desde el *fumus comissi delicti*. Los automatismos no son de recibo. A la pena previsible y a la naturaleza del delito tienen que añadirse otros factores que inciden en el peligro concreto (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 43).

(iii) La importancia del daño resarcible y la actitud del imputado frente a él –si auxilió a la víctima o la abandonó, etcétera–. Este criterio es desacertado, pues condiciona la valoración de la conducta del procesado frente a un hecho futuro e incierto como es el pago de una eventual reparación civil y, además, adopta un canon para la determinación de la pena como es el hecho de analizar su comportamiento frente a la víctima. Es claro que se puede salvaguardar la futura reparación de la víctima mediante la adopción de otras medidas idóneas mediante el embargo o la incautación [ORÉ GUARDIA].

(iv) El comportamiento del encausado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior –si se pone a derecho una vez se entere del emplazamiento judicial, y cómo fue su conducta procesal en otras causas–. Tratándose del comportamiento del procesado en otras causas, como, por ejemplo, en el caso de una

fuga consumada, nos da una puta fiable del comportamiento futuro del imputado.

(v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración, que es una guía recientemente incorporada y que debe ser valorada junto con el resto de criterios o circunstancias, pues su sola existencia no es requisito *sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva (RA n.° 235-2011-P-PJ– Circular sobre Prisión Preventiva), aunque esta integración como criterio de prisión preventiva sería más sólida si el imputado estuviera en posibilidad de servirse de la organización criminal para eludir la acción de la justicia, esto es, si fuera un líder o cuadro regional o con algún nivel de mando y responsabilidad dirigente [Peña Cabrera Freire]. Si se cumple esta nota característica, también debe concurrir la gravedad del delito perpetrado (STCE n.° 128/1995, de 26-07-95).

- Peligro de obstaculización. El riesgo de destrucción de pruebas debe ser tan grave como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción. El juez debe evaluar la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, esto es, la averiguación de las fuentes de prueba en curso que podría ser obstaculizada por el imputado en libertad [Nieva].

Las fuentes de prueba pueden ser afectadas por la conducta del imputado. Un conjunto de tres comportamientos relevantes incorpora el artículo 270 CPP: destrucción, modificación, ocultación, supresión o falsificación de elementos de prueba; influencia sobre órganos de prueba para que informen falsamente, desleal o reticentemente; e inducción a otros a realizar tales conductas. La decisión tendrá en cuenta la relevancia de las fuentes de prueba para el enjuiciamiento del objeto penal, y la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, órganos de pruebas o quienes pudieran serlo. Constituye un criterio equívoco –no aplicado en el CPP– la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la STC n.° 1091-2002-HC/TC, cuando considera pertinente el mantenimiento de la prisión preventiva porque se advirtió en el caso de autos que el imputado no colaboró con la investigación. Esta resolución –de forma clara– vulnera el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, o a declararse culpable. Es evidente

que la negativa de declarar de un imputado no puede ser utilizada como fundamento para instaurar o mantener una medida de coerción como la prisión preventiva. Si se persiste en mantener este ilegítimo criterio en la aplicación de la prisión preventiva, se estaría obligando al imputado autoincriminarse a fin de evitar dicha medida. En esta misma línea de ideas, tampoco puede interpretarse como un supuesto de entorpecimiento las diversas versiones que manifieste el procesado [ORÉ GUARDIA].

Desde una perspectiva dogmática el peligro de obstaculización a diferencia del peligro de fuga, por lo general, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad que éste último peligrosismo. Es una causal de menor entiedad expansiva en el orden al tiempo de vigencia de la medida, pues el peligro de obtaculización es posible que pueda ser eliminado con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba materialy anticipación probatoria en el caso de prueba personal. Por tanto, el plazo debe ser menor al peligro de fuga. Entonces, se deberpa practicar tan pronto sea posible los registros pertinentes, tomar declaración a los testigos supuestamente susceptibles de ser influidos. En el caso de organización criminal, este peligrosismo, por ser más intenso, puede prolongarse en el tiempo (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 55).

C. Presupuesto especial. Artículo 268.2 CPP. En función a la gravedad del hecho, pero en relación a imputados integrados en organizaciones o bandas criminales, siempre que pueda advertirse que puede utilizar los medios que estas le brinden para facilitar la fuga u obstaculizar la verdad. Los riesgos clásicos, aun con menor intensidad, deben darse [ROXIN]; y, a su vez, resulta necesario acreditar el *fumus boni iuris* y *el periculum*, con la especificidad, de ser el caso, de la integración en una asociación ilícita. Este presupuesto, sin embargo, ha sido derogado. Los dos presupuestos materiales ya analizados –es de insistir– han de interpretarse desde el prisma de la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. Una medida irrazonable o desproporcionada tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso [BARONA VILAR].

Es de resaltar, desde el principio de proporcionalidad, concretamente de prohibición del exceso, lo que importa en términos de aminoración del peligro de fuga o de entorpecimiento el estado de salud del imputado, más aún si es una persona valetudinaria (de tercera edad y con una enfermedad grave). Es indudable, con independencia del delito imputado, y más allá de la sospecha fuerte de su

comisión y de la intervención delictiva de aquél, que una tal situación personal, acreditada pericialmente, tiene consistencia para estimar que, por tal razón, basada en una consideración humanitaria y de tutela de la salud, de relevancia constitucionales, el imputado no estaría en condiciones exitosas de ocultarse o de alterar la actividad de investigación o de juzgamiento.

Asimismo, desde la exigencia constitucional de ocupar establecimientos penales adecuados –convenientes, idóneos, aptos– (artículo 139, numeral 21, de la Constitución). Todo Establecimiento Penal debe ser apropiado para el uso al que está destinado, debe acomodarse a ciertas condiciones, una de ellas es, desde luego, la de protección de la salud y la seguridad de los internos –concreta el principio de humanidad en el tratamiento penitenciario–. Si existe un riesgo fundado de adquisición de enfermedades graves, sin que se habiliten las medidas sanitarias convenientes, el Establecimiento Penal no está en condiciones de proveerlas, o éstas recomienden disminuir la población penitenciaria, es de rigor, entonces, flexibilizar la interpretación de la subsistencia de la medida de prisión preventiva y optar por otras medidas menos intensas que eviten el contagio o una situación de salubridad riesgosa para los internos –en tanto en cuanto otra medida menos intensa evite la degradación de su salud–.

Así, por ejemplo, la Casación argentina en su sentencia n.° 233/20, de 20-3-2020, a propósito de la pandemia de coronavirus (covid-19), así declarada por la Organización Mundial de la Salud –y generadora de una emergencia sanitaria–, señaló que las personas que integran grupos de riesgo deben ser resguardadas adecuadamente en su derecho a la salud, que el Estado debe garantizar a las personas privadas de libertad, ante su situación de especial vulnerabilidad, por lo que, acreditándose las condiciones del Establecimiento, el estado de salud presente del interno preso preventivo y su situación objetiva de riesgo, bajo los criterios de subsidiaridad y proporcionalidad en las circunstancias concretas de cada caso, debe resolver lo conveniente, siendo por lo demás aplicable el principio que ordena que los pedidos de libertad procesal han de ser resueltos conforme con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su presentación (Fallos: 285:353; 310:819; 315:589).

2.2. Presupuestos formales

Conforme al artículo 271 CPP, el auto de prisión preventiva debe dictarse previo requerimiento del fiscal, procedimiento de audiencia, y la estructura del mismo, está sujeta a determinadas exigencias.

2.2.1. La pretensión coercitiva de prisión preventiva

2.2.1.1 Alcances

El proceso de coerción típicamente penal, vinculado al objeto penal, solo puede ser instado por el Ministerio Público (artículo 268, primer parágrafo, CPP), que goza expresamente de la legitimación activa correspondiente –es una legitimación originaria derivada de la Constitución–, mientras que la legitimación pasiva la tiene el imputado, quien es el afectado por la resolución que impone la prisión preventiva o, de ser el caso, otra medida menos intensa. El requerimiento del fiscal –la solicitud de prisión preventiva es una petición de tutela judicial– debe ser fundado y el fiscal ha de exhibir en la audiencia el expediente fiscal (artículo 8.2 CPP) para su examen por el juez. La fundamentación del requerimiento cubrirá el presupuesto y los requisitos de la prisión preventiva (artículo 268, segundo parágrafo, CPP) y se razonará desde los medios de investigación acopiados –de los que se desprenden los **elementos de convicción**– referidos a los actos de investigación, o de prueba anticipada o preconstituida si existieran–.

2.2.1.2 Elementos objetivos

La pretensión coercitiva es el objeto del proceso de coerción. Desde su perspectiva objetiva, se integra **(i)** por la **petición** dirigida al órgano jurisdiccional y **(ii)** por lo que se alega o afirma como fundamento de dicha petición (**causa de pedir**). Lo que se pide en la **solicitud coercitiva** se fundamenta en determinados hechos y fundamentos de derecho, que han de ser alegados en ella. Son dos los elementos objetivos de la pretensión: el fundamento o "*causa petendi*" y la petición o "*petitum*".

1. La petición tiene como objeto el requerimiento de la imposición de una medida de prisión preventiva contra el imputado.

2. La causa de pedir o fundamento de la pretensión es el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la petición: **1.** Atribución razonada de la comisión de un hecho delictivo grave, y **2.** Presencia de un determinado riesgo (fuga y/u obstaculización). Se trata, pues, de la indicación del hecho delictivo, y de los hechos y circunstancias concretas que determinan los requisitos de la prisión preventiva, que den apoyo a la aplicación del precepto legal: artículo 268 CPP; esto es, justificación cumplida o explicación detallada de la concurrencia de los requisitos correspondientes, a partir de los elementos de convicción–.

En cuanto a los alcances de la pretensión, Lo primero que es de resaltar es que el relato del fiscal debe consistir en hechos históricos. Los argumentos no son hechos, sino construcciones intelectuales, al igual que no lo son los medios de investigación y/o de prueba, que son instrumentos para demostrar los hechos–. Lo segundo, es que los hechos han de ser los jurídicamente relevantes y más o menos detallados, idóneos para fundar el juicio de delictuosidad y penalidad, así como el juicio de peligrosismo; es decir, se trata de hechos concretos jurídicamente calificables. Los hechos constitutivos que integran la causa de pedir, propiamente los que identifican la causa de pedir, no son todos que definen el acontecimiento histórico, sino aquellos que permiten identificar la pretensión.

De otro lado, la calificación jurídica (causa de pedir jurídica) es irrelevante como elemento identificador de la causa de pedir –no es un elemento esencial–. Ésta entra en las potestades del juez: *iura novit curia*; por tanto, el juez respetando los hechos y la petición que identifican el objeto procesal, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta, incluso distinta de la propuesta por el Ministerio Público (título de imputación) pero ha de respetar la homogeneidad del bien jurídico tutelado (título de la decisión coercitiva).

A. Aspectos generales

La audiencia de prisión preventiva es una manifestación, no solo del principio procedimental de oralidad, sino especialmente del principio de contradicción en el proceso penal, por el cual tanto el imputado como su abogado defensor cuentan con la posibilidad de contradecir la propuesta de prisión preventiva del Ministerio Público. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de citación a la audiencia de prisión preventiva dentro de las cuarenta y ocho horas del requerimiento fiscal –se entiende que si no se pide la prisión preventiva procede la excarcelación y es automática la conversión de la medida en comparecencia, salvo que pida una medida alternativa o de comparecencia con restricciones–. Este plazo es aplicable para procesos simples, no así en procesos complejos o contra organización criminal, por lo que en cumplimiento del derecho de la garantía de defensa procesal de exigencia de un tiempo razonable para prepararla, cabe señalar un plazo distinto, judicial, de conformidad con el artículo 142 del CPC (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 66).

La audiencia se celebra con concurrencia obligatoria fiscal, imputado y defensor (si no asiste, se reemplazará con el de oficio). Rige el artículo 8 CPP:

el pedido requiere que se adjunte los elementos de convicción. El fiscal debe acompañar expediente fiscal. Instalada la audiencia, se escucha al fiscal, al abogado, y al último al reo (si va agraviado, antes escucha a este). La Casación ha definido que la intervención del imputado está sujeta a su presencia en el juicio. Es de precisar, que no es de recibo que el juez consienta una exagerada y tediosa exposición de la pretención y de las resistencias. Estas audiencias, salvo casos excepcionales, no pueden durar horas y horas, con réplicas y dúplicas reiterativas. Su enfoque debe ser unificado e integrado a fin de relievar el argumento principal y consolidar la pretención o la resistencia. Es el juez quien tiene que fijar el plazo único para que las partes realicen sus pretenciones y resistencias. Este plazo está en función a las características de cada caso concreto; asimismo, es el juez quien tiene que procurar que toda intervenciones de las partes verse sobre lo necesario o imprescindible (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 67). Por lo demás, se debe brindar al imputado y su defensa un tiempo corto, pero razonable para preparar su contradicción, y deba ajustar la celebración de la audiencia a tiempos y horarios que permitan llevar a cabo con efectividad el derecho de defensa (STC 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC, de 26 de abril de 2018, fj 135- Caso: Humala Tasso/Heredia Alarcón).

La decisión se profiere en audiencia, sin postergación. Por tanto, se trata de una resolución oral.

B. Fundamento

El procedimiento de la prisión preventiva debe regularse de tal modo que, en esencia, garantice la imparcialidad del juez –ese es su norte–. Para ello la prisión preventiva no solo debe solicitarla el Ministerio Público –lógica acusatoria–, sino que ha de dictarse previa convocatoria y celebración obligatoria o preceptiva de una audiencia –que en nuestro sistema procesal penal es de meras alegaciones y debate sobre el presupuesto y los requisitos (motivos de prisión) de la prisión preventiva–, donde el juez ha sido colocado en la posición de un tercero que observa y resuelve. Lo **estructural** desde el procedimiento que permite esta imparcialidad es que el juez, primero, no es el titular de la investigación preparatoria y no prejuzga sobre su estrategia y hallazgos, solo la controla jurídicamente; y, segundo, son de aplicación los principios de contradicción, igualdad de armas, oralidad e inmediación, de suerte que se evita por parte del juez una actuación solitaria y ajena a los argumentos de las partes.

C. Características del debate

El debate debe ser preciso y concreto, esclarecedor y con un tiempo limitado, centrándose en lo esencial del problema que trae el caso. Todo ello permitirá la comprensión del asunto litigioso y una solución más justa en relación a la pretensión del fiscal y a la resistencia del imputado. Lo obvio, lo evidente, no se discute.

2.2.2. Auto de prisión: valoración y estandar de la decisión

Este será especialmente motivado, con expresión de la imputación, de los fundamentos de hecho y derecho que lo sustente, y la indicación de las citas legales pertinentes. La resolución se expide de forma oral. La oralidad de la resolución del juez no exime a este de su deber de motivación, pues esto una exigencia que tiene una doble perspectiva de aseguramiento, por un lado, la de garantizar la eficacia del derecho a la tutela judicial efectivo y, de otro, la del respecto a la libertad personal del imputado (STC n.° 03784-2008-PHC/TC, FJ 6). Asimismo, el cumplimiento de la garantía de motivación de la decisión judicial permite al justiciable verificar la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El juez puede optar por imponer al imputado prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva, según el caso.

El auto de prisión preventiva debe efectuar una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión presunta del delito, con precisión de los elementos que caracterizan la imputación; asimismo, ha de justificar las razones por las que afirma que la privación de libertad es indispensable para garantizar los fines legítimos de esa medida (SCIDH Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, de 21-11-07). El juez ha de incorporar razones fundadas que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de privar de la libertad durante el proceso (STEDH Sulaoja, 2005). Se trata, pues, de una motivación reforzada o más estricta (STC n.° 10912002-HC/TC, de 12-08-02).

Es de precisar que uno de los presupuestos generales, desde el principio de proporcionalidad, de toda medida de coerción personal, en tanto importa la restricción de un derecho fundamental, es la motivación reforzada del auto judicial que la acuerda. La motivación debe incidir, primero, en los dos presupuestos materiales de la prisión preventiva: **(i)** presencia de sospecha fundada y grave o fuerte –es decir, sospecha racional y considerable o trascendental, o "*elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del imputado en el hecho delictivo*" [Jorge Barreiro]–, y **(ii)** existencia de peligrosismo –que es el elemento

teleológico y principal de la prisión preventiva–; y, segundo, en el examen jurídico de la punibilidad y de la perseguibilidad del hecho. Es decir, ésta recae sobre los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

Ya se dejó expuesto que el estándar para apreciar los actos de investigación acopiados hasta ese momento es la sospecha fundada y grave (artículo 268.1 CPP). Esto es, alto grado de probabilidad de que están presentes los elementos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXÍN], así como de la intervención del imputado en su comisión. Sin duda, no se requiere certeza –propia de la fase plenarial, de la actividad probatoria plena–, pero sí algo más que sospecha inicial, sospecha reveladora y sospecha suficiente, circunscriptas a los supuestos para decidir las diligencias preliminares, la inculpación formal y la acusación y auto de enjuiciamiento (artículos 329, 336 y 344 CPP). El criterio, en estos casos, es meramente cuantitativo: cuando es muy probable que tras el juicio oral se condene al imputado–. Probabilidad, a diferencia de la certeza, como plantea MAIER, significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el resultado de la verdad, aunque reconoce no haber alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero creo que se ha aproximado a ella –certeza, en cambio, expresa el juicio positivo del sujeto cognoscente acerca del resultado de la actividad cognoscitiva: quien está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, esto es, de conocer la verdad–. Son los medios de investigación los que permiten formular un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, es decir, de probable responsabilidad criminal [BARONA VILAR]. A esto último se denomina "probabilidad positiva" de la responsabilidad del imputado, es decir, cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo por parte del imputado son francamente superiores a los negativos [LLOBET]. Ello, en modo alguno, significa que un análisis más intenso deba hacerse en sede del procedimiento intermedio –como con justa causa cuestiona, por ejemplo, la citada STC 4780-2017-PHC/TC– y, menos, que se omita valorar actos de investigación aportados por la defensa.

Empero, este estándar, propio para realizar una prognosis de culpabilidad procesal desde datos inculpatorios sólidos (presencia de elementos de convicción, en clave de sospecha fuerte), tiene su propia peculiaridad cuando se trata de apreciar el peligrosismo procesal. La sospecha –presencia de un nivel mínimo, pero razonable, de información acerca del peligro de fuga o de entorpecimiento– siempre ha de estar presente en ese grado requerido (fundada y grave o fuerte),

salvo contadas excepciones –por razones de urgencia y de entidad y naturaleza del delito (penas capitales o gravísimas y crimen organizado).

Es entender, empero, materialmente, el juicio sobre la prognosis de fuga o de obstaculización –que son las denominadas por Ortells: "situaciones constitutivas del riesgo"– es más complejo y con mayor nivel de arbitrio judicial, aun cuando está anclado en determinados criterios, abstractos y concretos, reconocidos por la criminalística como datos a tener presente (v.gr.: comportamiento en otros procesos, antecedentes penales, arraigo, etcétera, positivizados en los artículos 269 y 270 del CPP). Ortells denomina a estos criterios: "circunstancias acreditativas del riesgo o peligro", que son datos con base en los cuales puede el juez apreciar y declarar la existencia del peligro, y que actúan como indicios que denotan el riesgo de huida; y, como tal, requieren de un complemento subjetivo de muy difícil concreción. En la determinación del *periculum libertatis* se exige al Juez, enseña Nieva, a construir una perspectiva de futuro, tratando de averiguar qué es lo que sucederá si no se adopta la prisión preventiva.

Cabe puntualizar que, en cuanto al arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y sus negocios, profesión o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto –presencia de elementos que denotan un vínculo con el lugar–, lo que se ha de valorar es, de primera intención, es su ausencia, puesto que se pretende identificar un peligro procesal. No se trata de un boleto de entrada o salida a prisión, como si se tratara de una norma programática directa que puede ser aplicada sin mayor ponderación o juicio que compare otras circunstancias. Es claro que toda persona tiene, siempre, algún tipo de arraigo, por lo que ha de evaluarse su calidad y como ésta puede influir junto con otras circunstancias en la escenificación del riesgo de fuga [Del Río].

Un punto que está adquiriendo notoriedad, en los casos que vienen tramitándose en la actualidad, y que se relaciona con el estándar de sospecha grave o fuerte que se requiere para dictar prisión preventiva, está referido a la utilización de las declaraciones, documentos y demás elementos de convicción que se obtienen en el curso de los procesos por colaboración eficaz, en fase de corroboración. Sobre el particular, en el país se cuenta con preceptos precisos. Rigen los siguientes artículos del Código Procesal Penal reformados por el Decreto Legislativo 1301, de 30-12-2016: **(i)** 476-A –cuando el proceso culminó favorablemente a la colaboración–, **(ii)** 481 –cuando se rechaza el acuerdo de colaboración–, y **(iii)** 481-A –cuando el proceso de colaboración está en trámite–.

El problema, desde la perspectiva de la licitud de su utilización, se presenta básicamente con las exigencias de contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos de naturaleza personal. Cabe aclarar que las actuaciones en el proceso de colaboración eficaz son meramente investigativas o sumariales y, por tanto, se regulan conforme a los actos de investigación legalmente previstos –es claro, por lo demás, que los actos de investigación son prácticamente coincidentes con los actos de prueba [GÓMEZ COLOMER]–. El proceso de colaboración eficaz, a diferencia del proceso común, es reservado en las actuaciones de corroboración –en el común se trata de una fase participativa–. Ahora bien, esta situación *sui generis*, pero razonable dentro de la lógica de corroboración, no es que *per se* hace inutilizables esas declaraciones, sino que tal déficit debe superarse acudiendo a la doctrina de la Gran Sala del TEDH recaída en la sentencia Al-Khawawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15-12-2011; reiterada en la sentencia Schatschaschwili c. Alemania, de 15-12-2015.

Por tanto, según esa doctrina, existen tres criterios de comprobación, que han de analizarse en conjunto: **(i)** si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos –sin duda, en el presente caso, existe una autorización legal y, en la mayoría de los casos, el proceso está en fase de corroboración–; **(ii)** si la declaración en cuestión sería el fundamento único o determinante para la decisión –es de analizar el peso de ese testimonio, pero en todo caso rige la regla de inutilización prevista en el artículo 158.2 del CPP (para declaraciones de colaboradores), por lo que deben existir otros actos de investigación que convergentes con tal declaración–; y, **(iii)** si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento –a más importancia de las declaraciones sin contradicción más sólidos los elementos de compensación–. Estos elementos de compensación están en función no solo a la coherencia, precisión y detalle circunstancial del testimonio incriminador; sino también, y preponderantemente, la existencia de otras pruebas que corroboren el testimonio único o preponderante –informes periciales, testificales, prueba material, actas de incautación o de intervención, etcétera–. Esta doctrina ha sido correctamente seguida por la STSE 182/2017, de 22 de marzo.

¿Cómo puede determinarse si existe un riesgo de fuga o un riesgo de obstaculización? La regla es que el peligro no debe determinarse con base a criterios abstractos –que solo pueden servir de base en los primeros momentos de la investigación, que se centra en la gravedad y naturaleza del delito cometido,

así como en la existencia de antecedentes del afectado– sino en mérito a criterios concretos –el principio de igualdad juega un papel central en este análisis–; ello excluye, por ejemplo, las llamadas presunciones de fuga con base en el monto de la pena esperada (SCIDH, García Asto, n.° 128) [Llobet].

En principio, y preliminarmente a la valoración, debe tenerse presente que se debe atender individualmente a **(i)** la naturaleza del hecho y a la gravedad de la pena esperable –circunstancias del hecho atribuido en sentido estricto, gravedad del delito y entidad de la conminación penal–, así como a **(ii)** las circunstancias concretas y personales del imputado. En este último caso se requiere examinar, primero, el arraigo patrimonial, laboral o profesional, familiar y social; segundo, la facilidad de movimientos: estado de salud, conexiones con otros países, medios económicos); y, tercero, los antecedentes judiciales y/o penales, así como los comportamientos realizados en otras causas –se trata de datos de carácter subjetivo que exigen una valoración integral y concreto– [Rivera]. Estos datos o, mejor dicho, indicadores materiales –que están en condiciones de materializar la fuga– no se aprecian de modo automático o imperativo; deben evaluarse de conformidad a la situación que se quiere cautelar [Ascencio Mellado]. Además, ha de individualizarse la diferente participación, en caso de pluralidad de intervinientes, que haya podido tener cada imputado, si es que de ella se puede desprender, desde la ley, un menor reproche punitivo.

Tratándose de peligro de obstaculización, sin duda de menor posibilidad expansiva según el tiempo transcurrido, el juez debe evaluar, en cuanto a las circunstancias acreditativas de ese riesgo, siempre expuestas con carácter general, las circunstancias y características personales del imputado –que revelan la real capacidad de materializar la actuación ilegítima que pretende conjurarse–, la concreta disposición del imputado a obstaculizar las pruebas, esto es, la averiguación de las fuentes de prueba en curso que podría ser obstaculizada por el imputado en libertad [Nieva] –no puede tratarse de un posible riesgo, sino de uno fundado y concreto–, y la actuación durante el proceso de la destrucción e impedimento ilícito de la obtención o práctica de pruebas.

Es indudable que, dentro de estos baremos, el juez ha de tener puntos de apoyo fácticos, que se sustentan, siempre, en medios de investigación, para realizar este análisis. También es patente que el criterio de las circunstancias concretas y personales del imputado no puede ser exigible plenamente inicialmente, porque, en función al escaso tiempo que puede haber tomado una específica investigación –más aún si se está ante un detenido preliminar en supuestos de flagrancia delictiva– no será posible disponer de tales datos, y, por ende, se resolverá el

requerimiento de prisión preventiva mayormente en función a criterios objetivos (gravedad de la pena, tipo de delito, circunstancias que rodearon su comisión y alguno que otro dato adicional), que luego se necesita que se completen, como carga para el Ministerio Público, conforme avanzan las investigaciones (STCE 23/2002, de 28 de enero) –el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto y los datos del caso concreto (STCE 65/2008, de 29 de mayo)–.

Es obvio que si el requerimiento de prisión preventiva está precedido de un periodo de diligencias preliminares (artículo 334.2 CPP) de un tiempo razonable de duración sí será necesaria, desde un inicio cuando se requiere la prisión preventiva el aporte de datos acerca del peligrosismo invocado; y, a medida que avanzan las investigaciones, las exigencias para acreditarlo serán mayores.

2.2.3. La Ley 31012, Ley de protección policial

La Ley 31012, Ley de protección policial, de 28-3-2020, incorporó, entre otras disposiciones, el artículo 292-A al Código Procesal Penal. Estatuyó que "*Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288 al Policía Nacional del Perú que, en cumplimiento de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria y causen lesión o muerte, quedando prohibido dictar mandato de Detención Preliminar Judicial y Prisión Preventiva*". Desde el derecho penal material esta Ley modificó el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal al establecer que "**20.** Está exento de responsabilidad penal: "**11.** *El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, causa lesiones o muerte*" –llama la atención, por lo demás, que en sede procesal no se considere al personal de las Fuerzas Armadas, lo que obligaría a aplicar en vía de integración jurídica la analogía, plenamente factible en sede procesal penal si es que favorece las garantías individuales–.

Esta Ley presenta varios problemas y presenta serias dudas de inconstitucionalidad. En efecto, si se parte del hecho de que el Policía Nacional actúa en cumplimiento de sus funciones y usa su arma en forma reglamentaria, es obvio que el resultado lesión o muerte, sería causal de exención de responsabilidad penal; y, por tanto, no cabría dictar medida coercitiva alguna, a menos que exista aspectos que deban ser esclarecidos, en cuyo caso desde el principio de proporcionalidad podría aplicarse el mandato de comparecencia simple. Si de lo que se trata es de ponderar una medida de coerción personal cuando el Policía

utilice su arma de reglamento, será del caso determinar, desde las circunstancias concretas del caso, si actuó dolosa o culposamente (no ha perdido vigencia, desde luego, el Acuerdo Plenario 05-2019/CIJ-116, de 10 de septiembre de 2019, cuyo enfoque es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestro Derecho constitucional) –es obvio que si se formaliza el procesamiento el Ministerio Público estará optando por una u otra configuración subjetiva–, para lo cual el juez no solo tendrá en cuenta el presupuesto de sospecha fuerte, sino también, y primordialmente, los requisitos de gravedad del hecho delictivo y peligrosismo procesal –el principio de proporcionalidad exigirá analizar si se presentan sospechas razonables de riesgo de fuga o de entorpecimiento–.

Por la propia naturaleza de una medida de coerción, en función a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, no es posible que el legislador se sustituya al juez en la apreciación del presupuesto material y los requisitos de la medida de coerción personal. La nota de jurisdiccionalidad –que es un presupuesto general del principio de proporcionalidad– es la que informa esta institución y ella requiere, como es obvio, una apreciación concreta, caso por caso, desde los medios de investigación y/o de prueba acopiados, por lo que, en mérito a lo que resulte de las actuaciones acompañadas por el Ministerio Público, el juez podrá dictar la medida de coerción que corresponda, sin imposiciones abstractas del legislador. Es obvio, salvo situaciones verdaderamente excepcionales, que en condiciones de una intervención oficial en que un policía o militar haga uso de su arma de reglamento, la medida más razonable será, si media procesamiento, la de comparecencia simple o, muy infrecuentemente, comparecencia con restricciones.

La regulación legal de las medidas de coerción se encuentra en la Sección III del Libro III La actividad procesal. Consta de los artículos 253 al 263 del CPPL: un total de sesenta y ocho artículos. Cabe puntualizar, desde la forma como se reguló esta institución, que ha sido el Código Procesal Civil el que optó por asumir la concepción del proceso cautelar –o de coerción–, no así nuestro Código Procesal Penal que se decidió por la tradicional categorización legal de la institución simplemente como medidas de coerción, más allá de haber configurado una regulación muy precisa y prolija. No obstante ello, no es un obstáculo para seguir asumiendo, desde una perspectiva dogmática, que lo coercitivo –que incluye lo cautelar, lo aseguratorio de la prueba y lo tuitivo coercitivo–, integra propiamente un proceso con una función típica, una clase de pretensión específica y unas notas características diferenciadas.

3. Duración

3.1. Plazos ordinario y especial

El CPP contempla dos modalidades de plazo, según exista sentencia o no sentencia de primera instancia. En la primera modalidad, el plazo ordinario de la prisión preventiva es de hasta nueve meses; empero, si el proceso es complejo (artículo 342.3 CPP) el plazo no durará más de dieciocho meses y si se trata de procesos de criminalidad organizada, el plazo ordinario de la prisión preventiva es de hasta treinta y seis meses. Así, artículo 272 CPP lo ha reconocido de forma expresa. El plazo integra la garantía constitucional de la libertad, más no la agota, pues el plazo efectivo de duración de la situación de prisión preventiva, aún dentro de los límites del plazo máximo legal, tampoco puede excederse más allá de un plazo razonable (STCE n.° 8/1990, de 18-01-90). Además, es de tener en cuenta que, si se trata de un plazo máximo y que, en todo caso, es un plazo judicial porque el juez lo fija cuando dicta la prisión preventiva, si establece un plazo inferior, a su vencimiento el imputado deberá excarcelarse o, con arreglo al artículo 274 CPP, solicitar la prolongación del plazo.

A su vencimiento, procede la excarcelación inmediata, sin perjuicio de dictarse medidas alternativas, previstas en el artículo 288.2 al 4 CPP: no ausentarse de la localidad que reside, no comunicarse con personas determinadas, caución económica, la obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada.

La segunda modalidad, que es un plazo distinto, se presenta cuando se dicta sentencia de primera instancia y esta es recurrida. El nuevo plazo es de la mitad de la pena impuesta: artículo 274.5 CPP.

La modificación del artículo 274 CPP instaurada por el Decreto Legislativo 1307, de 30-12-2016, introdujo en el apartado 2 la figura de la "adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva". Esta institución significa que el plazo de prisión preventiva, según lo inicialmente previsto en el artículo 272 CPP, podrá ser objeto de adecuación o ajuste; esto es, que como consecuencia del surgimiento de circunstancias de especial complejidad, no apreciadas cuando se dictó el mandato de prisión preventiva, corresponda estimar que el supuesto típico procesal se corresponde con un proceso complejo o uno de criminalidad organizada –de un proceso inicialmente simple pasa a convertirse en uno complejo o de criminalidad organizada, o de uno complejo pasa a convertirse en uno de criminalidad organizada–. En este caso, entonces, se adecúa el plazo de la

prisión preventiva fijándose el que corresponde según la modalidad de proceso sobrevenido. Así se ha pronunciado, por lo demás, el Acuerdo Plenario1-2017 / CIJ-116, de 13-10-2017.

3.2. Prolongación de la prisión preventiva

Si existe especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso, y subsiste peligro de fuga o de riesgo de perturbación de la actividad probatoria, es posible prorrogar la prisión preventiva: **1.** Para los procesos comunes hasta por nueve meses adicionales. **2.** Para los procesos complejos hasta por dieciocho meses adicionales. **3.** Para los procesos de criminalidad organizada hasta doce meses adicionales. [ver artículo 274.1, CPP, modificado por decreto legislativo n.° 1307, de 30 de diciembre de 2016]. El fiscal la debe solicitar antes de su vencimiento. De manera excepcional, el Juez de la Investigación Preparatoria puede, a solicitud del fiscal, adecuar el plazo de prolongación de la prisión preventiva otorgado, solo si existe circunstancias de especial complejidad que no fueron advertidas en el requerimiento inicial. Para el cómputo de la adecuación del plazo de prolongación se tomará en cuenta lo establecido en el artículo 275 CPP. Se decreta la realización de una Audiencia de Prolongación, con asistencia de interesados, dentro del tercer día de presentado el requisito. Realizada esta, el juez decide en el mismo acto o dentro de las 72 horas siguientes.

Producida la excarcelación por vencimiento del plazo de prisión –ordinaria o prolongada–, se revocará la libertad si no asiste injustificadamente a la primera citación formulada, si se considera necesaria su presencia. Para la revocatoria se sigue el trámite de audiencia, que se celebrará con los asistentes que concurran (trámite del artículo 279.2 CPP, según la norma de remisión del artículo 276 CPP).

3.3. El plazo razonable de la prisión preventiva y su prolongación

En tanto la medida de prisión preventiva responde a la necesidad de asegurar la presencia del imputado durante el trámite del proceso penal –con una doble finalidad, por un lado, evitar el peligro de ocultación, alteración o destrucción de las pruebas y, de otro, la ejecución de la futura penal a imponer–, tampoco puede prolongarse más de lo estrictamente razonable para que el proceso se desenvuelva y concluya con la emisión de una sentencia en primera instancia.

El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable

o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso a través de este tipo de medida cautelar (SCIDH, Caso Bayarri vs. Argentina, de 30-10-08).

La CIDH en la SCIDH Genie Lacayo estableció tres presupuestos para evaluar la razonabilidad del plazo de detención preventiva: **(i)** La complejidad del asunto, que viene establecido por las circunstancias de hecho y de derecho del caso tales como: la prueba de los hechos, la pluralidad de los imputados, la gravedad de los hechos, la legislación ambigua o incierta; **(ii)** la actividad procesal del interesado, es decir, verificar si el imputado no ha hecho un uso abusivo e innecesario de los recursos o figuras permitidas por la ley procesal; **(iii)** la conducta de las autoridades judiciales, en donde hay que analizar circunstancias como la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental y la carga de trabajo. A partir del caso Valle Jaramillo y otros (SCIDH, de 27-11-08), la Corte incorporó un cuarto criterio: la afectación en la situación jurídica del procesado, donde se analiza si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del imputado, en cuyo supuesto resultará necesario sea más expeditivo. La duración excesiva o desproporcionada de la prisión preventiva genera una suerte de transformación de su naturaleza: de cautelar a punitiva [REYNA. STC n.° 29152004-HC/TC, de 23-11-04].

Estos criterios no solo deben verificarse para controlar el mantenimiento de la prisión preventiva en cada concreto, sino también para advertir si existe una prolongación indebida o arbitraria de una prisión preventiva. El criterio es único: la prisión preventiva o su prolongación solo se justifican en tanto existan o subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar; de lo contrario, se afectaría el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (STC n.° 01680-2009-PHC/TC, FJ 34).

4. Impugnación

Conforme al artículo 278 CPP, el auto de prisión preventiva es apelable con efecto devolutivo y no suspensivo en el plazo de tres días. La Sala resuelve previa vista de la causa dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación del fiscal y del defensor del imputado. La decisión se emite dentro de las 48 horas siguientes. Si la Sala declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo u otro juez dicte la resolución que corresponda con arreglo a lo

establecido en el artículo 271 CPP. La nulidad solo permite un juicio rescisorio, no rescindente. La Ley, asumiendo una opción determinada, estimó una limitación del poder revocatorio del Tribunal de Alzada.

Lo constitucionalmente relevante, en cuanto garantía sustancial del procedimiento, es la existencia mínima de un control o recurso ante un órgano superior, y que se preserve la garantía de contradicción y de brevedad en la sustanciación del remedio que la legislación instrumente (STCE n.° 3/1992, de 13-01-92). Bajo similares plazo y procedimiento es apelable la resolución de prolongación de la prisión preventiva (artículo 274.3 CPP).

Con relación a la amplitud del control del auto que acuerda la prisión preventiva, es obvio que corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria y a Sala Penal Superior a través del recurso de apelación, la constatación y valoración integral de los antecedentes fácticos justificativos de la prisión preventiva, ya se refieran a la sospecha grave o fuerte de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga o de obstrucción de la investigación (STCE 128/1995, de 26 de julio) –esta última será plausible, como ya se dijo, como mucho tan solo en los primeros momentos de la investigación preparatoria, en un plazo breve [Sánchez-Vera]–.

El artículo 278 CPP no introduce ninguna especialidad procedimental en materia de apreciación probatoria respecto del auto de prisión preventiva (sea estimatorio o desestimatorio). El artículo 420 CPP permite al Tribunal Superior incorporar nueva prueba documental y prueba documentada –en pureza, medios de investigación documental y documentado (diligencias investigativas o actas sumariales)–, que por cierto apreciará como corresponda, sin límite alguno. El límite referido a la prueba personal, conforme al principio de inmediación, no rige porque no se trata de medios de prueba y la resolución impugnada no es una sentencia derivada del procedimiento principal o de enjuiciamiento (artículo 425.2 CPP).

Lo expuesto se condice con la naturaleza del recurso de apelación, ordinario por antonomasia y de plena jurisdicción. El Tribunal Superior revisará autónomamente las actuaciones procesales y, desde la *quaestio facti*, formará su propio juicio con independencia de la decisión del *iudex a quo*, y aplicará el derecho según su leal saber entender. Prima el criterio rector de justicia material y, por tanto, está autorizado para reformar el auto de primera instancia y sustituir la decisión de aquél por otra, claro está si la petición impugnativa es revocatoria –si la petición impugnativa es anulatoria su análisis se circunscribe al examen de vicios

de actividad (de procedimiento o defectos estructurales– o defectos de juicio –*in iuri* o *in factum*–.

Distinto es el caso del recurso de casación a cargo de la Corte Suprema de Justicia. El criterio matriz es el examen de los errores jurídicos de la resolución, y su sujeción a los hechos legalmente declarados probados, conforme estipula el artículo 432.2 CPP, es decir, como enseña FERRAJOLI, realizar un juicio sobre el juicio jurisdiccional de mérito.

Así las cosas, en estos casos ha de supervisar:

1. La existencia de motivación suficiente –en el doble sentido de resolución fundada o razonada–, y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción –que se haya sustentado en medios de investigación lícitos y debidamente incorporados al procedimiento coercitivo, y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión preventiva (STCE 40/1987, de 3 de abril)–. Si se concibe, como lo hace WROBLEWSKI, que motivar es justificar, ésta ha de estar interna y externamente justificada. La primera, exige que el juicio haya sido correctamente inferido de las premisas que lo sustentan, esto es, corrección de la inferencia –se ha de proporcionar un armazón justificativo racional–; y, la segunda, requiere que las premisas que fundamentan el juicio han de estar justificado –la motivación ha de ser congruente y, a fortiori, no contradictoria, completa y suficiente– [IGARTUA].

2. La presencia de medios de investigación lícitos de contenido inculpatorio en orden al *fumus delicti comissi* y al *periculum libertatis* invocado en el requerimiento fiscal. Como la restricción del derecho fundamental a la libertad personal es de suyo grave el presupuesto de motivación reforzada es cardinal, por lo que corresponde examinar que no se esté ante un supuesto de motivación constitucionalmente defectuosa: **1.** Motivación omitida –omisión formal, omisión sustancial, motivación parcial, en aspectos básicos de algún presupuesto material que impone la prisión preventiva, motivación implícita y motivación *per relationem*–. **2.** Motivación insuficiente –no aporta razones necesarias para ofrecer una justificación apropiada–. **3.** Motivación genérica, hipotética o vaga –motivación aparente–. **4.** Motivación contradictoria –falta de coherencia entre parte

considerativa y parte dispositiva o contiene argumentos que se oponen entre sí–, y motivación irracional –que vulnera las leyes de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos: no respeta la coherencia contextual– [Igartua].

Es evidente que la garantía de defensa procesal exige el examen de todos los elementos lícitos de convicción presentes en la causa, que han permitido una audiencia contradictoria para definición de la medida de prisión preventiva –de cargo, de descargo, aportados por la Fiscalía como por la defensa–, y que se reconozca al imputado un plazo razonable para ejercer su defensa (conforme: STC 478-2017-PHC/TC, párr. 135). Pero, de ninguna manera, el Tribunal Supremo puede valorar independientemente el material instructorio.

Cabe enfatizar, finalmente, que el recurso de casación, centrado en la *quaestio iuris*, impide al Tribunal Supremo el examen interno de los concretos medios de investigación para determinar la suficiencia de la conclusión incriminadora –la *questio facti* no es de su competencia funcional, por imperio del artículo 432.3 del CPP–. En clave de la *questio iuris* solo le corresponde determinar la presencia de infracciones normativas, que están en función a las exigencias de la licitud de los medios de investigación, a las exigencias de sospecha fuerte según lo apreciado por el propio juez de mérito, y a la motivación o argumentación de la decisión de mérito, a su carácter razonado y razonable para decidir la prisión preventiva.

Esta limitación a la cuestión jurídica –*quaestio iuris*–, es igualmente exigible al Tribunal Constitucional, por imperio de los artículos 4 y 9 del Código Procesal Constitucional. En los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, como los definió Gimeno, al juez constitucional solo le corresponde un control externo de la resolución judicial de la legitimidad del auto de prisión preventiva, es decir, verificar la concurrencia del presupuesto y requisitos de la medida en cuestión, no las pruebas y los detalles propios del Derecho penal, que son materia de la jurisdicción ordinaria [Zúñiga]. El artículo 200.2 *in fine* de la Constitución, en este punto, exige que las resoluciones judiciales no dimanen de un proceso regular; esto es, que no lesionen las garantías constitucionales genéricas y específicas de carácter procesal (transgresión de un precepto constitucional procesal –garantías procesales de relevancia constitucional– e inobservancia de un precepto constitucional material). Esa es la *causa petendi* del proceso de habeas corpus.

5. Cómputo del plazo

El cómputo comprende los días naturales. El *diez a quo* se computa desde el día en que el imputado sufrió privación procesal de libertad. Empero, se excluye del mismo, no se cuentan el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas, que se vulnere el principio de buena fe procesal, atribuibles al imputado o a su defensa (recursos indebidos, recusaciones irrazonables, inasistencias injustificadas, articulares y remedios jurídicos fatuos o indignos, etc.).

Se excluyen del cómputo, no se considera el tiempo transcurrido efectivamente, cuanto se hubiera declarado la nulidad de lo actuado y dispuesto se dicte nuevo auto de prisión preventiva. De igual manera, se excluye el cómputo cuando se anula un proceso penal militar y se disponga el conocimiento de los hechos punibles por la jurisdicción ordinaria.

6. Revocatoria de comparecencia por prisión

Conforme al artículo 279 CPP, si se presentan indicios delictivos fundados de que el imputado libre está incurso en los presupuestos materiales de la prisión preventiva (artículo 268 CPP), puede emitirse un auto fundado de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva, cuya emisión está condicionada, conforme al principio de rogación, a que sea instada por el fiscal. Es, sencillamente, una expresión del elemento de variabilidad que informa toda medida de coerción. Para acordar esta medida debe celebrarse una audiencia, que se realizará únicamente con los asistentes que concurran. El juez de la investigación preparatoria decide en el mismo acto o dentro de las 48 horas. Contra el auto que se emite, procede apelación con efecto devolutivo, no suspensivo.

7. Prisión incomunicada

Conforme al artículo 280 CPP, en tanto modalidad de la prisión preventiva, es posible dictar la incomunicación del imputado preso. Procede siempre que sea indispensable para el establecimiento de un delito grave; esto es, deberá existir peligro de frustración del éxito de la investigación penal [BARONA VILAR] –necesidad persecutoria–. Rigen los mismos criterios de la detención incomunicada. La Constitución establece que nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, en la forma y por el tiempo previstos por la ley. Se trata, sin embargo, no de un derecho absoluto, sino posible de ser limitado, aunque en casos excepcionales permitidas por la norma procesal penal (STC n.° 10-2002-PI/TC, FJ 172-173). Su adopción no

podrá afectar las comunicaciones personales que el imputado deba establecer periódicamente con su abogado defensor, pues, de ningún modo el estado de incomunicación puede restringir la garantía de defensa procesal [Peña Cabrera Freyre].

El plazo de duración es de hasta diez días. La resolución se expide sin trámite alguno. Es recurrible en apelación dentro del plazo de un día, impugnación que no es suspensiva. Una vez vencido el plazo, cesa automáticamente. El Tribunal Superior resuelve previa vista de la causa, señalada dentro de las 48 horas de recibido el expediente, y la decisión se emite en audiencia, bajo responsabilidad.

8. Cesación de la prisión preventiva

8.1. Concepto

Es una institución contracautelar prevista en el artículo 283 CPP. La cesación se sustenta tanto en el principio de intervención indiciaria como en el principio de proporcionalidad, y tiene como eje la nota característica de variabilidad a partir de nuevos elementos de convicción en relación con los presupuestos materiales de la prisión preventiva, a sus circunstancias fácticas. La variación puede provenir tanto del *fumus delicti comissi* cuanto del *periculum in mora* (gravedad del hecho o peligrosismo procesal); es decir, de una disminución de la intensidad de su presencia (Ejecutoria Suprema RN 3100-2009, de 11-02-11). Igualmente, la medida cesa cuando el imputado haya sido condenado o absuelto en primera instancia, pues como la prisión es un instrumento para asegurar el éxito del proceso penal, resulta consecuente que la decisión que pone fin a dicha averiguación sea el punto final de esta medida de coerción [Jauchen].

La cesación, como medida provisional que es, importa la imposición en reemplazo de la prisión preventiva de una medida menos intensa. La opción por una de ellas requiere, adicionalmente, tomar en cuenta tres factores específicos: 1) características personales del imputado; 2) tiempo de privación procesal de la libertad; y, 3) estado de la causa. Además, debe imponerse al imputado reglas de conducta del artículo 288, definidas como restricciones, cuyo objeto es garantizar la presencia del imputado y evitar que lesione la finalidad de la medida. Su incumplimiento determina la revocatoria de la cesación, que también se extiende a la no comparecencia injustificada a las diligencias del proceso, y cuando varíen los presupuestos materiales que la condicionaron. Perderá, asimismo, la caución si la hubiera pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración

de justicia. La carga de probar los presupuestos de la cesación corresponde al imputado [CÁCERES JULCA].

La cesación se resuelve mediante el modelo de audiencia. El auto que se pronuncie puede ser impugnado por el imputado o el fiscal, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de prisión preventiva (artículo 284 CPP).

Cabe acotar que, si vuelven a existir los presupuestos materiales de la prisión preventiva, será nuevamente procedente la prisión preventiva del imputado libertado por auto motivado, así aún resta plazo para su ejecución. Si la cesación hubiese operado por vencimiento del plazo razonable de la prisión preventiva, solo es posible la privación procesal de la libertad para la realización de un acto procesal que requiera la presencia del imputado, colaboración de él para con el procedimiento judicial voluntario negada por su incomparecencia, y necesaria para conducir el procedimiento hacia su finalización [MAIER].

8.2. Decreto Legislativo 1229

El D. Leg. n.° 1229, de 25-09-15, que modificó el artículo 283 CPP –en rigor, se limitó a numerar los cuatro párrafos del enunciado normativo–, ratifica el carácter variable, en función a la subsistencia de los correspondientes presupuestos materiales, de la prisión preventiva.

La prisión preventiva debe cesar –es decir, ponerle término– cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Se requiere un cambio en la situación jurídica del imputado que incida en cualquiera de los presupuestos materiales que determinaron la prisión preventiva: **(i)** sospecha fundada y grave de vinculación delictiva; y/o **(ii)** motivos de prisión: **(a)** gravedad del delito: superior a cuatro años de privación de libertad, y **(b)** peligrosismo procesal, centrado en los peligros de fuga o de obstaculización.

La imputación del hecho delictivo puede desvanecerse con nuevos actos de investigación o de prueba –según el caso–, su entidad o el título de participación puede disminuir o este puede ser calificado en un tipo legal menos grave al inicialmente considerado como cometido. De igual manera el peligrosismo puede decaer total o parcialmente, al punto de no justificar la privación procesal de la libertad. El decaimiento, por lo regular, procede a través de una actividad investigativa o probatoria adicional o por acción natural del tiempo de prisión –este siempre relativiza el peligrosismo, base y fundamento de la prisión preventiva–.

La petición de cesación puede ser solicitada por el imputado las veces que lo considere pertinente. Sin embargo, en función a la decisión precedentemente emitida, deberá subsanar, cumplir o tener presente lo que se exija en la resolución judicial precedente.

El procedimiento para decidir sobre la cesación de la prisión preventiva es el típico de las audiencias preparatorias. La ley prevé una resolución oral o una escrita si se emite dentro de las 72 horas siguientes a su culminación.

La sustitución de la medida de prisión preventiva por la de comparecencia, que siempre entraña la cesación de la misma, tiene como efecto la imposición de determinadas restricciones o reglas de conducta: primero, en función a las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación procesal de la libertad y el estado de la causa; y, segundo, que garanticen la presencia del imputado en el proceso o que dañen su finalidad aseguratoria.

8.3. Cesación de prisión preventiva y legislación en materia de emergencia sanitaria

8.3.1 El Decreto Legislativo 1513. Aspectos generales

El Congreso, mediante la Ley 31020, de 28 de mayo de 2020, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia penal, procesal penal y penitenciaria a fin de establecer medidas para el deshacinamiento de Establecimientos Penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus Covid-19. El Gobierno, ante esta autorización, publicó el Decreto Legislativo 1513, de 4 de junio de 2020, denominado *"Decreto Legislativo que establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de Establecimientos Penitenciarios y Centros Juveniles por riesgo de contagio de virus covid-19"*.

Es una disposición legal temporal. Rige hasta 90 días después de levantada la Emergencia Sanitaria, en atención a la determinación de la misma estipulada en el Decreto Supremo pertinente.

Solo contempló una modificación legal a una norma permanente: artículo 46-B del Código Penal, referido a la reincidencia. En su tercer parágrafo agregó una oración: "[...] *Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso;* [...]". El entendimiento de *"una norma especial de liberación"* hace mención a instituciones de Derecho Penal sustantivo, como sería en este caso la remisión

condicional de la pena instaurada, aplicada en supuestos de emergencia sanitaria, pero se proyecta a otros supuestos futuros de emergencia nacional decretados por el Gobierno. La "*gracia presidencial*" solo comprende, como es obvio, en la medida que se requiere una pena firme de privación de libertad efectiva en ejecución, el indulto, la conmutación de pena y la amnistía –siempre que, en este último caso, medio pena firme–.

Es lamentable que se obvió la regla establecida en el proyecto de la Comisión de Justicia de 13-5-2020, propuesto por el Poder Judicial. Ambos proyectos introdujeron el artículo 270-A al CPP, rotulado "Criterios de Salud Pública". Este precepto normativizaba máximas de la experiencia para determinar el nivel de peligrosismo procesal en orden a la salud del imputado y su edad (especial vulnerabilidad), el riesgo derivado del estado de salubridad del Establecimiento Penitenciario, así como las pautas a seguir cuando se está ante una declaración de Emergencia Sanitaria.

8.3.2 Presupuestos materiales de la cesación de prisión preventiva

Respecto de la *cesación de la prisión preventiva,* el Decreto Legislativo consta de dos bloques normativos: (i) en virtud a los presupuestos materiales, y (ii) en mérito al procedimiento que debe seguirse.

El artículo 2, en dos parágrafos (2.1 y 2), fija los presupuestos en negativo; luego, procederá la cesación de la prisión preventiva, si no se está ante ellos. Dos son los presupuestos materiales, concurrentes o no, que imposibilitan la cesación de la prisión preventiva. El artículo 2.1 incluyó una lista de delitos excluidos de la cesación. Se configuró once supuestos, centrados, de un lado, en determinados delitos objetivamente graves en relación con la pena conminada; y, de otro lado, en delitos que importan una alarma social sensible, pese a que la pena legalmente conminada no sea extensa –en especial delitos contra la Administración Pública y el Orden Constitucional–. Además, el artículo 2.2 introdujo dos causales de exclusión, con independencia de los delitos antes mencionados (vid.: artículo 2.1): (i) que el imputado preso preventivo tenga otro mandato concurrente de prisión preventiva; o (ii) que el imputado preso preventivo tiene condena a pena privativa de libertad vigente.

La cesación de la prisión preventiva, en caso proceda, según el artículo 2.2 importa en la conversión a una medida de comparecencia con la imposición conjunta de tres únicas medidas restrictivas: **1.** Impedimento de salida –del país o

de la localidad– por el mismo plazo que faltaba respecto de la prisión preventiva que se impuso. 2. Reporte mensual virtual ante el Juzgado competente –el que dictó la prisión preventiva– de sus actividades, sin perjuicio de declarar un cambio domiciliario. 3. Asistir a cuanta citación le curse el Ministerio Público o el Poder Judicial. Llama la atención que no se contempló la Vigilancia Electrónica Personal.

8.3.3 Condiciones procesales de la cesación de prisión preventiva

Los presupuestos materiales para acordar la cesación, "[...] *en el marco de la emergencia sanitaria nacional por el covid-19.* [...]" (artículo 1), deben compatibilizarse con las condiciones que fijó el artículo 3. Por tanto, no necesariamente tener una primera prisión preventiva, ser primario y no reiterante, así como no haber sido apresado por un delito no excluido, no importa automáticamente a la cesación de la prisión preventiva.

Un primer lineamiento básico estriba en que la revisión de la prisión de preventiva para acordar su cesación es de oficio, con lo que se sigue la regla fijada por el artículo 255.2 CPP. Se impone al Juez un plazo de veinte días hábiles, luego de promulgado el Decreto Legislativo –aunque lo correcto es decir desde la entrada en vigor del mismo–.

Los criterios procesales especiales que se imponen al juez para la decisión sobre la cesación de la prisión preventiva, conjuntamente con los criterios procesales ordinarios estipulados en los artículos 268, literal c), 269 y 270 CPP, son cuatro: 1. Que se cuente con un plazo de prisión preventiva ampliado –o, más exactamente, prolongado, conforme al artículo 274 CPP– una o más veces. 2. Que se esté dentro del grupo de riesgo a la covid-19, según los criterios del Ministerio de Salud, así como que se trate de madre con hijos. 3. Que se esté ante un riesgo a la vida y a la afectación a la salud por Covid-19 en el interior de los Establecimientos Penales. 4. Las medidas limitativas a la libertad de tránsito dictadas por el Gobierno.

La falta de claridad de estas reglas originará debates ulteriores acerca de si se trata de criterios concurrentes o alternativos. Pareciera que se apunta a un criterio de concurrencia y a un análisis conjunto (plazo, situación personal –grupo de riesgo implícito y situación sanitaria del Establecimiento Penal– y limitación a la libertad de tránsito dispuesto por el Gobierno ante la Emergencia Sanitaria Nacional).

IV. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Es, conforme al artículo 290 CPP, una medida sustitutiva de la prisión preventiva; no es alternativa a ella. Su texto es muy claro, pues se ha de proferir "cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado [...]". Para su dictación, mediante auto fundado, se requiere de cuatro presupuestos materiales: imputado mayor de 65 años, enfermedad grave o incurable, incapacidad física permanente, o madre gestante. La condición general de la medida estriba en que el peligro de fuga o de obstaculización puede evitarse con su imposición, de lo que fluye que la verificación de los presupuestos objetivos antes mencionados no termina automáticamente en la detención domiciliaria, pues deben ser analizados en cada caso concreto, sopesando las razones de tipo humanitario que se erigen como fundamento del instituto [Cámara Federal de Apelaciones-Buenos Aires, causa 99/2008, de 20-06-08]. Lo esencial es evitar que una restricción de la libertad se convierta en una medida –procesal o ejecutiva– constitucionalmente prohibida [ZAFFARONI].

Un tema de debate es si los presupuestos establecidos en el artículo 290 CPP deben interpretarse de manera restrictiva, es decir, si solo en estos supuestos el juez está facultado para imponer detención domiciliaria. El artículo 290 CPP constituye una manifestación legislativa del principio de proporcionalidad, pues el legislador consideró que, en determinados supuestos, resulta desproporcional mantener a una persona en un establecimiento carcelario; se trata, por tanto, de una prisión atenuada, aunque está regulada como una restricción de la comparecencia, y, como tal, la ponderación de su restricción se realiza en función a la prisión preventiva. Tiene propósitos asegurativos [REYNA]. Sin embargo, es posible que determinadas situaciones no se encuentren descritas en los supuestos determinados por la ley procesal penal, por lo que el juez –como consecuencia de la vigencia del principio de proporcionalidad– estaría facultado para, en supuestos no previstos en la norma, pero conforme a su juicio de proporcionalidad, otorgar la medida de detención domiciliaria. En el derecho procesal colombiano, por citar un ejemplo, existe un supuesto no reconocido en nuestro ordenamiento que podría –vía incorporación legislativa o interpretativa– ser incluido como causal para justificar una detención domiciliaria. Se trata del supuesto en que el imputado fuera cabeza de familia y brinde la protección y sustento para sus menores hijos o a quienes sufran de incapacidad permanente. En este caso, el artículo 314 CPP autoriza, inclusive, al imputado a laborar, para poder cumplir con la propia finalidad de la norma [BERNAL CUELLAR].

Se cumple en el domicilio del reo o de otro que diga el juez de investigación preparatoria. Cuando la norma se refiere al domicilio, debemos entender este como la residencia del imputado o el lugar que él fije para tales efectos, salvo disposición contraria del juez. Es bajo custodia policial, de una institución pública o privada o de una tercera persona. Se puede acumular con una caución. El plazo de duración es igual que el de la prisión preventiva.

1. La medida adicional de vigilancia electrónica personal

El D. Leg. n.° 1229, de 25-09-15, también modificó parcialmente la institución de la detención domiciliaria. En rigor, introdujo el apdo. 5 al artículo 290 CPP, en cuya virtud la detención domiciliaria puede ser obtenida por un imputado en concurrencia con la restricción de vigilancia electrónica personal, de conformidad con la Ley n.° 29499, de 19-01-10, y su Reglamento (DS n.° 013-2010-JUS, de 15-08-10).

Es de insistir que la detención domiciliaria, a la que se puede agregar una caución, es una medida de coerción personal alternativa a la prisión preventiva. Su ámbito objetivo comprende cuatro tipos de imputados, siempre que los peligros de fuga o de obstaculización puedan evitarse razonablemente con su imposición: **(i)** mayor de 65 años –se entiende al momento de ejecución de la medida de coerción personal, no de la comisión del delito–, **(ii)** adolece de una enfermedad grave o incurable –ya no se trata, por tanto, como apunta el derecho comparado, de un valetudinario, que debe reunir los requisitos de ser un adulto mayor y enfermo–, **(iii)** sufra una grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, y **(iv)** madre gestante.

El ámbito material de la medida es el domicilio del imputado u otro que el juez designe que sea adecuado para la custodia de aquel. Es claro, entonces, que el ámbito material de la detención domiciliaria está sujeto a una evaluación de posibilidades, para lo cual será necesario el previo informe de la Policía Nacional. La vigilancia puede ser policial, institucional –pública o privada– y de cualquier otra persona; aquí se agrega como alternativa a las tres modalidades de vigilancia, la vigilancia electrónica personal.

La supervisión de la medida corresponde a la Fiscalía y a la Policía, no al órgano jurisdiccional. Su duración es la misma de la prisión preventiva y la excarcelación sigue las reglas de la prisión preventiva. Por el contrario, la revocatoria de la detención domiciliaria de los sujetos, con excepción de los mayores de 65 años de edad, superados los problemas de salud y de embarazo, requiere informe

pericial, aunque, como es obvio, en el caso de la mujer embarazada es un problema no es afectación de la salud sino humanitario vinculado al cuidado del hijo que dio a luz, por lo que en este caso resulta inatendible dicha exigencia: el tiempo es suficiente, salvo que deba extenderse porque el niño no se encuentre bien de salud.

La regla general es que la vigilancia eletrónica personal procede, para el caso de procesados, cuando la pena concreta pronosticada no será mayor a ocho años de pena privativa de la libertad. Esta medida como pena y como medida de coerción persigue evitar la privación de la libertad en un establecimiento penal y sus efectos criminógenos, por lo que no puede haber diferencias de aplicación entre pena efectiva impuesta y pena probable. Desde la perspectiva individualse requiere que el imputado no tenga la condición de reincidente o habitual y qure con anterioridad no se le haya revocado una pena privativa de la libertad no efectiva o un beneficio penitenciario, así como que tenga arraigo laboral, familiar y social (Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 12 y 14).

Para su revocatoria y su conversión a prisión preventiva, se requiere que el imputado: **i)** haya reincidido en la comisión de un nuevo delito; **ii)** se haya dictado prisión preventiva en un proceso distinto; **iii)** haya infringido reiteradamente alguna regla de conducta; **iii)** haya infringido reiteradamente alguna regla de conducta; **iv)**dañe el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; **v)** cuando el INPE haya comunicado una latera grave o muy grave (Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 22).

Una regla de conducta es el cumplimiento oportuno del costo por el uso del dispositivo electrónico. Es claro que si se fijó un monto individualizado es porque, en principio, el imputado está en condiciones de solventarlo. Empero, no necesariamente la falta de pago será doloso o culposo. En determinados supuestos el pago será imposible, en términos absolutos o relativos, al variras las condiciones económicas del imputado, en cuyo caso la revocatoria no será factible. En todo caso, siempre que se invoque, el juez recabará un informe socioeconómico ampliatorio para determinar si varió la condición económica del imputado a tal punto de incumplir con el pago del dispositivo y del servicio. La revocatoria lo decide el juez en audiencia. La pretención de revocatoria o amonestación, en su caso, debe ser presentada por el fiscal. La audiencia es inaplazable (Ver: Acuerdo Plenario n.° 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 23-24).

V. LA INTERNACIÓN PREVENTIVA

Está destinada, conforme al artículo 293 CPP, a los anormales psíquicos (imputados que sufren grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales). Dos son los presupuestos materiales: **a)** existencia de elementos de convicción suficientes de la comisión de un hecho punible y que merecería la medida de seguridad de internación –para esto último se requiere dictamen pericial, que establezca el juicio de peligrosidad, para sí o para terceros–; y, **b)** presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación.

Al establecerse la posible aplicación del artículo 20.1 CP, el juez de la investigación preparatoria informará el juez penal sobre la inimputabilidad e internación del imputado, a la vez que lo pondrá a su disposición. En relación a la insuficiencia de facultades mentales se alude a la inmadurez psíquica del autor del hecho. Fuera de la minoría de edad, en dicha causal se trata de un problema que afecta la inteligencia del hombre que puede aparecer como consecuencia de traumatismos internos, o en el momento del nacimiento, o por daños cerebrales producidos en la gestación o en la infancia. De otro lado, la grave alteración de facultades mentales está referida a la temática de una enfermedad mental que limita o anula la libertad del sujeto.

Esta medida se resuelve previa audiencia. Pero, a esta no será necesaria la concurrencia del imputado si su estado de salud no lo permite, aunque sí debe concurrir obligatoriamente el defensor, audiencia en la cual puede representarlo un familiar.

Por otro lado, el juez de la investigación preparatoria puede dictar la medida de internamiento previo para observación y examen psiquiátrico. El objeto de esta medida, que más tiene de seguridad que coercitiva cautelar, es la de consolidar el informe médico o dictamen psiquiátrico en un hospital público. El internamiento previo no puede durar más de un mes. Los presupuestos materiales para su procedencia son el *fumus comissi delicti*, gravedad de la infracción en función a una probable pena grave y una medida de internación.

El otorgar la medida de internación preventiva supone un reconocimiento –por parte del juzgador– de un trato humanitario hacia la persona que presenta grave alteración de sus facultades mentales o sufre una insuficiencia. Ese reconocimiento permite la internación de la persona en una institución educativa y terapéutica, ya que difícilmente en un centro de detención contará con los recursos

humanos aptos para este tipo de personas. Esto se conoce como la personalización del imputado. Es decir, y en oposición a la noción de "cosificación", se procura aportar desde el proceso penal un factor determinante para el libre desarrollo de la personalidad del sujeto [JAUCHEN].

VI. COMPARECENCIA

1. Concepto y alcances

Presenta dos modalidades: simple y restrictiva. Es una medida restrictiva de la libertad personal menos intensa que se define negativamente; comporta una mínima limitación a la libertad personal; es la convocatoria imperativa que se dirige al imputado para que comparezca a intervenir en el proceso. El artículo 286 del CPP establece dos presupuestos: **A)** Si el fiscal no solicita vencido el plazo de detención preliminar la prisión preventiva. **B)** Si, ante la solicitud fiscal, no se cumplen los presupuestos materiales de la prisión preventiva, previstos en el artículo 268 CPP. El requerimiento fiscal y la resolución judicial deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron su petición o decisión. La notificación de la resolución judicial corresponde al auxiliar jurisdiccional correspondiente y se cursa vía postal. El auxiliar jurisdiccional dejará constancia de la identificación del procesado o de la verificación del domicilio si está ausente (artículo 292).

2. Comparecencia simple

Se impone cuando se trata de un hecho punible leve (por su sanción) y si los actos de investigación aportados no lo justifican (no cubren las exigencias de los presupuestos materiales de la prisión). Si el imputado incumple la citación –no se presenta en término ni demuestra un impedimento legítimo–, se dicta el mandamiento de conducción compulsiva, por el cual la Policía Nacional estará a cargo de su ubicación y captura a fin de que se haga presente ante la autoridad judicial o fiscal. En esto último radica su carácter coercitivo. El imputado tiene el deber de asistir a las diligencias procesales cuantas veces sea llamado por la autoridad competente, cuyo incumplimiento ocasiona el mandato de conducción compulsiva.

3. Comparecencia restrictiva

3.1. Características generales

Está en función a la falta del presupuesto material referido a la gravedad del peligrosismo procesal. Exige analizar si ese peligrosismo puede evitarse ya sea mediante restricciones –que son limitaciones a la libertad personal, de tránsito o de propiedad– o la utilización de una técnica o sistema electrónico o computarizado que permita el control del imputado. Las restricciones, con arreglo al principio de proporcionalidad, pueden imponerse en solitario o combinar varias de ellas. El incumplimiento de las restricciones, previo requerimiento, importa la revocación y la sustitución por la prisión preventiva –siempre la hace el juez, previo trámite de audiencia–.

Las restricciones reconocidas por el artículo 288 CPP son cuatro: **1.** Cuidado y vigilancia de una persona o institución; **2.** No ausentarse de la localidad, no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad; **3.** No comunicación con determinadas personas; y **4.** Prestación de caución económica, si las posibilidades económicas del imputado lo permiten. El artículo 289 CPP regula la caución: suma económica destinada a asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad. Se mensura en función a la naturaleza del delito, condición económica, personalidad, antecedentes, modo de comisión del delito, gravedad del daño, y otras referidas a la posibilidad de fuga. La caución es personal, real y por fianza de terceros.

3.2. La vigilancia electrónica personal

3.2.1. Antecedentes (antes de la reforma)

La Ley n.° 29499, de 19-01-10, instituyó la vigilancia electrónica personal. La definió como mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, cuyo punto de referencia es el domicilio o el lugar que señala el imputado o condenado. Tiene, pues, una doble naturaleza, siempre limitativa de la libertad ambulatoria o de tránsito; se erige tanto como una nueva modalidad de pena aplicable por conversión y, además, en los casos de otorgamiento de un beneficio penitenciario de excarcelación (liberación condicional y semilibertad), cuanto como una nueva modalidad de restricción propia de la comparecencia cautelar. En este último caso puede imponerse de oficio o a petición de parte; y,

su finalidad consiste en garantizar la permanencia del imputado en el proceso, evitando por consiguiente el riesgo de fuga.

La nota singular de esta pena y restricción procesal es que para su imposición debe mediar aceptación expresa del imputado, que tiene lugar en los marcos de una audiencia especial –con la sola asistencia del fiscal, el imputado, su defensor, el juez y el personal del Instituto Nacional Penitenciario, entidad encargada de implementar y ejecutar este mecanismo de control–. Está especialmente normada un acta, en la que han de figurar determinados rubros para consolidar el punto de referencia, la no manipulación del aparato que se le instale, los derechos, las obligaciones, restricciones y responsabilidades correspondientes y toda otra precisión que fuere menester (artículos 8-9).

Este mecanismo, utilizado como restricción procesal, tiene un presupuesto propio vinculado a la gravedad del delito objeto de imputación. Según el artículo 3 de la Ley, modificado por el D. Leg. n.° 1229, de 25-09-15, el delito debe estar sancionado con una pena no mayor a ocho años de privación de libertad (artículo 3°), de suerte que, si puede superarse el peligro de entorpecimiento y el de fuga con este mecanismo, en tanto acepte la vigilancia electrónica personal, no procederá mandato de prisión preventiva. En la medida en que este mecanismo pueda ser masificado, siempre que el denominado lugar y radio de ejecución de control (artículo 9) pueda ser razonablemente configurado, con los mecanismos de seguridad pertinentes, el mandato de prisión preventiva, indirectamente, solo se impondrá cuando el delito cometido supere ocho años de pena privativa de libertad, no cuatro años como se fija en el artículo 268.1.b CPP.

El apartado 5 del artículo 287 CPP, modificado por el citado D. Leg. n.° 1229, expresamente incorpora la vigilancia electrónica personal como una restricción del mandato de comparecencia. Es una medida alternativa que se impone para controlar que no se excedan o vulneren las restricciones impuestas a la libertad personal –estas son las que figuran en el artículo 287 CPP– en el auto respectivo.

A su vez, el artículo 288.5 CPP, también modificado por el indicado decreto legislativo, regula con mayor puntualidad la vigilancia electrónica personal. Su imposición, además, está condicionada a que se acrediten las condiciones de vida personal, laboral, familiar y social con un informe social y pericia psicológica; y, a que el imputado no ha sido condenado anteriormente por delito doloso –es un requisito más estricto que la reincidencia, que tiene un límite de cinco años y lo refiere a una pena privativa efectiva de libertad (artículo 46-B CP)–. La

ejecución de esa restricción se realizará en el domicilio o lugar que señale el imputado –básico para determinar el radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito–. El juez debe fijar tanto las reglas de conducta del imputado cuanto las reglas de seguridad de la idoneidad del mecanismo electrónico.

Si bien no existe otro límite subjetivo para esta restricción que el no haber sufrido condena por delito doloso, el D. Leg. n.° 1229 en el literal c del apdo. 5 del artículo 288 CPP, fija cinco prioridades personales para su concesión. Se trata de los mayores de 65 años, los que sufren enfermedad grave acreditada con pericia medicolegal, los que adolecen de discapacidad física o permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación y durante los doce meses siguientes a la fecha de nacimiento, y a la madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra incapacidad permanente y estén bajo su cuidado; igual tratamiento se seguirá en el caso del padre que se encuentre en las mismas circunstancias.

3.2.2. Decreto Legislativo 1322

Vigilancia electrónica personal. Esta institución tiene una naturaleza múltiple, en tanto mecanismo que busca evitar el recurso último a la prisión preventiva y pena privativa de libertad, así como flexibilizar las objeciones respecto a los riesgos para la concesión de beneficios penitenciarios (artículo 2 del Decreto Legislativo 1322, de 6-1-2017). Constituye tanto una medida de coerción procesal, cuanto un tipo de pena aplicable por conversión, y un mecanismo de monitoreo –de control para evitar el alejamiento del reo a las pautas de resocialización en libertad– para los penados que obtienen los beneficios penitenciarios de excarcelación: semi libertad y liberación condicional.

El artículo 3.1 del indicado Decreto Legislativo establece la nota característica esencial, común a los objetivos que persigue: "*...es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y de desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos*". Limita, por ende, la libertad de tránsito o locomoción y restringe el derecho a la intimidad personal, pues circunscribe la movilidad de la persona a un radio de acción determinado –incluso, por imperio del artículo12.1 del citado Decreto Legislativo, y según la entidad del peligrosismo procesal el Juez puede establecer rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios, conforme al informe técnico de viabilidad del INPE– y vigila sus

movimientos permanentemente –la intimidad se ve ciertamente restringida aunque no en un nivel muy profundo, pero es más intensa respecto a la intimidad domiciliaria, en cuya virtud la autoridad puede ingresar al domicilio fijado como base del monitoreo con fines de inspección (artículo 9 c)–.

Su implementación y ejecución corresponde al Instituto Nacional Penitenciario.

Medida alternativa de coerción personal. Es, propiamente, una alternativa a la prisión preventiva. Se impone directamente como una medida de comparecencia con restricciones y, frente a un mandato efectivo de prisión preventiva, como un supuesto de variación de dicha medida al haber variado los presupuestos materiales de la misma y ser suficiente, para evitar la fuga, la medida de vigilancia electrónica personal.

Tiene dos requisitos específicos –positivo y negativo, respectivamente–. El primero, estriba en que la pena concreta a imponerse no puede ser mayor de ocho años de privación de libertad –por la naturaleza de la medida y el modelo aceptado por nuestro Código Procesal Penal que opta, para definir la prisión preventiva, por la pena concreta que puede merecer el imputado, esa es la opción que debe seguirse–. Ello determina, una vez se implemente esta medida de coerción personal, que la prisión preventiva, en cuanto al presupuesto material de gravedad del delito, solo se dictará, en principio, si en concreto la pena privativa de libertad no superará el tope de ocho años, pero debe concordarse el artículo 5 de este Decreto Legislativo con el artículo 268, literal b), del Código Procesal Penal.

El segundo requisito, de carácter negativo, consiste en que no procede en 56 tipos legales, en los supuestos de la Ley número 30077, de crimen organizado, y en los delitos de terrorismo. Este último requisito configura la cuestionable figura, por ser de dudosa constitucional, de los *delitos inexcarcelables*, al margen del presupuesto material de riesgo de fuga (inherente a toda medida de coerción personal), que ha de apreciarse caso por caso en función a la persona del imputado y las circunstancias del delito y de la causa. A ello se agrega tres circunstancias, referidas a la actitud del imputado ante el delito o ante el proceso: ser reincidente o habitual, de un lado, o haber sido objeto de revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condenas, de otro lado.

La norma, además, instituye un primer nivel de prioridad –que, por cierto, no excluye a las demás personas–, de seis supuestos, para acogerse a esta modalidad

alternativa a la prisión preventiva, que van desde la persona mayor de 65 años de edad, que adolezca de enfermedad grave, que tenga discapacidad física permanente, que sea gestante, que sea mujer con hijos menores de tres años de edad y que sea cabeza de familia con hijos o cónyuges con discapacidad permanente.

Procedimiento. Se inicia con una solicitud escrita y motivada. El imputado debe anexar la información que la justifica, en especial, documentos que acrediten el domicilio o lugar señalado para el cumplimiento de la medida; documentos que acrediten las condiciones de vida personal, laboral, familiar o social; antecedentes judiciales y penales; y, de ser el caso, documentos que acrediten estar inmerso en una de las prioridades legalmente previstas. Además, debe aceptar expresamente la sumisión a las exigencias que conlleva y el pago del servicio respectivo.

Se resuelve previa audiencia, según los cánones del artículo 8 del CPP. El decreto de fecha de la audiencia está condicionado a que se adjunte el informe del INPE sobre la viabilidad técnica en el domicilio o lugar señalado por el solicitante –debe ser, como no puede ser de otra manera, debidamente fundado y, por cierto, a mérito de la información que proporciona y otra alternativa, no es un informe vinculante, aunque se deberá incorporar información técnica que lo refute–.

La resolución judicial que dispone la vigilancia electrónica debe fijar las reglas de conducta respectivas y, adicionalmente, las reglas de conducta de eficaz ejecución de la vigilancia electrónica personal, fijadas en el artículo 9 del aludido Decreto Legislativo –un total obligatorio de seis, a las que se puede incorporarse otras bajo discrecionalidad judicial–. Ésta se emite oralmente o, en su caso, por escrito dentro del plazo no mayor de veinticuatro horas.

Sigue a la resolución de concesión, la diligencia de instalación del dispositivo electrónico (artículo 11). El incumplimiento de las reglas de conducta, según su gravedad y circunstancias del hecho, puede implicar la amonestación y la revocación de la medida, la que es materia de una diligencia especial de desinstalación del dispositivo electrónico.

Aun cuando el Decreto Legislativo no mencione nada sobre el recurso de apelación, éste desde luego es procedente en todos los casos por imperio de los artículos 257 del CPP y 416.1d) del citado Código.

3.2.3. A partir del Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116

Las disposiciones legales a la implementación de la vigilancia electrónica son antecedentes del vigente Decreto Legislativo 1322, de 6 de enero de 2017. El

15 de mayo de 2018, se publicó el Decreto Supremo 006-2018-JUS, que aprobó el calendario oficial de implementación progresiva de la vigilancia electrónica personal en los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Callao y Ventanilla. Un dato no menos importante es que el primer dispositivo lectrónico se colcoló el 21 de julio de 207, esto es, siete años después de la primera ley sobre el tema en mención [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj.2].

La regla general, conforme al artículo 5, apartado 1, literal a, de la Ley, es que la vigilancia electrónica procede para los procesados cuando la imputación se refiera para comisión de delitos cuya pena no sea mayor a 8 años. Es claro que la pena prevista debe ser para la prisión preventiva y los condenados, la pena concreta pronosticada que no será mayor a 8 años de pena privativa de la libertad. La razón para justificar esta opción hermenéutica radica en dos factores: **i)** la primera, es que se trata de una limitación a un derecho fundamental, por tanto, la interpretación debe ser extensiva; y, **ii)** la segunda, es que la vigilancia eletrónica personal como pena o como medida de coerción buscan evitar la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario, por lo que no puede haber diferencias de aplicación entre pena efectiva impuesta y pena probable [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj.2]. Por lo demás, el artículo 5, apartado 1, literal c, de la ley incorpora excepciones puntuales en función a determinados delitos, lo que se puede explicar por razones de prevención general dada la gravedad de los mismos, la alarma social por comisión y los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 12].

La reincidencia, habitualidad o una anterior revocación de una pena privativa de la libertad no efectiva o un beneficio penitenciario, que no tenga arraigo laboral, familiar y social, impedirían la aplicación de la mencionada institución [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 14].

También es posible la aplicación de la vigilancia electrónica para los procesos especiales de terminación anticipada o en la de conclusión anticipada del proceso, pero no se dijo nada sobre la colaboración eficaz. En tal caso, solo sería posible la aplicación mientras dure su tramitación y durante el procedimiento de impugnación de sentencia [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 17].

La vigilancia electrónica personal puedes ser reformada si varían las circunstancias que determinaron su imposición, o puede ser sustituida si se

infringen las reglas de conducta impuestas [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 21]. Se aplica un criterio progresivo para revocar la vigilancia electrónica. En efecto, solo se impondrá amonestación frente al incumplimiento dolo o culposo de una regla de conducta y, también, cuando el INPE comunique una alerta leve.

La comisión de un nuevo delito doloso, la resolución que declara fundado el pedido de prisión preventiva en un proceso distinto, infringir reiteradamente las reglas de conducta, dañar el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; o, cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave, impone la revocatoria de la medida impuesta y su conversión en prisión preventiva [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 22].

Una regla de conducta es el pago oportuno por el uso del dispositivo, en el que se tendrá en cuenta las condiciones socioeconómicas del beneficiario –si se impuso dicha medida es porque, en principio, el condiciones de solventarlo–, salvo que judicialmente pueda exonerarse total o parcialmente –conforme al informe socioeconómico del INPE–. Si el pago se torna imposible al variar las condiciones socioeconómicas del imputado, no será posible imponer la revocatoria [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 23]. En todo caso, será el juez que audiencia decida revocarla o no [Ver: Acuerdo Plenario n.° 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 24].

VII. ARRAIGO

Limita la libertad de tránsito. Constituye un medio para evitar el riesgo de fuga del imputado, en especial al extranjero, a partir de la cual pone fuera del alcance de la justicia nacional o dificulta gravemente la persecución del delito.

Esta medida se justifica como modo de facilitar su pronta y segura ubicación cada vez que se requiera su presencia en el proceso, y siempre que la mera fijación de domicilio no sea suficiente a tal fin. El artículo 295 CPP señala su necesidad cuando "resulte indispensable para la indagación de la verdad", lo que se traduce en su presencia en el lugar del proceso para consolidar la actividad de investigación y de prueba.

El CPP reconoce dos modalidades de arraigo: impedir salida del país –cuando por la capacidad económica del sujeto de la medida permita presumir la existencia de un riesgo adicional de huida al extranjero–, e impedir salida de la

localidad del domicilio y del lugar que se le fije. Esta institución funciona, además, como medida de seguridad procesal respecto de testigos importantes.

Esta medida requiere, como presupuestos específicos, los siguientes.

1. Presupuestos materiales, que el delito atribuido esté penado con prisión mayor de tres años. **2.** Presupuestos formales, que el requerimiento fiscal esté fundamentado, que incluso fije el tiempo de su duración. Además, se requiere la realización de una audiencia.

Esta medida se aplica tanto para imputados como para testigos importantes. El límite temporal de esta medida es de cuatro meses para los testigos importantes y para los imputados, los plazos de duración son los establecidos para la prisión preventiva (artículo 272 CPP). La prolongación solo procede respecto de imputados en los supuestos, el trámite y plazo previsto en el artículo 274 CPP, y su dictación exige una celebración de audiencia. Para el testigo, la medida se levantará luego que declare o de la actuación procesal que motivó la medida.

VIII. SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS

El artículo 298 CPP reconoce cinco clases de medidas de suspensión preventiva de derechos, destinadas a la evitación de la violencia o de su reiteración delictiva, y que cumplen funciones de aseguramiento y prevención –protegen a la víctima y a la colectividad de futuras agresiones–. Presentan un perfil de defensa o protección de la sociedad –son propiamente medidas autosatisfactorias–. Conllevan una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que se verá afectado por una pena de inhabilitación. Por tanto, se asemejan más a una medida anticipatoria que a las medidas propiamente cautelares. Son: **1.** Suspensión del ejercicio de patria potestad, tutela o curatela. Esta medida es necesaria en todos aquellos casos donde se ha iniciado investigación penal por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, del 153 al 153-J, del 170 al 177, del 179 al 183-B del Código Penal o cuando por cualquier motivo o causa, se ponga en peligro la vida o integridad de un menor de diciocho años. **2.** Suspensión en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión públicos, salvo elección popular. **3.** Suspensión para conducir vehículos o portar armas. **4.** Prohibición de ejercer actividad profesional, comercial o empresarial. **5.** Prohibición de aproximación, abandono del hogar y suspensión temporal de visitas.

Limita derechos civiles del imputado referidos (i) a sus relaciones familiares –en este supuesto se trata de medidas de aplicación excepcional, provisional y proporcionada a la consecución de los fines de protección de la víctima y su familia de probables agresiones; además son alternativas menos gravosas que la prisión preventiva– y procuran atender a la necesidad de proteger a la víctima débil de la relación familiar que muchas veces se encuentra desamparada ante una situación violenta. Esta medida es necesaria en todos los casos donde se ha iniciado investigación penal por cualquiera de los delitos establecidos en la ley (ver artículo 298, inciso 1, literal a, del CPP. (ii) al ejercicio de cargos públicos –su objetivo es la prevención general de la comisión de nuevos delitos–; (iii) al desarrollo de actividades económicas privadas; (iv) a la libertad ambulatoria, por lo menos, en el supuesto último; (v) a la privación de permiso de conducción combate el peligro de alteración de la seguridad del tráfico, y está dirigida a prevenir su afectación.

Como presupuestos materiales específicos se exige, en primer lugar, que el delito esté sancionado con pena de inhabilitación: principal o accesoria, o cuando resulta necesario para evitar la reiteración delictiva: es el marco de delimitación general. En segundo lugar, no solo se requiere indicios de criminalidad sino también peligro concreto que el imputado, por las características del hecho cometido y sus condiciones personales, obstaculizará la verdad o cometerá delitos de la misma clase –en el caso de las víctima de violencia familiar debe constatarse una situación objetiva de riesgo para la víctima; y, su adopción atenderá al riesgo derivado de la conducta y a la situación del imputado, especialmente su actividad laboral, con la que debe hacerse compatible en la mayor medida posible la restricción de la libertad–.

Estas medidas pueden imponerse conjuntamente con la comparecencia restrictiva.

El incumplimiento de las restricciones impuestas al imputado autoriza al juez a sustituir o acumular estas medidas con otras medidas como la detención domiciliaria o prisión preventiva, teniendo en cuenta la entidad, los motivos y circunstancias de la trasgresión.

El plazo es siempre no más de la mitad de la pena de inhabilitación; a su vencimiento sin sentencia de primera instancia pierde eficacia de pleno derecho. Su cesación antes del vencimiento del plazo requiere audiencia con participación de los sujetos procesales.

LECCIÓN DÉCIMA OCTAVA

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN REALES

I. DEFINICIÓN

Son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídico-económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal.

Las medidas de coerción reales son de naturaleza patrimonial pues su finalidad es asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas. Es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Desde esta perspectiva, y los derechos en conflicto, lo que buscan es evitar que el proceso y la garantía de defensa procesal se transformen en herramientas destinadas a proteger al visible vulnerador de los derechos ajenos. En consecuencia, persiguen satisfacer la eficacia de las consecuencias jurídico-económicas de la sentencia y del proceso [Rivas].

Las notas características o elementos de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. El artículo 315.1 CPP insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a "las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad".

II. CLASES E IDENTIFICACIÓN

1. Clasificación

Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación (Acuerdo Plenario n.° 07-2011/CJ-116, FJ 17):

A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.

B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización.

2. Identificación

El CPP identifica las siguientes medidas de coerción real: **i)** inhibición; **ii)** embargo –el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil–; **iii)** secuestro conservativo; **iv)** incautación; **v)** medidas anticipativas; **vi)** medidas preventivas contra las personas jurídicas: son anticipativas en su esencia.

El CPP no solo reconoce las medidas anticipativas genéricas, también incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311 y 312 CPP).

No están reconocidas las medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas, conservan la situación de hecho o de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682 y 687 CPC).

3. Presupuestos materiales

3.1. *Fumus delicti comissi*

Consiste, como se ha precisado anteriormente, en la existencia de indicios racionales de criminalidad (apariencia y justificación del derecho subjetivo). Debe

existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el artículo 303.3 CPP, aun cuando se refiera solo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición.

El *fumus*, de un lado, debe referirse a un delito, que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, exige que los indicios evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil.

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aun cuando fuera impugnada.

3.2. *Periculum libertatis*

Es el peligro derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso declarativo de condena. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal (peligro de infructuosidad). Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado [MORAS MONS].

El *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El artículo 303.3 CPP, en tal virtud, estipula: "por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien".

4. Procedimiento

La primera fase del procedimiento de coerción real es la solicitud escrita de la medida, que consagra de este modo el principio de rogación de parte de la parte procesal legitimada: Ministerio Público y actor civil (Acuerdo Plenario n.°

07-2011/CJ-116, FJ 20). Rige el artículo 610 CPC. En consecuencia, la solicitud de la medida real, amén de ser escrita, debe ser fundada –esto es, el aporte de datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar un juicio provisional favorable a la petición cautelar–. Además, debe contener la determinación inequívoca de la medida que se solicita, a la que se debe acompañar la prueba correspondiente o la indicación de los actos de investigación que obran en la causa. La indagación de los bienes que serán afectados es una tarea del fiscal, que debe hacerlo de oficio o a solicitud del interesado.

La solicitud cautelar ha de contener, asimismo, el ofrecimiento de *contracautela*, que es una institución destinada a asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de la medida coercitiva real. La contracautela opera como una garantía para la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad, pues no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al imputado la efectividad del resarcimiento de los daños, generado por la medida de coerción [Ledesma Narváez]. Este requisito es viable en los supuestos de embargo e inhibición. El juez deberá pronunciarse en el momento de resolver sobre la medida solicitada –según se trate de un presupuesto cautelar–, en cuya virtud puede graduarla, modificarla o incluso cambiarla por la que considere pertinente, en función a su idoneidad y suficiencia. El solicitante especificará, bajo sanción de inadmisibilidad, el tipo o tipos de la caución ofrecida y la justificación del importe que propone.

La segunda fase del procedimiento es la determinación de la decisión del trámite: con o sin traslado al afectado: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada –solicitud de medida coercitiva–, es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315.2 CPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203.2 CPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que "no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida"; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315.2 CPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203.2 CPP).

La tercera fase del procedimiento, una vez que el juez, sin demoras, valoró la justificación del trámite a imprimir, y si decide hacerlo *inaudita parte*, consiste en el análisis de los fundamentos de la petición, en el fondo de la comprobación. Las decisiones coercitivas de adopción se notifican *a posteriori*. Son impugnables en apelación. Rige el procedimiento recursal acelerado impuesto para el caso de la prisión preventiva: artículo 278.2 CPP: pronunciamiento de la Sala Penal Superior previa vista de la causa, que debe realizarse dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación de los afectados. El auto superior se pronunciará el mismo día de la vista o dentro de las 48 horas de realizada.

Como consecuencia de la variabilidad que caracteriza la protección cautelar, es posible que una solicitud anteriormente denegada pueda reiterarse ulteriormente, si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición: conocimiento de hechos, anteriores o posteriores, a la resolución adoptada, que cambian la situación fáctica determinante de la denegación [GIMENO].

La cuarta fase del procedimiento es la ejecución de la medida de coerción. Tiene como notas distintivas que se ejecutan de oficio y será de inmediato. Previamente, se necesitará el cumplimiento de la contracautela. Según el artículo 304° se sanciona con la inadmisibilidad todo acto o petición destinado a dilatar o impedir la concreción de la medida. Una vez ejecutada la medida, cabe la notificación a las partes, para su impugnación dentro del tercer día, sin efecto suspensivo.

5. Las concretas medidas de coerción reales

5.1. El embargo

Es una medida real mediante la cual se persigue la individualización y adscripción de bienes (inclusive se pueden afectar sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos) o derechos suficientes del patrimonio del imputado para garantizar las eventuales responsabilidades jurídico-económicas del delito. Esta medida no afecta la disponibilidad del bien; el bien embargado preventivamente no se convierte en indisponible para su titular, pero el titular del embargo tiene sobre él un poder reipersecutorio, en caso de efectuarse cualquier enajenación o transferencia del bien –sea a título oneroso o gratuito–. Se requiere para su validez: que los bienes sobre los que recaiga pertenezcan al imputado –ya se hallen en su poder o de terceros–; que tengan un contenido patrimonial y sean susceptibles de realización; y, que la Ley no establezca su inalienabilidad, total o parcial. No podrán ser objeto de embargo: **(i)** los derechos personales como

las prestaciones de seguridad social, los derechos honoríficos, etc.; **(ii)** los bienes excluidos del comercio, ya por la naturaleza propia del bien o por disposición de una norma positiva; **(iii)** los derechos personalísimos o fundamentales de la persona; y, **(iv)** derechos y acciones concernientes al estado civil de las personas, como la filiación y la patria potestad [Ledesma]. Es subsidiario de la orden de inhibición, de conformidad con el principio de la "alternatividad menos gravosa".

El actor civil debe prestar contracautela, que puede ser real o personal –entre estas últimas está la caución juratoria–. Esta, según el artículo 613 CPC, tiene por objeto asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La contracautela no es necesaria cuando se dicte una vez emitida la sentencia condenatoria de primer grado. La forma de la medida de embargo está sujeta a lo previsto en la Ley civil. Procede, en su caso, la desafectación y la tercería. El embargo puede ser variado, sustituido y alzado, en su caso.

El artículo 303.1 del Código Procesal Penal exige como requisito para la tramitación de la medida de embargo que se señale la forma o la modalidad en que debe hacerse efectiva la medida. De acuerdo al Código Procesal Civil, será posible requerir las siguientes formas de embargo: **(i)** Embargo en forma de inscripción, el cual está dirigido tanto a los bienes muebles como inmuebles del imputado o del tercero civil que se encuentren registrados en los Registros Públicos; la inscripción se realizará mediante una anotación en la ficha registral correspondiente, pero no se impide la enajenación del bien, en cuyo caso, el adquiriente asumirá el gravamen; **(ii)** Embargo en forma de depósito que recae sobre los bienes muebles del obligado que son depositados a la orden del juzgado en poder del propio obligado, en este supuesto sí existe una limitación a la facultad de disposición del titular del bien; **(iii)** Embargo en forma de retención que opera sobre los bienes o derechos de crédito en posesión de terceros, pero cuyo titular o acreedor del derecho es el imputado o el tercero civil, por tanto, el poseedor del bien recibirá una orden del juzgado de retener el bien o el pago para, luego, entregarlo a quien el juez disponga o depositar el pago en el Banco de la Nación; **(iv)** Embargo en forma de intervención que se puede presentar en forma de recaudación, según el cual el embargo recae sobre los ingresos de una empresa, sea persona natural o jurídica; o, el embargo en forma de intervención por información, mediante el cual el interventor recabará información sobre el movimiento económico de la empresa; y, **(v)** Embargo en forma de administración, cuya medida recae sobre los bienes que producen frutos [Oré Guardia].

En cuanto al procedimiento en la ejecución del embargo son de aplicación las reglas establecidas en el artículo 644 del Código Procesal Civil que señala que el auxiliar jurisdiccional procederá –durante la ejecución de la medida– a precisar en el acta la naturaleza de los bienes, número, cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Esta información es importante porque a futuro servirá para dilucidar en mejor forma, las posibles tercerías o desafectaciones, cuando se cuestione que los bienes afectados no corresponden al futuro obligado [LEDESMA].

El artículo 305 CPP contiene disposiciones específicas en materia de modificación y alzamiento de las medidas de embargo adoptadas. El elemento variabilidad justifica la modificación y el alzamiento. La sustitución de una medida por una caución a cargo del afectado está expresamente permitida en el apdo. 2 del artículo 305 CPP. En relación a los tipos de embargos, se debe remitir a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 642 al 673.

Como consecuencia de la instrumentalidad, firme la decisión final recaída en el proceso penal declarativo, se procederá:

A. Si se dicta sentencia absolutoria, sobreseimiento o resolución equivalente, firmes que sean, se alzará de oficio el embargo, y se determinará los daños y perjuicios que hubiera podido producir dicha medida, siempre que haya sido expresamente solicitado por el afectado.

B. Si se dicta sentencia condenatoria, firme que sea, se requerirá al afectado el cumplimiento de las responsabilidades, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa respecto del bien embargado.

5.2. La inhibición

Está prevista en el artículo 310 CPP. Es la medida real que impide al afectado la libre disposición de sus bienes, cuando sea necesario asegurar el efectivo cumplimiento de las consecuencias jurídico-económicas del delito y del proceso. Tiene como notas características: **1.** Impide la venta o gravamen de cualquier bien. **2.** Se cumple mediante su inscripción en el registro, por lo que afecta principalmente la posibilidad de vender o grabar bienes inmuebles y muebles de carácter registrable.

Aun cuando no lo dice la ley, procede en los casos en que procediendo el embargo, este no tiene efectividad por no conocerse bienes concretos del obligado, o bien porque los conocidos no cubren el importe total del daño causado y reclamado. En efecto, mientras que en el embargo se individualiza el objeto sobre el cual va a recaer la medida real y, al mismo tiempo, pide que salga del dominio del imputado hasta que se proceda su venta judicial; en la inhibición se cuenta con una medida precautoria por la cual el imputado no podrá enajenar los bienes registrados a su nombre en el momento de la anotación de la inhibición en el Registro ni los que adquiera de forma posterior, por cualquier causa [Martínez Botos]. Lo que hace es bloquear el patrimonio desde fuera, en la frontera de su dominio, para que no salga ningún bien. Se trata, en definitiva, de una medida sustitutiva del embargo, y que debe cumplir con los requisitos del artículo 303 CPPP para su procedencia. No ha sido previsto por la norma procesal si es necesario un previo informe del registrador para emitir la orden de inhibición; sin embargo, incorporar como condición un requerimiento previo no se conciliaría con la celebridad que debe presidir esta medida para evitar que el imputado efectúe algún acto de disposición sobre sus bienes, por lo que sería suficiente con la declaración del imputado en sentido negativo [Martínez Botos]. La norma no ha previsto –a diferencia de la legislación argentina– la posibilidad de una inhibición voluntaria, que consiste en una transacción extrajudicial por acta notarial que luego debe ser inscrita en los Registros Públicos.

El efecto de la medida es impedir toda actividad que disminuya el patrimonio registrado del inhibido, pero no impide que este pueda incorporarle bienes con los que mejorará la garantía consiguiente. El solicitante debe manifestar no conocer bienes o la justificación sumaria de ser insuficientes.

5.3. Decomiso e incautación

5.3.1. Decomiso

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 número 1351, de 7-1-2017 –su interpretación, al importar una limitación del derecho de propiedad, ha de ser restrictiva (STSE n.° 398/1999, de 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.

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 de 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, CP).

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 recaen 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 de 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, sostienen, 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 decomisable 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*. Éste, 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.° 1106, de 19-4-2012, en su artículo 9, al hacer mención al decomiso, no traza ninguna especialidad normativa. Se remite el artículo 102 del Código Penal.

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.

En el caso de las personas jurídicas, las medidas fijadas en el artículo 105 del CP, modificado por el Decreto Legislativo n.° 982, de 22-7-2007, y el Decreto Legislativo n.° 1351, de 7-1-2017, 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 aquélla, 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. Empero, 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 cuasi-condicional, no una pena adicional.

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–. Éstas, 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 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 éstos 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].

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 *jus 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 *v.* Liechtenstein, n.° 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.° 483/2007, de 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 éstos 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, empero, no impone el decomiso forzoso de los demás supuestos: la relación es de bien de lícito comercio y proporcionalidad (artículo 103 del CP).

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.° 798/2008, de 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 éste 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.° 30424, de 21-4-2016, y el Decreto Legislativo modificatorio n.° 1352, de 7-1-2017, 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.

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 éste 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 ponen 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 participe 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 ilícita 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.° 1049/2011, de 18 de octubre).

Aspectos procesales. El decomiso debe ser expresamente solicitado por el Ministerio Público. No se decreta de oficio. Rige el principio acusatorio (STSE 394/2013, de 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.° 442/2013, de 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.° 442/2013, de 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 de 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 de 13 de julio de 1996).

5.3.2. Incautación Instrumental

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 artículos 218-222 CPP; y, de otro lado, artículos 316-320 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, es de 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, de 7-1-2017, empero, no tuvo un impacto para modificar expresamente la norma procesal al mencionar, junto a los efectos, las ganancias del delito.

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 Código Procesal Penal 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 debe 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.° 5-2010/CJ-116, de 16-11-2010. 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 éstos 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.

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.

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 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.

5.3.3. Incautación cautelar

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].

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).

5.3.4. Presupuestos de la incautación

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 semi-pleno 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 comissi delicti*.

En estos casos juega 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).

Las prueba indiciaria podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad delictiva objeto del proceso penal, en el que el bien cuestionado haya sido adquirido durante ese período de tiempo en que el imputado se venía dedicando, 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.° 228/2013, de 22 de marzo).

Las presunciones en este ámbito, por consiguiente, no afectan la presunción de inocencia, por cuanto lo que ésta 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.° 87/2001, de 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.° 274/1996, de 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 medidas 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 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).

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.° 28008, de 19-6-2003: no se requiere resolución judicial. La Ley contra el Crimen Organizado, Ley n.° 30077, de 20-8-2013, 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.

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 Cuellar].

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.° 983, de 22-7-2007) 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.° 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.

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.

5.3.5. Otros temas vinculados

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.° 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.

Corrupción, dinero vinculado y cuentas bancarias. El artículo 401-A del Código Penal 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. Éste 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.

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.° 28008, de 19-6-2003); luego, solo en este caso el Fiscal puede instar la carta rogatoria.

5.4. Las medidas preventivas contra personas jurídicas

La finalidad de las medidas contra las personas jurídicas previstas en el artículo 105 CP es prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Como se trata de medidas satisfactivas o anticipatorias ha de ponderarse la presencia del *fumus delicti*: realidad del delito y vinculación de que su realización haya sido ejecutada por una persona natural en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o ha utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo. El legislador ha optado –para construir la teoría de la imputación de las personas jurídicas– por un modelo de responsabilidad derivada (o indirecta) de la responsabilidad de las personas que actúan en su nombre [ZÚÑIGA RODRÍGUEZ] La vinculación de la persona jurídica con la realización de un hecho punible se analiza a partir de tres aspectos fundamentales: **(i)** el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, para lo cual lo determinante es que la persona o el imputado haya realizado el hecho ilícito dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica; **(ii)** la organización de la persona jurídica se haya visto favorecida con la comisión del hecho delictivo, es decir, se trata de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen empleando la estructura de la persona jurídica; y, **(iii)** se utiliza la persona jurídica para encubrir el delito, en cuyo supuesto se trata de actos materializados con posterioridad a la comisión del evento criminal [GARCÍA CAVERO].

En lo que respecta al *periculum in mora*, debe ponderarse la incidencia de la medida en orden a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma –regla de proporcionalidad–. Se conoce como juicio de peligrosidad objetiva de la estructura social [GARCÍA CAVERO]. Según el inc. b del apdo. 2 del artículo 313 CPP, se requiere peligro concreto de que a través de la persona jurídica se obstaculizará la averiguación de la verdad o se cometerán delitos de la misma clase de aquel por el que se procede.

Al tratarse de una medida de coerción –aunque de naturaleza real–, la adopción de la medida requiere de la aplicación de un test de proporcionalidad por parte del juzgador que abarca un juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, donde se deberán de abarcar dos aspectos importantes: **(i)** el juicio de proporcionalidad no solo debe considerar la finalidad preventiva de la medida, sino también los intereses de los trabajadores y acreedores afectados con la imposición de la medida; **(ii)** el juicio de necesidad debe establecer no solo si impone una consecuencia accesoria, sino también debe elegir cuál de ellas se impone en el caso concreto [GARCÍA CAVERO].

El artículo 313.1 CPP ha efectuado un listado cerrado de medidas que el juez penal puede aplicar respecto a las personas jurídicas: **(i)** la clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos que hayan sido utilizados para la comisión, favorecimiento o encubrimiento del delito. (Acuerdo Plenario n.°

7-2009/CJ-116, FJ 15); **(ii)** la suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades. En el caso de suspensión temporal solo deberá recaer sobre aquellas actividades estratégicas u operativas que se relacionen con el delito cometido o con su *modus operandi* y efecto (Acuerdo Plenario n.° 7-2009/CJ-116, FJ 15); **(iii)** el nombramiento de un administrador judicial, a fin de que dicha persona se encarga de las labores de gestión y administración de la persona jurídica y evitar, de esa forma, la comisión de un nuevo hecho delictivo; **(iv)** el sometimiento a vigilancia judicial, que tiene por objeto la evitación o continuación del hecho punible, con la nota esencial de visitas periódicas por parte de un representante designado por el juez penal; **(v)** anotación o inscripción registral del procesamiento penal, esta medida –cuya similitud es innegable a la medida de anotación de demanda en registros públicos– prevista en el artículo 673 del Código Procesal Civil, tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos frente a la eventualidad de sentencias condenatorias que recaigan –en el aspecto de la reparación civil– sobre bienes muebles e inmuebles para poder ser opuestas a terceros adquirientes del bien o a cuyo favor se constituye un derecho real sobre este. Es decir, esta medida anuncia a terceros la existencia del proceso y enerva la eficacia de la fe pública registral de manera negativa al impedir que un tercero de buena fe la alegue a su favor.

El plazo de duración de estas medidas es de dos años y medio, y cuando se refieran a delitos ecológicos estarán vigentes hasta que se subsanen las afectaciones al medio ambiente.

5.5. Medida de coerción contra personas jurídicas en caso de responsabilidad administrativa

5.5.1 Concepto

Está prevista en el artículo 313-A CPP, introducido por la Ley 30424, de 21-4-2016. Es una medida real de carácter satisfactiva o anticipativa. Se impone: **1.** A las personas jurídicas en los casos de la legislación de la materia (Ley 304524, ya citada, Decreto Legislativo 1352, de 7-1-2017, y Ley 30835, de 2-8-2018), referida a determinados delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. **2.** Siempre y cuando el citado delito se comete tras ella, en su nombre o por su cuenta y en su beneficio, directo o indirecto (artículo 3 del Decreto Legislativo 1352).

5.5.2 Notas características

En cuanto a su identificación, son las cinco medidas previstas anteriormente (para el caso de la consecuencia accesoria del artículo 105 CP) –clausura temporal, total o parcial; suspensión temporal de actividades, total parcial; nombramiento de administrador judicial; sometimiento a vigilancia judicial, y, anotación registral del procesamiento, a las que específicamente se agregan dos, solo para estos supuestos: prohibición de actividades futuras y suspensión para contratar con el Estado–.

En lo concerniente al presupuesto y requisitos para su imposición se requieren: **1.** Cuasi certeza –o sospecha fuerte– de comisión delictiva en función al artículo 3 del Decreto Legislativo 1352. **2.** Necesidad de hacer cesar la situación antijurídica o presencia de peligro de obstaculización o de reiteración delictiva.

En lo atinente a la temporalidad, solo pueden imponerse hasta la mitad del tiempo fijado por la ley para la sanción, entre uno y dos años y medio.

5.6. Medidas anticipadas, desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos

El desalojo preventivo y la pensión anticipada de alimentos son medidas satisfactivas o anticipatorias –medidas temporales sobre el fondo– de carácter excepcional (artículo 312 CPP). Estas y, en general, toda medida anticipativa o anticipatoria, en atención a sus características especiales, han de tener como presupuestos: **1)** la cuasicerteza del derecho y **2)** la necesidad impostergable de la víctima –así, artículo 674 CPC–; esto es, mayor entidad probatoria del *fumus* y un agregado especial respecto del *periculum* [RIVAS].

El CPP reconoce dos medidas anticipativas específicas y las medidas genéricas. Las primeras, buscan cubrir la responsabilidad pecuniaria por la comisión del delito, derivada, de un lado, de la necesaria atención a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo; y, de otro lado, el derecho a la restitución del bien como consecuencia de la pérdida de su posesión por un acto delictivo evidente. Las medidas genéricas expresan la necesidad de su imposición en la evitación de la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, y en la anticipación provisional de las consecuencias pecuniarias del delito.

El rasgo característico de estas medidas es su excepcionalidad, en cuya virtud solo se aplicarán si sus presupuestos específicos concurren en su máxima expresión acreditativa, siempre que otras medidas de coerción reales no puedan

ser aplicables. Además, ha de tomarse en cuenta los daños que puede generar en el afectado por la medida. La irreversibilidad debe contemplarse como un elemento de contrapeso a su aplicación, aunque debe estarse al juicio de necesidad respecto de la víctima y las necesidades del proceso.

En cuanto al ámbito propio de la pensión anticipada de alimentos, según el artículo 314 CPP, se debe imponer, en principio, respecto de cinco delitos: homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual y de violencia familiar, siempre y cuando hayan imposibilitado a los agraviados de obtener el sustento para sus necesidades. Rige en este ámbito el artículo 472 del Código Civil, que define el concepto de alimentos. La modalidad del pago, el monto de la asignación fijada, que ha de solventar el imputado o el responsable civil será por mensualidades, sin perjuicio que se descuenten una vez se dicte la sentencia firme. Se trata de un supuesto excepcional –que garantiza el eventual derecho de reparación de la víctima del delito– que se aplica en las siguientes circunstancias: (i) imposibilidad de los agraviados de obtener un sustento para sus necesidades, como es el caso de los hijos huérfanos por la muerte de sus padres; (ii) la incapacidad de trabajar del agraviado [Sánchez Velarde]. Ambas circunstancias fácticas deber ser acreditadas por las partes, para que el pedido sea fundado.

De otro lado, con relación a la medida de desalojo preventivo, se trata de una medida de carácter urgente destinada a restituir la posesión que indebidamente ha sido usurpada al legítimo poseedor o propietario-poseedor de un bien inmueble. El presupuesto para su dictación es que exista un *fumus* y que se encuentre debidamente acreditado el derecho del agraviado. Aquí no se hace referencia al peligro de reiteración, sino a las consecuencias de mantener una situación hasta el momento de declarar definitivamente, por sentencia firme, que es delictiva [Shiavo].

En cuanto al procedimiento, el fiscal o el agraviado solicitarán la medida al juez, quien, sin trámite alguno, deberá resolver el pedido en 24 horas. Aprobada la resolución, el juez está obligado a ordenar el desalojo preventivo, y tiene un plazo de 72 horas para ejecutar la medida. Esta solicitud se puede presentar tanto en la etapa de investigación preliminar como en la investigación preparatoria. Procede recurso de apelación, el cual tiene carácter suspendido. En un plazo de 24 horas se eleva el expediente a la Sala Penal, la cual resuelve en un plazo no mayor a tres días.

5.7. Secuestro conservativo

El artículo 312-A CPP, introducido por el D. Leg. n.° 1190, de 22-08-15 –norma que incluso adelanta la vigencia a nivel nacional de esa norma (en pureza para los distritos judiciales en los que aún no se aplica el Código Procesal Penal), así como de la suspensión preventiva de derechos, estatuida en los artículo 297 al 301 CPP, y las medidas preventivas contra las personas jurídicas del artículo 313 del indicado Estatuto Procesal–, incorpora la institución del denominado secuestro conservativo, que, en concordancia con el Código Procesal Civil, que lo tipifica como una medida cautelar con desposesión del bien de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez, a fin de asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial (artículo 643 CPC), en el caso del proceso penal se configura como una medida de coerción civil –asegura la reparación civil–, circunscripta a vehículos motorizados –motos, automóviles, camionetas, camiones, tractores, etcétera–.

Como regla general el secuestro conservativo solo puede recaer en vehículos motorizados de propiedad del imputado o del responsable civil, y busca cautelar o asegurar la reparación civil que corresponda cuando el delito causó daños resarcibles a la víctima. Esta medida importa la desposesión física del vehículo motorizado y su entrega a un custodio designado por el juez, obviamente a instancia de parte. Aun cuando la norma precisa que el sujeto legitimado es el fiscal, solo lo será cuando no la víctima no se ha constituido en actor civil, en cuyo caso es obvio que la legitimación la tiene esta última.

El apdo. 2, que comprende solo a los delitos de lesiones culposas o de homicidio culposo cometidos con el uso de un vehículo automotor de transporte público o privado, insiste en la legitimación del fiscal para solicitar el secuestro conservativo, salvo que la parte legitimada –el actor civil– lo haya solicitado previamente. La norma presentará problemas de aplicación, a menos que se interprete que el fiscal podrá garantizar la reparación civil hasta antes de que el perjudicado por el delito se constituya en actor civil. Por otra parte, el vehículo automotor afectado debe ser instrumento del delito y en este solo supuesto no se exige que sea de propiedad del imputado o del responsable civil, pues en el caso del apdo. 1, de aplicación general, esta relación no es necesaria. Una tal exégesis, empero, podría afectar irrazonablemente el derecho de propiedad.

La solicitud de secuestro conservativo debe identificar el vehículo materia de dicha medida de coerción real. El juez la resuelve sin trámite alguno –no se corre traslado ni se cita para la realización de una audiencia–. El custodio que se

designe no puede ser el propio imputado o un responsable civil. La impugnación, como regla general, solo procede una vez ejecutada la medida y luego de la notificación –dentro del tercer día–. Es inadmisible cualquier pedido destinado, directa o indirectamente, a impedir o dilatar la concreción de la medida, por lo que es obvio estimar que la impugnación, aun cuando fuere sin efecto suspensivo, solo se tramita –se difiere su elevación al Tribunal Superior– ejecutado el secuestro conservativo.

Como se trata de una medida de coerción, es posible su sustitución o variación por una garantía dineraria o patrimonial –de un bien libre– que permita asegurar el pago de la reparación civil.

En los procesos por delitos de lesiones u homicidio culposo cometidos mediante vehículo automotor –y solo en esos casos–, cuando este resulta dañado considerablemente, se podrá entender el secuestro conservativo con otro bien que identifique el sujeto legitimado en una lógica proporcional a la magnitud del daño sufrido por el vehículo automotor y a lo que deberá pagarse, en su día, por concepto de reparación civil.

La entrega del vehículo automotor materia del secuestro conservativo está sujeto, como en los delitos de contrabando y tráfico ilícito de drogas, a la expedición de una sentencia absolutoria, de un auto de sobreseimiento o de un auto equivalente –que extinga la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia– firmes. Un tercer propietario del bien, ajeno al delito, ¿debe esperar a que concluya el proceso? Pareciera que esa es la intención de la norma, aunque no se prohíbe expresamente la posibilidad de desafectación del bien (artículo 624 CPC) o la interposición de una tercería excluyente de dominio; aunque, en clave restrictiva, puede interpretarse que la limitación solo funciona para el supuesto del apdo. 2, que no exige la titularidad del bien a cargo del imputado o del responsable civil.

Es interesante, aunque poco sistemático, establecer que, sin perjuicio del secuestro conservativo, el fiscal –ahora sí, correctamente porque se trata de consecuencias jurídico-penales– puede solicitar la imposición de las medidas de coerción de suspensión preventiva de derechos o preventivas contra las personas jurídicas.

PARTE SÉPTIMA

EL DERECHO PROBATORIO PENAL

LECCIÓN DÉCIMA NOVENA

ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

I. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN

1. Definición

1.1. Concepto

La prueba es la actividad de las partes procesales dirigida a ocasionar la acreditación necesaria –actividad de demostración– para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados –actividad de verificación–, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida, fundamentalmente, en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba. Debe quedar claro que lo que se prueba o se demuestra en el proceso jurisdiccional es la verdad o falsedad de los enunciados fácticos en litigio, tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles [TARUFFO]. En el caso del fiscal, la actividad probatoria está dirigida a acreditar la verdad respecto de una proposición que afirma la existencia de un hecho delictivo [CHAIA].

Es de tener presente que cuando se pretende probar algo, siempre se plantean las mismas preguntas: qué debe probarse (fin de la prueba), cómo debe probarse (procedimiento de prueba) y en qué puede basarse la producción de prueba (medios de prueba). En el proceso penal para cada una de estas preguntas existen reglas jurídicas. El objetivo de la prueba siempre es **(i)** comprobar la verdad, hasta donde sea posible –bajo la premisa de que todos los hechos sobre los que se funda la sentencia, que han de ser los relevantes, deben ser probados–, **(ii)** conforme a un procedimiento probatorio estricto –propio del juicio oral, basado como uno de sus ejes imprescindibles el agotamiento de todos los medios de prueba disponibles, especialmente aquellos cuyo empleo son próximos al hecho ya conocido– y **(iii)** un resultado probatorio valorado según el principio de la libre

valoración [VOLK]. La necesaria presencia, aunque ahora relativizada, del principio o máxima de investigación por el de aportación de parte, determina el principio de la obligación o del deber de esclarecimiento [ROXIN–SCHÜNEMANN]. En tal virtud: **(i)** es el órgano jurisdiccional el que determina la extensión de la recepción de la prueba; **(ii)** éste debe hacer el esfuerzo por conseguir y que se actúe la mejor prueba posible; y, **(iii)** si conoce determinados datos a través de las actuaciones o por el mero desarrollo del proceso que se refieren a determinados medios de prueba y sugieren su empleo, debe producir estas pruebas, lo cual, como enfatizó el BGH Alemán, debe ponderarse con el mandato de celeridad [VOLK], criterios a partir de los cuales, sin duda, será del caso interpretar los alcances del artículo 385.2 CPP. No es aceptable sostener que porque las partes no aportaron pruebas pese a que la necesidad de esclarecimiento fluye de las propias actuaciones cabe fallar con el material probatorio debatido. El juez no puede permanecer pasivo en estas circunstancias.

Es de precisar, por lo demás, primero, que al Tribunal no le basta con lo afirmado por las partes, sino que debe constarle que lo que allí se alega se ajusta a la realidad, es decir, que esas afirmaciones son ciertas (o no lo son); y, segundo, que las pruebas deben referirse a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado a los mismos –esos son los hechos que deben probarse–, así como que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, puedan sostener un fallo condenatorio [Casación n.° 3-2007, de 07-11-07. En: ALVA/SÁNCHEZ]. En consecuencia, el tribunal no podrá tomar en cuenta, para la formación de su convicción judicial, aquellas informaciones o elementos del juicio que disponga de manera personal o aquellos que fueron aportados al juicio, pero fueron excluidos, por ejemplo, por tratarse de una prueba inconstitucional [FERRER].

Es menester recordar que en el proceso civil hay cuatro formas de fijar un hecho como cierto y que en el proceso penal es posible su aceptación: **a)** la admisión o conformidad de las partes, **b)** la notoriedad, **c)** la prueba y **d)** las presunciones [BANACLOCHE].

En relación a la admisión de los hechos, si bien se considera que la confesión del acusado no es prueba autónoma y que esta debe ser corroborada, la progresiva incorporación del principio del consenso y de algunas lógicas dispositivas en el proceso penal ha provocado el proceso de terminación anticipada, el proceso por colaboración eficaz, el proceso inmediato, la conformidad procesal y las convenciones (artículo 350.2 CPP), en cuya virtud la aceptación del reo a los cargos del fiscal determina de uno u otro modo, con mayores o menores controles

judiciales, la constitución de modalidades procesales simplificadas y soluciones rápidas al conflicto judicial.

En lo atinente a la notoriedad, el artículo 156.2 CPP estatuye que esta no es objeto de prueba, además, la aceptación de las partes acerca de un hecho como no necesitado de prueba permite considerarlo como notorio (artículo 156.3 CPP).

La prueba y la denominada prueba indirecta o indiciaria es materia de análisis en esta parte de las lecciones.

1.2. Limitaciones. Relación prueba y verdad

Aceptado este concepto, es de afirmar que el derecho y el proceso reconocen tres tipos de limitaciones a la noción general de prueba jurisdiccional, que inciden de modo relevante sobre la relación entre prueba y verdad. El entendido de este reconocimiento es que la prueba no tiene una conexión conceptual con la verdad –que es un ideal inalcanzable–, pero sí teleológica; la aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba.

A. La primera limitación es aquella que impone el proceso en cuanto tal, fundada en el marco en que se desarrolla la actividad probatoria. Se trata del marco temporal en que debe desarrollarse y de la posibilidad reconocida a las partes de aportar medios de prueba a favor de su posición procesal o de determinar, a partir de sus alegaciones, los hechos que deberán ser probados en el proceso –el carácter desinteresado de la búsqueda de la verdad que se ve limitado por razones de la primacía de la garantía de defensa procesal–.

B. La segunda limitación es la institución de la cosa juzgada, cuya función es poner un límite a la discusión jurídica a través del proceso jurisdiccional.

C. La tercera limitación es la existencia de reglas jurídicas sobre la prueba. Son de tres tipos: reglas sobre la actividad probatoria, reglas sobre los medios probatorios, y reglas sobre el resultado probatorio. Las dos primeras no suponen un impedimento para que pueda atribuirse valor de verdad a los enunciados declarativos de hechos probados. La última define cómo se ha interpretar el material probatorio aportado al proceso –el principio de libre apreciación de la prueba exige una evaluación del material probatorio conforme a las reglas de la racionalidad general– [Ferrer].

1.3. Principios de la actividad probatoria

Por otro lado, dos principios han de reconocerse:

A. La actividad que se cumple para llevarla a cabo, la actividad probatoria –en cuanto conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimiento o intelectuales–, está regulada por la Constitución, los tratados correspondientes y por la ley, en especial el CPP –es lo que se denomina el procedimiento de prueba legal–. Así lo dispone el artículo 155.1 CPP: los medios de prueba previstos en la ley han de introducirse al juicio oral del modo legalmente previsto.

B. Rige el principio de aportación de parte, como regla del juicio oral, está reconocido en el artículo 155.2 CPP: la prueba se admite por el juez a solicitud de las partes procesales. El juez es el receptor de la prueba. Ello, no obstante, debe matizarse intensamente por la vigencia del principio de oficialidad, dado el interés público que existe en que se persiga y castigue al culpable de un delito, lo que en buena cuenta ratifica uno de los rasgos propios del proceso penal: posibilidad del juez de ordenar prueba de oficio [BANACLOCHE].

1.4. Actividad probatoria

En función a la noción de prueba, la actividad probatoria puede definirse como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba [CAFFERATA].

2. Función

La función de la prueba es averiguar la verdad material u objetiva de los hechos –entendida como aquel suceso procesal concreto, que ha sucedido en la realidad [GÖSSELL], con el fin de formar la convicción del tribunal. La prueba sirve para convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho, cuya exacta indagación es presupuesto de justicia. Los artículos 65.2 –modificado por Ley n.° 30076, de 19-08-13– y 385.2 CPP son especialmente relevantes. El primero, hace mención, en relación a la labor del fiscal, a su actuación objetiva en la indagación de los hechos, por lo que debe incorporar datos de cargos y de descargo, sin omitir nada relevante. El segundo, destaca la misión del juez decisor: debe –desde las postulaciones y la actividad de demostrar de las partes– acreditar los hechos juzgados y lograr el esclarecimiento de la verdad. En consecuencia, el derecho

de prueba está sometido al principio de la investigación de la verdad material, la reconstrucción de los hechos debe realizarse con fidelidad histórica, tal como lo exige el interés público, exigencia que se extiende tanto al problema de qué hechos han de probarse cuanto a la cuestión con qué medios [Beling].

Debe diferenciarse, sin embargo, entre lo que la doctrina alemana –siguiendo a Ditzen– denomina prueba solemne o rigurosa y prueba libre. La primera –prueba rigurosa– comprende las exigencias necesarias para la comprobación de los pormenores del hecho, de la culpabilidad y de la medida de la pena (cuestión de la culpabilidad y de la pena) –son los que aparecen en el silogismo básico de la sentencia–. En este sentido se requiere, de un lado, invocar los medios de prueba legalmente previstos y, por otro, utilizarlos conforme a las reglas establecidas en la Ley procesal, esto es, han de ser adecuadamente practicados –al igual que las fuentes de prueba han de ser obtenidas debidamente–.

La segunda –prueba libre– permite al Tribunal que pueda cerciorarse de cualquier forma –sin las exigencias de la prueba rigurosa–, y se circunscribe a la comprobación de aquellas circunstancias relevantes desde el punto de vista procesal, referidas **(i)** al proceso mismo, *ius procedendi* –relación procesal, formación del proceso, la detección de vicios procesales–, y **(ii)** para la constatación de los presupuestos procesales –siempre que no sean relevantes para las cuestiones de culpabilidad y de la pena–, así como **(iii)** para las decisiones propias de las etapas o fases de investigación preparatoria e intermedia –comprobación de los hechos de mera relevancia procesal, con exclusión de los hechos para la sentencia sobre el fondo [Beling]. En este último caso –por ejemplo, causas de recusación, causas para negar un testimonio o informe pericial–, la labor de adquisición del conocimiento –o, mejor dicho, el modo de comprobar el hecho– no tiene las exigencias de la prueba rigurosa, el juez se puede cerciorar de cualquier forma –no necesariamente a través de medios de prueba– y, en muchos casos, basta la mera justificación [Roxin]. En este último caso, por ejemplo, para la recusación o para la abstención de declarar, en clave de justificación, es suficiente la mera probabilidad.

3. El derecho a la prueba

El derecho a la prueba integra la garantía de defensa procesal. Se define este derecho como el poder jurídico que se reconoce a toda persona que interviene en un proceso jurisdiccional de provocar la actividad procesal necesaria –utilizar los medios de prueba necesarios– para lograr la convicción del órgano jurisdiccional

acerca de la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso.

Su ámbito de aplicación específico se circunscribe a las etapas intermedia y de enjuiciamiento –comprende, desde luego, las solicitudes de prueba anticipada, que muy bien pueden requerirse en sede de investigación preparatoria (artículo 242.1 CPP)–. Los actos de investigación no son prueba, por lo que el derecho a la prueba no lo comprende, aunque su desestimación irrazonable o arbitraria puede afectar su entorno jurídico y, en consecuencia, la propia garantía de defensa procesal. El artículo 337.4 CPP reconoce a los sujetos procesales la facultad de ofrecer diligencias de investigación, cuya inadmisión puede generar la intervención del juez de la investigación preparatoria (artículo 337.5 del CPP).

El derecho a la prueba –atento a su dimensión constitucional– presenta, según lo precisado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassjungsgericht*), una doble vertiente: objetiva y subjetiva. Objetivamente, constituye como derecho fundamental una garantía esencial del ordenamiento jurídico, en el que se inserta con fuerza vinculante. Subjetivamente, atribuye a la persona el poder de ejercitarlos y de reclamar su debida protección [PICO I JUNOY].

La vertiente objetiva del derecho a la prueba comporta cuatro consecuencias: **1.** Necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias, de suerte que permitan la máxima actividad probatoria de las partes. **2.** Necesidad de realizar una interpretación restrictiva de las normas que limitan el derecho a la prueba, en cuya virtud los límites deben encontrar una justificación en un bien, interés o derecho constitucionalmente reconocido, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria. **3.** Subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria, en tanto no suponga una ruptura de la regularidad del proceso, por lo que un defecto subsanable no puede convertirse en insubsanable por desidia del órgano jurisdiccional sin permitir a la parte solicitante su subsanación. **4.** Irrenunciabilidad del derecho a la prueba, es decir, la prueba no es disponible por las partes; todo pacto que suponga una limitación irrazonable a su ejercicio e impida la meta de esclarecimiento del proceso carece de eficacia jurídica.

La vertiente subjetiva comprende tres derechos: **1.** A la admisión de la prueba, por lo que toda prueba que cumpla con los límites intrínsecos –inherentes a la actividad probatoria– y extrínsecos –consustanciales a los requisitos legales de proposición– debe ser admitida sin más. **2.** A la práctica de la prueba admitida, pues de no ser así se incurriría en una denegación tácita del citado derecho; corresponde al órgano jurisdiccional desarrollar toda la actividad necesaria para no frustrar la

práctica del medio de prueba ofrecido, así como asegurar el derecho de las partes a estar presentes en su actuación e intervenir activamente en su desarrollo. 3. A la valoración de la prueba practicada, de modo que si no se aprecia –interpreta y valora la prueba en cuestión– se incurre en una violación de este derecho y del correspondiente de motivación; las pruebas se han de analizar individual y conjuntamente, con mención y justificación de los motivos de convicción que ha producido.

El derecho a la prueba, como todo derecho fundamental, no tiene un carácter absoluto. Tiene límites intrínsecos y extrínsecos. El primero se refiere a los presupuestos o condiciones que por su naturaleza debe cumplir con toda prueba: pertinencia, utilidad y necesidad –los dos primeros actúan en la fase de admisión, mientras que el último en la fase de práctica o ejecución de la actividad probatoria–, y desarrollo se hará en otro apartado.

El segundo límite, extrínseco, da cuenta de los cauces y formas procedimentales para su debido ejercicio; son requisitos legales para la proporción de la prueba. Son de dos órdenes: genéricos y específicos. Los primeros –tres en total– afectan a cualquier medio de prueba; 1. Legitimación para la prueba, que se adhiere por el mero hecho de ser parte procesal. 2. Temporalidad, esto es, la prueba debe ofrecerse en el momento procesal oportuno, y cumpliendo además los requisitos de forma y de lugar legalmente establecidos. 3. Licitud o legitimidad, por lo que la prueba no ha de estar contaminada con una vulneración constitucional o que infrinja de modo grave las normas de legalidad ordinaria que garanticen su debido ejercicio y tutela.

Los límites específicos están circunscritos a concretos medios de prueba. Cada medio de prueba contempla requisitos para su admisión y actuación con algún nivel de singularidad, por lo que al cumplimiento de los requisitos genéricos han de agregarse la observancia de los requisitos específicos. Este sería el caso, por ejemplo, de los testigos sujetos a alguna restricción al deber de declarar –secreto profesional o de Estado–.

4. Regulación de la prueba

En el CPP la regulación de la prueba tiene las siguientes variables. Está incorporada en la Sección II "La Prueba" del Libro II "La actividad procesal".

Consta de 97 artículos, del 155 al 252 CPP. La indicada Sección se subdivide en cinco grandes títulos:

A. Preceptos generales (artículo 155-159: 5 artículos).

B. Medios de prueba (artículo 160-201: 42 artículos), que comprende seis capítulos, dedicados a la confesión, testimonio, pericia, careo, documental y otros medios de prueba –con tres subcapítulos: reconocimiento, inspección ocular y reconstrucción, y pruebas especiales–.

C. La búsqueda de pruebas y restricción de derechos (artículos 202-241: 40 artículos), que comprende nueve capítulos, dedicados a los preceptos generales, control de identidad y videovigilancia, pesquisas, intervención corporal, allanamiento, exhibición e incautación –con dos subcapítulos: exhibición e incautación de bienes, y exhibición e incautación de actuaciones y documentos privados–, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, y clausura o vigilancia de locales e inmovilización.

D. Prueba anticipada (artículos 242-246: 5 artículos).

E. Medidas de protección (artículos 247-252: 6 artículos).

II. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA

1. Objeto de la prueba

Es el tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. El objeto de la prueba, en cuanto a su contenido, viene referido a las realidades –hechos– que, en general, pueden ser probadas en el proceso penal, realidades fundamentalmente fácticas –esto es, acontecimientos de la vida individual y colectiva–. En el proceso penal, los que pueden probarse son [CAFFERATA]:

A. Los hechos entendidos como acontecimientos de la vida individual y colectiva son fundamentalmente y, en primer lugar, aunque no solo, los que constituyen el objeto del proceso: los hechos imputados y sus circunstancias, así como también los referidos al grado de participación, a la culpabilidad, a la responsabilidad, entre otros. De igual modo, podría pretenderse, en segundo lugar, la prueba de los hechos que eliminan o restringen la culpabilidad o la punibilidad; y, por último, la prueba de la extensión del daño. Así, artículo 156.1 CPP.

En esta perspectiva, la actividad probatoria puede centrarse: **a)** en los hechos principales o hechos inmediatamente relevantes para la determinación de la cuestión de la culpabilidad o de la pena –elementos típicos de la ley–;

y, b) en los indicios, que permiten solamente la conclusión de hechos principales mediante principios de experiencia –en este caso se requiere un mayor número de pasos deductivos– [Schlüchter].

B. Las máximas de la experiencia –son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto y conquistados por la experiencia [Viada-Aragoneses]– también pueden ser objeto de la prueba, siempre naturalmente que sean pertinentes en relación con la materia del proceso y relevantes en la posible decisión. Debe, por consiguiente, matizarse la regla rígida de prohibición de prueba de las máximas de la experiencia del artículo 156.2 CPP. De igual manera se habrá de proceder respecto de los hechos notorios –en tanto hecho generalmente conocido–: sucesos de la naturaleza, acontecimientos históricos, hechos locales para una población determinada; Viada Aragoneses los define como verdades científicas, históricas, geográficas, así como los hechos evidentes o axiomáticos–. La jurisprudencia alemana incorpora los denominados hechos notorios judiciales: lo que el juez llega a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial, tales como constataciones hechas en las sentencias de otros jueces. En todos estos casos la práctica de la contraprueba no es imposible, en tanto una de las partes niega tal condición o que tal notoriedad es inexistente [Roxin]. En síntesis, el razonamiento judicial no debe vulnerar las reglas de la lógica ni las máximas de la experiencia [RQE n.° 85-2013/Lima, de 12-11-13 y RQ n.° 154-2013/Cusco, de 22-08-13].

C. Los hechos auxiliares. Son los hechos o circunstancias tendientes a la mejor valoración de otras pruebas. Son los hechos que ayudan a la prueba (v. gr.: relaciones entre imputado y testigo de descargo, estado de salud del testigo: su visión o memoria).

2. Libertad de prueba

2.1. Regla general

La regla en el proceso penal es que todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba [Clariá], la cual se justifica por la necesidad de alcanzar la verdad sobre los cargos imputados –pero no de cualquier modo y a cualquier precio–, que se extiende al objeto y a los medios de prueba.

2.2. Objeto de la prueba

El objeto de la prueba responde a la pregunta ¿qué puede ser probado en juicio? La respuesta más genérica incide en que se prueba los datos jurídicos que contienen los pedidos deducidos en juicio, puesto que en sede de enjuiciamiento existe una regla, que fluye de una interceptación sistemática del sistema procesal, en el sentido que el juez desconoce los hechos que le son presentados por las partes [KLIPPEL/ADOMIAS].

En cuanto al objeto de la prueba, como consecuencia de la máxima de investigación o instrucción, todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial, deben ser probados, en tanto sean pertinentes y no versen sobre temas legalmente prohibidos (por ejemplo, prueba de la verdad en determinados ámbitos de los delitos contra el honor: artículo 135 CP).

Un principio general es, entonces, que el juez no puede tomar en cuenta ningún hecho del que haya tenido noticia privada y que no haya sido debidamente probado. Empero, se reconocen excepciones en cuya virtud el juez puede tomar en cuenta hechos que no fueron probados y obtener conocimiento de esos hechos a partir de su cultura personal [TARUFFO]. Se trata de los llamados hechos notorios, que no se prueban (*notoria non egent probatione*: los hechos notorios no necesitan ser probados). Pueden definirse como aquellos acontecimientos singulares que se denuncia en forma particular y circunscrita, cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se hace la decisión [LEONE].

Se rechaza una solicitud de prueba no solo por notoriedad del hecho afirmado, sino también por ser notorio lo contrario a la afirmación de la prueba. Como pueden tildarse de 'notorios' los hechos generalmente conocidos, a ellos pertenecen los sucesos de la naturaleza y los acontecimientos históricos, así como los hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables, que pueden ser descubiertos por cualquiera a través de las vías ordinarias de conocimiento –enciclopedias, por ejemplo–. También lo son los hechos notorios judiciales, es decir, todo aquello sobre lo que el juez llegó a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial; acontecimientos que han constituido el fundamento de la decisión, de forma siempre invariable, en un gran número de procedimientos penales –constataciones hechas en las sentencias de otros jueces–.

También se excluye de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, cosa juzgada y lo imposible. **A.** Las

máximas de la experiencia: no son hechos, sino criterios o juicios de carácter abstracto y general, que pueden ser aplicados a una serie indefinida de casos. **B.** Las normas jurídicas vigentes: el juez debe investigar y aplicar las normas en vigor, no solo sin necesidad de que las partes las prueben, sino incluso sin necesidad de que las aleguen; su conocimiento es impuesto al juez (*iura novit curia*), por el derecho no se afirma sino se invoca. **C.** Las leyes naturales: forman parte de los conocimientos propios de una persona del nivel cultural del juez; si se requiere formación especializada para conocerlas y aplicarlas, se recurre a la prueba pericial. **D.** Lo imposible: es lo inexistente de aquello que se propone como prueba, o que siendo admisible no es posible su demostración, probar algo contrario a una ley natural o a una regla de la experiencia, o existe prohibición legal. **E.** Lo evidente tampoco requiere actividad probatoria específica, pues se demuestra por sí mismo, al ser un hecho que produce certeza con su simple percepción; solo constituyen objeto de prueba aquellos hechos que puedan dar lugar a duda, esto es, que exijan una comprobación [Manzini].

Asimismo, otro tipo de conocimiento que el juez puede usar sin una prueba específica son los estándares de la experiencia común y de la cultura promedio en los que puede basarse para fundar inferencias y valorar pruebas [Taruffo].

2.3. Medios de prueba

La regla importa que no está legalmente delimitada la utilización de un medio de prueba determinado para probar un dato fáctico específico, sin perjuicio de su legalidad, eficacia y garantías del correcto y más sólido esclarecimiento del hecho a probar (artículo 157.1 CPP). Con tal fin se puede utilizar los medios típicos y, por excepción, en función a su necesidad y seguridad, los atípicos. No pueden emplearse medios de prueba que importen incorporar fuentes de prueba obtenidas inconstitucionalmente ni con vulneración de la libertad y autodeterminación de los órganos de prueba (artículo 157.3 CPP); no rigen las limitaciones propias del proceso y de las leyes materiales civiles, salvo en lo concerniente al estado civil y la ciudadanía de las personas (artículo 157.2 CPP).

Cabe precisar que rige la noción de "comunidad de la prueba", en cuya virtud cada una de las partes puede utilizar, en su beneficio del interés o pretensión planteada, los medios de prueba y elementos introducidos por la actividad de la otra, incluso la prueba de oficio. Una vez admitido un medio de prueba su ejecución no puede ser impedida sin un fundamento razonable; y actuado el

medio de prueba, su valoración si es decisiva, sin interesar la parte que lo propuso, no puede dejar de realizarse.

3. Objeto concreto y carga de la prueba

3.1. Objeto concreto de la prueba

El objeto de la prueba está constituido por las afirmaciones sobre los hechos que las partes procesales han presentado en la etapa intermedia. Con ello se delimita el *thema probandum*, que es lo que debe probarse en un proceso determinado y concreto, y que establecerá la medida de la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos por las partes.

La prueba se ha de referir a todos los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, que se denomina prueba de cargo. En consecuencia, para dictar una sentencia condenatoria se debe probar la existencia de todos los elementos del tipo delictivo y de la participación del acusado, los hechos que integran los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate, los que determinen la apreciación de circunstancias penalmente relevantes –se incluyen los hechos que implican una agravación del delito [BANACLOCHE]– y los relativos a la participación en tales hechos del acusado, así como la afirmación de los hechos que se refieran a la punibilidad y a la determinación de la pena o medida de seguridad [NEYRA].

También es posible que se introduzcan afirmaciones sobre hechos impeditivos, extintivos, excluyentes y, a partir de ahí, proponer y practicar prueba sobre ellos, y negar los hechos constitutivos, que es lo que se denomina prueba de descargo. Es claro que el acusado no debe probar su inocencia, sino únicamente aquellos hechos que introduce en su defensa y que le pueden beneficiar; además, puede tener interés en probar otros hechos que contradigan la hipótesis acusatoria formulada por la acusación (contraindicios) [BANACLOCHE].

A final de cuentas, las exigencias del proceso jurisdiccional penal estriban en la necesidad de que lo que el juez declare probado coincida con la verdad de lo ocurrido; esto es, que los enunciados declarados probados sean verdaderos, y los enunciados falsos no se declaren probados [FERRER].

3.2. Carga de la prueba

La carga de la prueba establece a cuál de las partes, si a la acusación o a la defensa, le corresponde realizar la actividad de la prueba sobre los hechos

controvertidos –carga de la prueba en sentido formal– o cuál de ellas ha de soportar los efectos desfavorables de la sentencia en el supuesto de que alguno de los citados hechos no resultara suficientemente probado en el juicio o existe duda o incertidumbre sobre la verdad o certeza de los hechos relevantes para condenar o absolver [Tomé] –carga de la prueba en sentido material–. En el proceso penal rige la noción material de carga de la prueba. En consecuencia y en atención a la garantía de presunción de inocencia, el fiscal debe de acreditar los hechos constitutivos de la pretensión penal –el *onus probandi* se desplaza hacia el fiscal, quien tiene la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal–, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos (STCE n.° 34/1996, de 11 de marzo); sin la prueba de tales hechos –y con independencia de que la defensa pruebe o no sus hechos impeditivos, extintivos o excluyentes– no cabe imponer sentencia condenatoria alguna. Cabe aclarar, sin embargo, que un principio que rige la actividad externa del Ministerio Público es el de actuación con plena independencia y objetividad en defensa de los intereses que le estén encomendados [Muerza]; por tanto, si bien el fiscal ocupa la posición acusadora en el proceso, también le corresponde aportar prueba respecto de hechos que atendían o, si así lo postula –y lo hará cuando corresponda– exime de responsabilidad penal [Tomé].

Sin que implique revertir la garantía de presunción de inocencia, si de la prueba incorporada resulta *ab initio* la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado –probados los hechos de la acusación–, es la defensa de este, quien tendrá sobre sus espaldas la carga de enervar la prueba producida en su contra o en su caso, aportar datos sobre hechos que podrían eliminar o disminuir su responsabilidad, o realizar planteos que permitan declarar la extinción de la acción penal [Chaia]; es decir, tiene la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

III. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA

1. Noción y alcances

Ambos introducen hechos al proceso, son actos de aportación de hechos y coinciden entre sí [Gimeno]. Empero, la función de los actos de investigación es esclarecer una sospecha –a partir de los hechos denunciados y de los que vayan surgiendo en el curso de la investigación preparatoria, sin más limitaciones que su necesidad [Armenta] –, y preparar el juicio oral mediante la comprobación de la noticia criminal en punto a determinar fundamentalmente el hecho punible y su

presunto autor, que se erigen en presupuestos materiales imprescindibles para que las partes acusadoras puedan confeccionar la acusación –función de averiguación–. La función de los actos de prueba, por su parte, es la de lograr la confirmación necesaria para que el Tribunal dicte una sentencia de condena o absolutoria –función de verificación–.

Es de resaltar que los actos de investigación no se convierten por sí solos en actos de prueba, que permitan posteriormente al órgano decisor fundar en ellos una sentencia de condena. La fundamentación fáctica de sus respectivos escritos de imputación y de defensa solo sirven para facilitar a las partes pero no permiten al juez extender sobre ellos su conocimiento en la declaración de hechos probados en la sentencia, que es lo reservado a los actos de prueba. Este es el entendido del que parten los artículos IV.3 TP y 325 CPP.

2. Diferencias

Cuatro son las diferencias más importantes entre actos de investigación y actos de prueba:

A. Los actos de investigación se dirigen a averiguar algo que se desconoce, mientas que los actos de prueba se dirigen a verificar la verdad de una afirmación de parte.

B. La sede del acto de investigación es la investigación preparatoria, mientras que la de los actos de prueba es el juicio oral. Se excepciona de este último requisito, la denominada prueba sumarial: prueba anticipada y prueba preconstituida.

C. Los actos de investigación arrojan resultados no ciertos, solo probables y permiten fundar resoluciones interlocutorias. En cambio, los actos de prueba arrojan resultados ciertos y permiten fundar la sentencia sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.

D. Los actos de investigación presentan una ejecución disímil. Por lo general, basta para su práctica la posibilidad de contradicción (artículo 338.1 CPP); en algunos casos, incluso, tal posibilidad, por lo urgente, no es posible, y en otros es factible –y legalmente permitido– su actuación en secreto (artículo 324.2 CPP). Empero, los actos de prueba requieren, siempre, el principio de contradicción y su actuación en el juicio oral y las garantías que le son inherentes.

IV. NOTAS Y PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. Notas esenciales

Son cinco.

A. La actividad probatoria incumbe fundamentalmente a las partes procesales –los hechos objeto de imputación corresponde acreditarlos a las partes acusadoras; mientras que los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes, establecidos los hechos positivos integrantes del injusto y de la culpabilidad, deben ser alegados por la defensa del imputado, en cuyo caso serán de su cargo. Esto último no es óbice para que la defensa pueda negar los hechos constitutivos planteados por la acusación.

Como consecuencia de la vigencia del principio de aportación, consustancial al sistema acusatorio y al ámbito del derecho a la prueba, a las partes les corresponde no solo la introducción de los hechos a través de las solicitudes probatorias en el momento oportuno, sino también la iniciativa en su actuación y, luego, en la alegación de sus resultados.

Empero, en el proceso penal, por la especial naturaleza del *ius puniendi* y la búsqueda de la verdad material, se admiten correcciones al principio de aportación mediante el principio de investigación u oficial, dado el interés público que existe en que se persiga y castigue al culpable del delito. Así, se acepta, en primer lugar, la prueba de oficio: artículo 155.3 CPP; y, en segundo lugar, el control judicial para la adecuada actuación de las pruebas.

i) En este último rubro, se reconocen que tiene las siguientes potestades judiciales: **1.** Formulación de preguntas de esclarecimiento a los órganos de prueba: artículo 375.4 CPP. **2.** Examen por separado de los imputados: artículo 377.2 CPP. **3.** Examen, bajo el método de *cross examination* –interrogatorio cruzado– indirecto, de órganos de prueba intimidados –víctima menor de edad, testigo o perito–: artículo 380.1 CPP. **4.** Rechazo de preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes: artículo 170.6 CPP, modificado mediante Ley n.° 30076, de 19-08-13. **5.** Promoción de debate pericial en caso de informes periciales oficiales discrepantes: artículo 181.2 CPP.

(ii) Sobre la prueba de oficio el CPP se pronuncia categóricamente: se utiliza por excepción en casos expresos (artículo 155.3 CPP); la regla de aceptación en el juicio oral está plasmada en el artículo 385.2 CPP), bajo las nociones de indispensabilidad y manifiesta utilidad de su actuación.

El fundamento de la prueba de oficio radica en el valor justicia y en el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, cuyos límites se encuentran en la necesidad de sostener la imparcialidad judicial y en el respeto a la defensa procesal. Parece obvio que no es incompatible entender la prueba como una oportunidad de defensa de las partes, pero también como una actividad destinada a generar la convicción judicial. De este modo, parece razonable que todos los actores implicados en la prueba, el juez y las partes, puedan participar en la misma [NIEVA FENOLL]. Tres son los requisitos que deben cumplirse a este respecto: **1.** El tribunal debe ceñirse a los hechos alegados en los escritos de acusación y defensa, así como los discutidos en juicio, con lo que se defiende el principio acusatorio. **2.** Al tribunal le deben constar las fuentes de prueba sobre las cuales se hará ulterior actividad probatoria –constarán en el expediente–, con lo que se protege la imparcialidad judicial. **3.** Las partes participarán ampliamente en la actividad probatoria y podrán contradecirlas, incluso proponiendo prueba alternativa, con lo que se cautela el derecho de defensa [PICÓ I JUNOY]. Además, su resultado es incierto, por lo que no beneficia ni perjudica a priori a ninguno de los litigantes. Tan solo hay que considerarlo como un instrumento para intentar alcanzar la verdad [BANACLOCHE].

No existen inconvenientes a que el juez pueda incorporar prueba de oficio. Sucede, solamente que, a fin de evitar que su actividad sea sesgada, lo mejor es que solamente pueda proceder esa actividad al final del proceso –como sucede en el CPP–, una vez que las partes ya han desplegado su actividad probatoria, como mero complemento para aquel que se ve en la tesitura de juzgar, y se percata de una alarmante falta de datos para hacerlo [NIEVA FENOLL].

B. La finalidad de la prueba consiste en formar la convicción judicial acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación del imputado, con todas sus circunstancias, tal y como aconteció en la realidad histórica anterior al proceso.

C. La actividad probatoria incide sobre los hechos afirmados por las partes en los escritos respectivos –el objeto de la prueba, en abstracto, recae sobre hechos naturales o psíquicos, existencia y cualidades de personas, cosas y lugares, así como calidades jurídicas–. Los actos de prueba requieren un tema probatorio –el hecho delictuoso y sus circunstancias–. Crecen las propuestas tendientes a que, mediante el acuerdo de partes, se dé tratamiento de hecho notorio (o sea que no se necesite probarlos por darlos por existentes) a ciertos acontecimientos o circunstancias, incluso relacionados exclusivamente con la cuestión penal [Cafferata], del que es vivo ejemplo el artículo 350.2 CPP.

D. La prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e independiente. Los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal y la instauración del contradictorio. Se exceptúan, por razones de irrepetibilidad –o de no disponibilidad– y de urgencia, la prueba preconstituida y la prueba anticipada.

E. En el proceso penal, al igual que en el civil, pero con mayor intensidad, no solo la introducción de los hechos, sino la actividad probatoria ha de realizarse a través de medios lícitos de prueba, con absoluto respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

2. Principios reguladores

2.1. Principios básicos

Son los principios de contradicción –procesal–, inmediación, y de concentración y oralidad –procedimentales– [Moreno Catena].

A. Contradicción. Rige tanto en la identificación del material probatorio, como en el control en la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas. La prueba no se puede obtener unilateralmente, sino respetando la confrontación dialéctica de las partes.

i. El respeto a la contradicción supone el derecho del acusado de confrontarse con los acusadores, con los testigos y con cualquier persona que rinda declaración inculpatoria contra él. Será suficiente una contradicción realizada en la instrucción si no fue realmente posible hacerlo en el juicio oral, pero es exigible que por lo menos haya habido contradicción sobre la fuente de prueba.

ii. En las pruebas que consisten en la declaración de conocimiento de una persona física se exige necesaria e imperiosamente que, al menos en una ocasión, la declaración haya estado sometida a contradicción efectiva, real, adecuada y suficiente.

iii. Cuando se trata de apreciar la prueba material –las que conforman el cuerpo del delito, los instrumentos y efectos del mismo y las piezas de convicción, así como las huellas y vestigios, y los documentos y el material obtenido de intervención de comunicaciones, entradas y registros, grabaciones–, será necesario diferenciar según que en el momento de adquisición de la fuente de prueba sea posible o no el contradictorio. Si existe imputado identificado se ha de darle intervención en la diligencia, y, en todo caso, su utilización en el juicio exige que las partes puedan intervenir, discutir y eventualmente deducir otras pruebas antes de la sentencia.

B. Inmediación. Se analiza desde la óptica subjetiva y objetiva. La primera requiere que el juez se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios. La segunda garantiza que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más estrecha por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar. En estas condiciones la prueba se produce sobre los hechos en la forma que estos se presentan y se construyen a través del leguaje [NEYRA].

C. Concentración y oralidad. Por razones políticas, el juicio oral tiene un carácter público y concentrado, de suerte que en una sesión, o en varias consecutivas pero cercanas temporalmente, ha de finalizar el debate y expedirse la sentencia. Asimismo, esta vez por razones técnicas, dado que las pruebas personales –que consisten en las declaraciones o en explicaciones de una persona– deben realizarse oralmente, para ser apreciadas por el juzgador, será necesario que se realicen en un solo acto; pues de lo contrario el resultado de difuminará en su memoria o habrá que acudir a la audición o visionado.

En el proceso penal el juicio es completamente oral, en lo que hace a la práctica de la prueba, salvo la que por su propia naturaleza no admite la palabra (inspección ocular, y examen del cuerpo del delito, de los

instrumentos y efectos del mismo, y de los documentos). En estos casos el juez examinará por sí mismo la fuente de prueba, que le llega entonces por el sentido de la vista por lo general, y no por el oído, pero eso no puede excluir el debate procesal sobre la cosa o el documento, como es natural; y, para permitir el debate cuando se trata de documentos, debe seguirse el trámite de lectura pública.

Dos datos importantes se han de tener presente al amparo del principio de oralidad de la prueba.

i) Las únicas excepciones al principio de oralidad van de la mano de medios de prueba anticipada –es de incluir la prueba preconstituida–, hechos no controvertidos o estipulados por las partes de manera previa y la incorporación de documentos que intrínsecamente constituyen pruebas de un acto o hecho determinado.

ii) La adecuación al principio de oralidad impone al juez la carga de registrar todo lo sucedido en la audiencia. El registro funciona como garantía, como control, como medio que posibilita la revisión ulterior de la decisión tomada por el tribunal, o bien permite verificar un detalle específico de lo que ha sucedido, como podría la declaración de un experto que por la cantidad de datos que aportó es imposible apropiarse de ellos en el momento en que los expuso. El registro es el fiel reflejo de la audiencia [Chaia].

Es preciso tener presente que el hecho de que la prueba sea oral no siempre hace de la misma una actividad más fiable; su utilidad depende del juez, de sus habilidades y conocimientos. En rigor, cuando se exige la oralidad en la prueba, más que la forma oral lo que se está reivindicando es la inmediación en la práctica de la prueba, la que el juez no puede perder jamás; por ejemplo, en la prueba personal es mucho más adecuado valorar la credibilidad de una persona viéndola que leyéndola. Empero, ha de acotarse, primero, aunque la oralidad no puede desconocer la principal ventaja de la escritura: la fuerza que otorgaba a lo actuado en el proceso; segundo, que ese inconveniente se supera a través de la grabación de las audiencias, siempre que la grabación posea la calidad suficiente; tercero, que el juez no quiere olvidar lo que ha presenciado, y por ello en ocasiones decide resolver lo antes posible, por lo que puede conducirlo a la superficialidad que se aprecia en la motivación de la decisión; y cuarto, que la inmediación en el ámbito de la prueba no puede reconocer una

desmedida confianza en las ulteriores instancias en el criterio probatorio del juez que presenció la prueba en primera instancia.

La oralidad y la inmediación no pueden obviar el control impugnatorio de las razones de la convicción judicial, es decir, de las máximas de la experiencia, de la que depende la atendibilidad de una fuente-medio de prueba. El juez debe acudir a conocimientos extrajurídicos; en el caso de una prueba personal, a la psicología del testimonio, que se dirige a examinar no toda la persona del declarante como aquello que declara, que sí puede ser sometido a una valoración claramente objetiva (coherencia externa, contextualización, corroboración por otros datos objetivos, etc. Sin perjuicio de que en el caso de la prueba pericial el juez acceda siquiera a los datos más preliminares que le permitan seguir la declaración de un perito para así evaluar con más rigor su credibilidad); en el caso de la prueba documental, a la semiótica textual (los documentos deben ser puestos en su preciso contexto y debe examinarse el lenguaje que emplea; en el caso del reconocimiento o inspección judicial, el juez, emplea la mayoría de las técnicas citadas, de suerte que el juez vea la realidad de lo que es sometido a prueba, la perciba, y aún más, la entienda [NIEVA FENOLL].

2.2. Otros principios

A la relación de principios citados en el anterior apartado –el primero, de naturaleza procesal, y los restantes, de naturaleza procedimental–, debe agregarse otros principios vinculados a la propia actividad probatoria y a su valoración. Se mencionarán y analizarán los siguientes principios: necesidad, unidad, comunidad, naturalidad o espontaneidad, irrenunciabilidad y obtención coactiva de la prueba [CUELLO IRIARTE] –fuera de otros ya abordados o que se harán próximamente en otras lecciones: obtención coactiva de las fuentes de prueba, libertad de la prueba, pertinencia y conducencia de la prueba, *indubio pro reo*–.

A. Necesidad de la prueba. Toda decisión jurisdiccional que resuelva definitivamente el objeto del proceso –sentencias– o sobresea la causa –autos equivalentes–, se pronuncie acerca de una media limitativa de derechos o de algún incidente relevante debe sustentarse en actos de prueba –en los últimos tres casos se basará en los actos o medios de investigación, que con los actos o medios de prueba, conforman los denominados actos de aportación de hechos–, legítimamente incorporados al proceso (artículo 393.1 CPP). Son excepciones a este principio probatorio, el proceso especial

de terminación anticipada (artículo 468 y siguientes CPP) y la conformidad procesal (artículo 372 CPP), en los que la decisión se sustenta, en gran medida, en el principio de consenso procesal –en lo que estas acuerdan, pactan o aceptan voluntariamente–; así como también las convenciones probatorias, cuando estas últimas se refieren al acuerdo de las partes respecto de determinados hechos que se han de estimar hechos notorios (artículo 156.3 CPP) o cuando las partes, individualmente consideradas, aceptan determinados hechos –así puntualizados en sede intermedia– que el juez los dará por probados obviando su actuación probatoria en el juicio (artículo 350.2 CPP). Los soportes del citado principio son dos brocardos clásicos: 1. *Iuxa Allegata et probata iudex iudicare debet* (el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado). 2. *In iudicio quod non apparet no est* (lo que no aparece del juicio es como si no existiera).

B. Unidad de prueba. En tanto las pruebas apuntan a producir certeza en el juzgador, todas las que son aportadas por las partes e incluso por el propio juez conforman una unidad, un todo, del cual se inferirá o deducirá el convencimiento judicial. Ellos determinan, ante la pluralidad de pruebas que se ofrecen y se actúan, un acervo probatorio común y una regla, matizada, de su valoración en su conjunto; matizada porque, primero, se analiza cada prueba individualmente, y luego, se hace una apreciación conjunta, sin que esta última elimine a la anterior (artículo 393.2 CPP).

C. Comunidad de prueba. Es un principio consecuencia del anterior. Una vez aportadas las pruebas al proceso, benefician a cualesquiera de las partes para acreditar los hechos objeto del proceso para generar la certeza en el juzgador, sin importar a instancia de quién se aportó –la intervención de prueba es recíproca y sus resultados afectan conjuntamente a las partes en sentido favorable o desfavorable–. Las principales consecuencias de este principio son: 1. Imposibilidad de la renuncia o desistimiento de la prueba ya practicada o ejecutada. 2. La prueba trasladada conserva su valor. 3. La prueba actuada en procesos conexos que determinen su acumulación extienden su valor para el conjunto de procesos acumulados. 4. El resultado de la apreciación de la prueba –interpretación y valoración– pertenece al proceso, al juez, no a las partes.

D. Naturalidad o espontaneidad de la prueba. La prueba desde la perspectiva de la libertad subjetiva proscribe la utilización de todo mecanismo que coarte su pereza, como la sugestión ilícita –violenta, fraudulenta y culposa [Malatesta]–, las torturas y el narcoanálisis (artículo 157.3 CPP), los

detectores de mentiras, etcétera. Asimismo, están incluidos los testimonios, pericias, traducciones, copias, actas y prueba material falsificadas o alteradas –por medios materiales, físicos, violentos, amenazas, técnicos, fraudulentos o por corrupción–.

E. Irrenunciabilidad de la prueba. Se llama también principio de la no disponibilidad de la prueba. Importa que la parte o el sujeto procesal que aportó la prueba no puede retirarla del proceso para evitar su apreciación por el juzgador, así como que ningún sujeto procesal puede oponerse a la decisión del juez sobre la aducción de un medio de prueba al proceso. Este principio no opera para la prueba no practicada o ejecutada, de suerte que quien la propuso puede desistirse de su actuación, aunque el juez pueda posteriormente incorporarla de oficio.

F. Obtención coactiva de la prueba. Como la prueba es la esencia del proceso penal, el órgano jurisdiccional debe tener las facultades para obtenerla e incorporarla a las actuaciones (artículo 202 y siguientes CPP), sin que con ello se vulnere el principio de naturalidad o espontaneidad de la prueba. La búsqueda de la verdad y la naturaleza pública del proceso, así como el valor eficacia –que integra la garantía de tutela jurisdiccional–, exigen que el juez –con pleno respeto de las garantías legalmente previstas y del principio de proporcionalidad– pueda dictar apremios, exhibiciones, incautaciones, allanamientos, intervenciones corporales y de comunicaciones, conducciones compulsivas y detenciones, así como multas y demás sanciones procesales.

V. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

1. Fuente y medio de prueba

Es una clasificación tradicional obra de CARNELUTTI. Otro autor, como Manzini, incorpora la noción elementos de prueba, que son los hechos y las circunstancias que fundan el convencimiento del juez y que se incorporan mediante los medios de prueba.

2. Fuentes de prueba

Las fuentes de prueba son elementos extraños y ajenos al proceso, que existen en la realidad con independencia del mismo y que, por consiguiente, carecen de repercusión jurídica procesal en tanto no se haya abierto un proceso (Ejecutoria

Suprema n.° 19.2001.09. AV, de 30-12-09). Surgen con anterioridad al proceso por el curso natural de los acontecimientos. Consisten en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión del juez. Cuando se trata de personas, se le denomina órgano de prueba, que es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso permitiendo la incorporación de ese dato a la causa.

La localización u obtención de las fuentes de prueba no es actividad probatoria, es una tarea propiamente extraprocesal. Esa labor corresponde a la investigación, es una tarea propiamente extraprocesal y, por lo general, previa al proceso, pero regulada por la Ley procesal, como garantía de su correcta y legal obtención, en tanto que la instrucción se concibe como una actividad de recopilación de materiales a partir de los cuales las partes formulan en el juicio oral sus pretensiones y conclusiones –acusadoras y defensivas–, y las demostrarán ante el juez, de modo que en la instrucción se produce una recogida de los diferentes elementos que están llamados a ser fuentes de prueba.

3. Medios de prueba

3.1. Concepto y alcances

Los medios de prueba son los instrumentos procesales, caminos o procedimientos a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso y solo existen dentro de un proceso. Como actos complejos que son, están regidos por normas procesales que establecen los supuestos y las formas en que la fuente de la prueba puede aparecer dentro del proceso y de ese modo permiten llevar al juez el conocimiento que la fuente de prueba proporciona [Moreno Catena].

Sobre los medios de prueba, rige genéricamente el artículo 157 CPP. Los hechos del proceso se acreditan con cualquier medio de prueba permitido por la ley, los cuales pueden ser usados para establecer la verdad acerca de los enunciados sobre los hechos de la causa [Neyra]; empero, excepcionalmente, se aceptan los medios de prueba atípicos, a condición de que en su obtención y actuación no se vulneren derechos y garantías personales ni las facultades de actuación de las partes; y, en cuanto a su forma, rige el medio de prueba más análogo. Los límites probatorios de lo civil no rigen en modo alguno, salvo en el ámbito del estado civil o de ciudadanía de las personas –normas de orden público civil–. Como se reconoce el principio de autonomía de la voluntad y de espontaneidad, no se aceptan métodos que

alteren su capacidad de recordar, de valorar y su libertad de autodeterminación (polígrafos, sueros de la verdad, hipnosis: se trata de métodos de interrogatorios prohibidos –es una regla de prohibición de valoración probatoria–).

3.2. Identificación de los medios de prueba

El CPP, en su Título II "Los medios de prueba" de la Sección Segunda "La prueba" del Libro Segundo "La actividad procesal", reconoce los siguientes medios de prueba: **(i)** la confesión, prevista en los artículos 160-161 CPP, modificados vía Ley n.° 30076, de 19-08-13. La declaración del imputado no tiene esa consideración por estimarse un acto de defensa de aquel, y por ello se regula en el Capítulo III referido al imputado, que integra un Título –artículos del 86 al 89 CPP– y una Sección dedicada a los sujetos procesales; **(ii)** el testimonio, previsto en los artículos 162-171, que incluye la declaración del agraviado; **(iii)** el careo entre órganos de prueba, previsto en los artículos 182-183 CPP; **(iv)** la documental, prevista en los artículos 184-191 CPP; **(v)** el reconocimiento, que comprende personas, fotografías, voces, sonidos y cosas, previsto en los artículos 189-191 CPP; **(vi)** inspección judicial y reconstrucción, previstas en los artículos 192-193 CPP); y, **(vii)** pruebas especiales, que comprende: levantamiento de cadáver, necropsia, exámenes químicos o auxiliares, médico forenses, preexistencia y valorización o tasación, previstas en los artículos 195-201 CPP, el primero de ellos fue modificado mediante Ley n.° 29472 de 14-12-09.

El CPP, en suma, reconoce con toda precisión nueve pruebas típicas, y cinco pruebas de claro cariz pericial: necropsia –con sus respectivos exámenes auxiliares–, lesiones, agresión sexual, aborto y valorización patrimonial –tasación pericial–, así como una prueba de inspección preliminar, de levantamiento de cadáver –recogida y conservación del cuerpo del delito–, con una función mayormente, todas ellas, de preconstitución probatoria.

Las pruebas típicas son confesión (declaración del imputado que acepta los cargos), testifical, careo, pericia, documental, reconocimiento, inspección ocular y reconstrucción. Desde el punto de vista de adquisición del conocimiento judicial de los elementos de prueba: **a)** logran una comprobación judicial inmediata, la inspección judicial; **b)** proporcionan información a través de órgano de prueba o de documentos, la confesión, el testimonio, la pericia y el documento; y **c)** facilitan una adquisición combinada de conocimiento sobre el objeto de la prueba, el reconocimiento, el careo, la reconstrucción [CLARIÁ].

LECCIÓN VIGÉSIMA

MEDIOS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

I. EL IMPUTADO Y SU DECLARACIÓN

1. Marco jurídico

En la Sección IV, referida a las partes procesales, y Título III de la misma, que regula al imputado, Capítulo III, destinada a la declaración del imputado, del Código Procesal Penal –en adelante, CP– se fija el régimen jurídico de esta institución procesal (artículos 86/89: cuatro artículos).

El primer precepto (artículo 86.1 CPP) desarrolla la declaración del imputado desde su configuración como un derecho presupuesto de la garantía de defensa procesal. Como tal, es un vehículo procesal para responder a los cargos (defensa material): en una declaración o en varia ampliatorias–. Esta posibilidad de declarar es amplia, al punto que puede hacerlo en cualquier momento, y siempre según su propio criterio de oportunidad y de mejorar sus posibilidades defensivas. La negativa a su ejercicio solo procede en caso de abuso del mismo, cuando configure un procedimiento dilatorio o malicioso o éste se presente como patentemente impertinente.

Así las cosas, es de entender la declaración del imputado como un acto procesal por el que el inculpado/acusado (imputado) emite, en el marco de un proceso penal, si es su voluntad, una declaración de conocimiento sobre los hechos acerca de los que resulta ser preguntado o quiere referir [PÉREZ-CRUZ MARTÍN: *La declaración del imputado*, Editorial Civitas, Madrid, 2011, p. 90]. Esta declaración de conocimiento, a su vez, puede importar, en ese mismo acto, el reconocimiento de documentos, de personas, voces o sonidos, y de cosas –desde luego, cumpliendo las formalidades legalmente previstas (artículo 88.5 CPP)–.En tanto órgano de prueba, el imputado es la persona que resiste la imptuación penal dirigida en su contra, sin interesar, en principio, el grado de la sospecha o la indicación que erige

en tal [MAIER, JULIO: *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editores del Puerto, 2011, p. 162]

En sede de investigación preparatoria se tiene como imprescindible la declaración del imputado-inculpado ante el fiscal –así lo haya hecho ante la Policía, con anterioridad–. Igualmente, en sede del juicio oral, el primer paso del debate probatorio es la declaración del acusado (artículos 375.1, a; y, 376, CPP). En tal virtud, entonces, desde la perspectiva del fiscal y del juez, es un deber la obtención de la declaración del imputado-inculpado o del imputado-acusado. Una nota determinante de su legalidad, es la presencia de abogado defensor (acto de defensa necesaria: derecho instrumental de la garantía de defensa procesal). En sede del juicio oral, el artículo 86.2 CPP remite su regulación a las disposiciones del enjuiciamiento.

La indispensabilidad de la declaración del imputado-inculpado está sujeta a determinadas pautas y límites. Lo primero, es el acto de intimación: comunicación de cargos: hechos, disposiciones penales aplicables, y actos de aportación de hechos (actos investigación y, en su caso, actos de prueba). Lo segundo, conforme al artículo 71.2 CPP, es el deber de instrucción de sus derechos (especialmente de defensa técnica y de denegación parcial o total de declarar: derecho al silencio o a no ser obligado a confesarse culpable). Lo tercero, según el artículo 86.4 CPP, es la facultad de exhortación del fiscal o juez; se refiere a la necesidad de que responda con claridad y precisión, así como, excepcionalmente, informarle de los beneficios premiales por una cooperación al debido esclarecimiento de los hechos. Lo cuarto, es un derecho específico del imputado que acepta declarar: de un lado, el derecho a un interrogatorio objetivo y sin presiones o amenazas (artículo 88.4 CPP: rechazo de preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas); y, de otro lado, la posibilidad de que, conforme declare, vaya indicando qué actos de aportación de hechos pueden consolidar su versión. Lo quinto, es la necesidad de que declare sin ataduras físicas; y, si está privado de libertad, de que lo haga en un recinto cerrado apropiado para impedir la fuga o que atente contra la seguridad de los demás (artículo 89.1 CPP) –se entiende que si declara en esas condiciones, se compromete su imagen de inocencia–. Lo sexto, es el derecho al respeto de su integridad moral –no solo están prohibidas amenazas o conminaciones para que declare o que lo haga en determinado sentido, sino también a la necesidad de suspensión de la diligencia si se adviertan signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, hasta que desaparezca– (artículo 88.6 CPP).

En última instancia, una manifestación del imputado solo será válida si cuando haya sido expresada voluntaria y conscientemente [JAUCHEN].

En cuanto a la estructura de la declaración, ésta consta claramente de cuatro partes. **1.** Deber de instrucción de los derechos del imputado. **2.** Indicación de sus generales de ley o sobre sus datos personales (artículo 88.1 CPP) –la mención a datos de identificación personal, de existencia de causas por el mismo hecho o por otros, de propiedad de bienes y de sus relaciones con los otros imputados y con el agraviado, no está sujeta al derecho al silencio, pues éste solo se concentra en los cargos imputados: cuestiones sobre la culpabilidad y la pena [Roxin]–. **3.** Declaración sobre el hecho imputado –versión libre del imputado–, siendo posible que el fiscal o el juez formulen observaciones precisas y oportunas respecto de lo que indica, de su pertinencia y de su limitación a hechos y circunstancias del caso. **4.** Interrogatorio directo: empieza el fiscal, luego el defensor y, finalmente, si es necesario cubrir algún vacío, lo hace el juez; en el juicio oral, intervendrán, antes del juez, las demás partes. Las preguntas han de estar encaminadas al esclarecimiento de los hechos y a la participación del interrogado y demás intervinientes en su comisión [Armenta Deu, Teresa, 2007: 137]. La técnica que se sigue es la del *cross examination* o interrogatorio directo por las partes.

Queda clara la prohibición de las preguntas. La lista de preguntas prohibidas son las siguientes: **1.** Capciosas –que tienden a que el imputado responda una cosa diferente a lo que en realidad quiere decir, utilizando el artificio o engaño para sacar provecho del imputado; lo inducen a error y provocan una respuesta que el imputado daría en otro sentido si la pregunta hubiere sido formulada sin subterfugios–. **2.** Sugestivas –que insinúan por si mismas las respuestas, pues estas se hallan concatenadas con las preguntas–. **3.** Impertinentes –que no tienen que ver con los hechos imputados, o con hechos que no tienen relevancia con la causa–. **4.** Compuestas –que son formuladas en forma de inquirir sus conocimientos, sin suministrarle todos los detalles–. **5.** Conclusivas –que propenden a que el imputado acepte las conclusiones que propone el interrogador–. **6.** Especulativas –que crean una hipótesis para que el imputado la confirme o la niega, distrayéndolo con ello de lo que él percibió y recuerda–. **7.** Repetidas –que ya han sido formuladas y contestadas, pues buscan contradicciones–. **8.** Tendenciosas –que conllevan afirmaciones que el imputado ha negado o negaciones que ha afirmado–.

En cuanto al derecho instrumental al silencio del imputado, que integra la garantía de defensa procesal, es de precisar que su dominio pertenece al propio imputado. Por consiguiente, él controla lo que declara y lo que no declara. Por su extensión, puede ser total o parcial. Esto es, guardar silencio de modo absoluto y negarse a declarar y someterse a interrogatorio de modo integral; o, en su defecto, delimitar su declaración a determinados ámbitos de lo atribuido y/o limitar el

interrogatorio a su abogado defensor o a otras partes procesales, o a contestar solo determinadas preguntas.

El fundamento es que el imputado no está obligado a autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*) o a contribuir de cualquier manera en el proceso en su contra. El imputado no está obligado a confesarse autor del delito, ni siquiera a declarar contra sí mismo, pudiendo entonces excusarse de una u otra obligación (STSE de 28 de octubre de 1997). El principio general derivado es que, en el juicio oral, el juez no puede extraer conclusiones desventajosas de que el acusado no hubiera declarado [VOLK]. La declaración del acusado –cuando opta por hacerlo– supone una renuncia del derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores.

Como al imputado no le afecta un deber de veracidad en su declaración, no se le recibe juramento o promesa ni se le exhorta a decir la verdad.

Al respecto, dice NIEVA FENOLL, como corolario de expuesto, que "...El sospechoso no suele estar en una situación de serenidad adecuada para utilizar debidamente la palabra en su defensa, y mucho menos si además de imputársele unos hechos delictuosos se halla detenido. Hay que recordar que también es por ello por lo que se le garantiza por ello el silencio, en preservación de su defensa. De lo que se trata, en definitiva, es de que el reo no se traicione a sí mismo".

En el procedimiento de investigación preliminar la declaración del imputado, denominada jurídicamente "indagatoria", está considerada como un medio de investigación o diligencia de investigación, y posibilita no sólo la investigación del hecho y su autoría, sino también el derecho de defensa [GIMENO SENDRA, VICENTE, 2012:521]. Conforme al artículo 337.3 a) CPP, el Fiscal puede disponer la concurrencia del imputado para que informe sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Afirma este precepto una obligación de comparecencia por parte del imputado, y, en atención a la concordancia del artículo 86 CPP, reconoce el derecho que tiene de manifestarse sobre los hechos objeto de investigación. En ese acto solo estará presente el imputado, su defensor y el Fiscal. El emplazamiento para una declaración ampliatoria podrá producirse cuando surgen nuevos elementos de convicción o elementos de prueba (artículo 87.1 CPP).

En el procedimiento del juicio oral la declaración del imputado es considerada como una actuación indispensable, la primera del periodo de actuación probatoria –efectuada la declaración plenarial, nada se opone a que al final del

período probatorio se vuelva a examinar al imputado para que se pronuncie sobre el mérito de las pruebas actuadas–. Se cuida el artículo 375 CPP de denominar la declaración del imputado como un medio de prueba (artículo 371.1, 'a' CPP), que lo reserva a la testifical, examen del perito, prueba documentada, prueba documental, prueba material, inspección judicial y reconstrucción (artículos 371.1,'b'; 378, 382, 383 y 385.1 CPP). Empero, si se toma en cuenta el artículo 160 CPP, la confesión es un medio de prueba (véase El Libro II La Actividad Procesal, de la Sección II La Prueba, del Título II Los Medios de Prueba, del Capítulo I del CPP).

Las especialidades de la denominada "declaración plenarial del acusado", son las siguientes: **1.** Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal (artículo 376.1 CPP). **2.** Si acepta declarar, tiene el derecho de formular un relato libre y oral, introduciendo las declaraciones y explicaciones sobre su caso; y, a un interrogatorio objetivo (directo, claro, pertinente y útil), estando prohibidas, además, las preguntas repetidas, capciosas y sugestivas. **2.** El abogado defensor intervine al último.

La declaración del acusado siempre es oral. Se aplica, supletoriamente, el artículo 378.6 CPP, referido a testigos y peritos, en el sentido de que puede leerse la parte pertinente de su declaración sumarial para hacer memoria. De igual manera, si consta una contradicción, insuperable de otra manera –a esto se denomina confrontación–, también será procedente la lectura indicada, sin perjuicio del interrogatorio aclaratorio respectivo.

En caso de varios acusados, corresponde al juez, previa consulta con las partes, decidir el orden de las declaraciones. De igual manera, el juez podrá disponer se examine separadamente a cada uno si existe pluralidad de acusados. Así lo estipula el artículo 377 CPP.

2. Aspectos problemáticos

¿Puede considerarse como prueba la declaración del acusado? Como ya se anotó, el CPP solo considera medio de prueba a la confesión, aunque regula puntualmente la declaración del imputado. La razón de esta reglamentación se debe a que, en principio, nadie está mejor informado sobre los hechos en todos sus detalles y pormenores que el propio autor de los mismos, dado su intervención personal y directa en la materialización de los hechos [Moreno Catena].

Es claro que la indagatoria es un acto de aportación de hechos que tiene un doble y simultáneo contenido: de un lado, participa de la naturaleza de los medios de investigación porque está dirigido a indagar o averiguar los hechos punibles, pero, por otro, se erige también en un acto de defensa privada porque, a través de ella, puede el imputado exculparse de la imputación sobre él existente [GIMENO]. Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos jurisdiccionales las practicadas en el juicio oral: la convicción sobre los hechos probatorios solo se alcanzan en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes procesales (STCE 345/2006, de 3 de noviembre). Es el cumplimiento de los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad.

De otro lado, la declaración plenarial del imputado puede considerarse, pese a que no se la incluya expresamente en el rubro de medios de prueba en la estructura normativa del CPP, también como un medio de prueba, sin perjuicio de que igualmente se erija en un acto de defensa. Tiene una regulación precisa en dos capítulos del CPP. Es clave sostener que como medio de prueba, a los efectos de su apreciación, no tiene un valor vinculante, pero contribuye a formar la convicción del juez conforme a la sana crítica judicial.

La información proporcionada por el acusado en su declaración plenarial si bien tiene un carácter esencial autodefensivo –es un recurso de utilización facultativa, del que solo él puede disponer, es una decisión autónoma de él–, su contenido informativo es material valorable dentro del conjunto del cuadro probatorio y susceptible de ser tratado como tal (STSE 95/2919, de 12 de febrero).

Queda claro la importancia que tiene para la ley la explicación que proporciona el imputado y el cuidado en regularla minuciosamente para evitar lesiones a sus derechos básicos –más aun cuando rechaza los cargos (la admisión de los cargos, como confesión, tiene una regulación específica: artículos 160/161 CPP)–. En las reglas ya referidas están contenidas todas las condiciones que, como desarrollo de principios cardinales de rango superior (constitucional y convencional), importan a la validez y legitimidad de la información obtenida por esta vía y, por tanto, establecen una prohibición probatoria fundada en la prohibición de admisión de esta exposición, para las informaciones obtenidas con lesión de alguno de esos preceptos; además, la ley no dispone precepto alguno para valorar rígidamente este medio de prueba que, como todos, depende del complejo probatorio desarrollado en la causa [MAIER].

Más allá del análisis que merecerá que un imputado declare en sede sumarial y no lo haga en sede plenarial, o que en ambas sedes proporcione declaraciones contradictorias, lo esencial es (i) la presencia del imputado en el acto oral y (ii) que se le proporcione la oportunidad de pronunciarse sobre los cargos y/o sobre sus declaraciones anteriores o sumariales –se denomina a esta operación "requisitos de valorabilidad"–. Cubiertas estas posibilidades, la valoración de las declaraciones del imputado resulta necesaria y permitirá al juez formarse, en concordancia con los demás elementos de prueba, una firme convicción sobre los cargos.

El órgano jurisdiccional, en estos casos, debe apreciar con arreglo a la sana crítica racional el valor de unas u otras para formar su convicción en el sentido del artículo 393.2 CPP; no puede decirse, por tanto, que en caso de contradicción de las declaraciones de un imputado, el juez pueda optar libremente por unas declaraciones o por otras (STSE 1466/1997, de 2 de diciembre).

¿La lectura de la declaración indagatoria del acusado en el acto oral cuando éste hace valer su derecho al silencio afecta algún derecho fundamental?

No se afecta ningún derecho.

1. Acudir a la declaración indagatoria sumarial, en tanto en cuanto se prestó con todas las garantías, e incorporarla al juicio oral, dándole oportunidad al acusado para pronunciarse sobre ella y, en su caso, requiriéndole algunas explicaciones sobre ella –si decide pronunciarse–, no vulnera los principios de publicidad, inmediación y contradicción –cabe enfatizar que la declaración es, siempre, un medio de investigación o una prueba personal, no documental, por lo que no cabe solo leerla, sino instar al imputado una posición al respecto– (STEDH Isgró, de 19 de febrero de 1991). Cabe apuntar que este artículo 376.1 CPP constituye un medio por el cual es posible dar cabida en la valoración de la prueba a las declaraciones producidas en la investigación preparatoria sin vulnerar los principios de oralidad e inmediación que resultan de un debido proceso; y, no establece una excepción a dichos principios, sino que, precisamente presuponen una confrontación oral directamente percibido por el juez y, por lo tanto, una decisión sobre la prueba producida en el juicio en sentido estricto (STSE 1563/1997, de 20 de octubre).

2. Tampoco afecta la garantía de defensa procesal porque su negativa a declarar plenarialmente no deja sin efecto las declaraciones indagatorias ni las convierte en inexistentes (STSE de 20 de enero de 2008); el derecho

> al silencio es un derecho de uso actual, que se activa y puede ejercitarse en cada momento procesal, pero que no retroactúa sobre los ya transcurridos; el acusado puede guardar silencio en el juicio, pero no hacer que éste se proyecte hacia atrás, con la eficacia de cancelar otras manifestaciones precedentes. Lo adquirido en sede investigación preparatoria forma parte definitivamente de los autos, de los que solo podría ser expulsado (declaración de inutilizabilidad) por razón de ilicitud (STSE 95/2010, de 12 de febrero). Solo con la lectura y ulterior emplazamiento al acusado puede incorporarse al debate la declaración indagatoria cumpliendo con la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (STCE 284/2006, de 9 de octubre). Se trata, propiamente, de condiciones o requisitos de valorabilidad.

¿Es similar la doctrina aplicable cuando el acusado en su declaración plenarial se retracta de lo que declaró en su indagatoria?

El CPP no contiene una norma expresa al respecto. Pero, es razonable y jurídicamente posible acudir supletoriamente al artículo 376.1 CPP, referido a la negativa a declarar del imputado. Cuando existen contradicciones objetivas entre lo expuesto en un primer momento y en otros momentos se requiere de una confrontación, de una lectura y de un interrogatorio específico al acusado para que explique el cambio de versión. Es la lógica del interrogatorio y de la existencia de una declaración anterior, siempre que esté prestada con todas las garantías. Cabe señalar que en un primer caso el acusado no dice nada y en el segundo caso el acusado proporciona un relato contradictorio al expuesto sumarialmente; en ambos casos, el debido esclarecimiento de los hechos exige confrontar al imputado con lo que antes expuso y obtener de él, de ser posible, una versión explicativa.

Lo dispuesto en el referido precepto procesal se entiende como la expresión de un principio general que se debe aplicar a la apreciación de todas las declaraciones que tienen lugar en el juicio oral y que pueden no resultar coincidentes con las prestadas anteriormente (STSE de 29 de marzo de 1989).

¿Cómo se valora estas posiciones contradictorias o el silencio antecedido de una declaración voluntaria en sede sumarial?

Las exigencias de razonabilidad valorativa son dos: **1.** Es posible estimar que cualquiera de ellas puede tener mayor credibilidad o fiabilidad, pero si se prefiere la declaración indagatoria, al faltar la inmediación, se impone afirmar su mayor verosimilitud objetiva, que exige acudir a datos periféricos u otros medios probatorios. **2.** El juez debe expresar las razones por las que inclinó a una de las

declaraciones, de suerte que si opta por la declaración indagatoria, precisamente por la falta de inmediación, debe razonar la causa de concederle mayor credibilidad [Calderón/Choclán].

Derecho al silencio y presunción de inocencia. Se entiende que la vulneración del derecho a guardar silencio sólo puede ser examinada en relación con las consecuencias negativas que haya podido extraerse del mismo (STEDH Murray, de 8 de febrero de 1996). Por tanto, si la condena se sustenta, únicamente, en la valoración *contra reo* de la negativa a prestar declaración, se vulnera la presunción de inocencia (STCE 117/2000). Ésta no es valorable como "indicio" pues el imputado ejercita en este supuesto un derecho constitucional (STSE de 15 de noviembre de 2000)

Si de otra manera, la negativa se conecta con otros medios probatorios –directos o indirectos–, y la condena no es irrazonable o arbitraria, no se vulnera tanto la presunción de inocencia cuanto la garantía de motivación (STCE 202/2002, de 24 de julio). Para apreciar el silencio del imputado, primero, como advertencia, es de ser especialmente prudentes por la afectación al citado derecho constitucional; y, segundo, no es ilícito tener en cuenta tal silencio en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo, que se presentaría cuando existan pruebas incriminatorias objetivas al respecto y, siempre, como corroboración de lo que ya está probado, de modo que el sentido común dicta que la omisión de declarar equivale a que no hay explicación posible (STCE 137/1998, de 7 de julio; STSE 1290/2009, de 23 de diciembre). Es de entender que no se condena por no explicar; se condena por unas pruebas suficientes para construir racionalmente un juicio de condena, que no encuentra a su vez en el silencio del acusado otra prueba que neutralice su capacidad demostrativa (STSE de 16 de marzo de 2004). La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible; esto es, una vez que concurre prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado (STSE 455/2014, de 10 de junio).

En conclusión, en la línea de la STEDH Murray de 8 de febrero de 1996, el acusado que mantiene silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del cúmulo de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar del que no puede resultar la prueba de su culpabilidad, no obstante en determinados supuestos puede el Tribunal conceder alcance al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad

de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto 9indiciario (STSE de 29 de noviembre de 2012).

Derecho a la última palabra. Es la expresión más clara de la autodefensa del acusado en el proceso penal. Está reconocido en el artículo 391CPP. Integra, como derecho instrumental, la garantía de defensa procesal (STSE de 9 de diciembre de 1997). Con este derecho el acusado puede matizar, completar o rectificar, todo lo que tenga por conveniente y que no suple su abogado defensor. A través de la última palabra tiene la posibilidad de que el tribunal incorpore a los elementos de juicio, para apreciar de acuerdo a la sana crítica judicial, lo manifestado por el acusado (STSE 825/2009, de 16 de julio). Se le da pues un sentido de "declaración", valorable como tal.

Indefensión material. No toda vulneración de normas procesales importa indefensión. Se requiere lo siguiente:

1. Que se haya infringido una norma procesal.
2. Que exista privación o limitación de oportunidades de defensa, entendiendo por tales la consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas.
3. Que la indefensión no sea imputable al que la sufre, de modo que la prueba de la indefensión corre a cargo de éste: asimismo, debe determinarse en cada caso el grado de diligencia exigible al justiciable o a su abogado.
4. Que la privación o limitación de la defensa no haya quedad posteriormente sanada.
5. Que se ponga de manifiesto no sólo la limitación o privación, sino además el contenido que hubiera tenido lo preterido, esto es, que se demuestre la indefensión material.
6. Que la privación o limitación haya tenido incidencia efectiva en el fallo [ARMENTA DEU].

3. La confesión del imputado

3.1. Concepto

La confesión –artículo 160 CPP, modificado vía Ley n.° 30076– es considerada una prueba en el proceso penal. Es la aceptación de los cargos en sede

judicial, una simple admisión de hechos objeto de imputación, formulada por el imputado, libre y voluntariamente –en estado normal de sus facultades psíquicas–, y con presencia de su defensor. Es calificada como un importante elemento de cargo –en función a su posibilidad, verosimilitud y coherencia interna–, pero no es una prueba autónoma, pues requiere de elementos de corroboración aún periféricos, de una fuente independiente –concordancia con otros medios de prueba–.

3.2. Efectos

El artículo 161 CPP, modificado vía Ley n.° 30076, regula los efectos de la confesión. Si esta es sincera (veracidad, unida al sano propósito de esclarecer los hechos, y espontánea: libre y persistente –incluso unidos a hechos o compromisos con relación al daño causado–) determinará, según el prudente arbitrio del juez, aunque jurídicamente vinculado, la disminución prudencial de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal. En esa misma línea, aunque incorporando otros adjetivos, la Corte Suprema incluyó, como sinónimos para la sinceridad, los vocablos: completa, veraz, oportuna y persistente (Ejecutoria Suprema RN n.° 3487-2012/Lima, de 14-03-13). La falta de persistencia o uniformidad en las declaraciones sucesivas del imputado excluye el beneficio premial (Ejecutoria Suprema RN n.° 3112-2012/Pasco, de 31-01-13). Se excepciona de esta regla los casos de confesión irrelevante, que tiene lugar cuando el imputado fue detenido en flagrancia delictiva o cuando existen pruebas de cargo evidentes –está referida a hechos irrefutablemente acreditados por otros medios (Ejecutoria Suprema RN n.° 3599-2012/Ancash, de 22-03-13)–; en estos casos faltarían la espontaneidad [Neyra].

En efecto, la regla es la reducción de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, por confesión sincera. Esta regla tiene cuatro excepciones: **1.** Flagrancia delictiva. **2.** Irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso. **3.** El agente tiene la condición de reincidente o habitual. **4.** Inaplicable en los casos de delitos previstos en los artículos 108-B o por cualquiera de los delitos comprendidos en el capítulo I (violación de la libertad personal): artículos del 153 al 153-J y capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo), XI (ofensas contra el pudor) del título IV del libro segundo del Código Penal (delitos contra la libertad).

Las dos primeras excepciones son reglas esclarecedoras que integran la propia noción de confesión en clave de colaboración con la justicia. Son formas

de admisión de cargos no relevantes para el curso de la investigación, debido que mediar confesión el hecho está probado sobre la base de las propias condiciones de la flagrancia delictiva o de una actividad probatoria ya consolidada. La confesión, por tanto, no aporta nada al esclarecimiento de los hechos: no hay confesión de lo evidente [ver Acuerdo Plenario n.° 4-2016, de 12 de junio de 2017. FJ 20].

La tercera excepción, a diferencia de las dos primeras, es ajena por completo a la confesión de quien colabora con la justicia. El aporte de información relevante, difícil de encontrar sin la contribución del imputado en cuestión, es independiente de que este pueda ser primario o no. Desde el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, no existe un factor o pauta de diferenciación objetiva y razonable entre la confesión y la condición de reincidente o habitual del confesante. Esa ausencia de relación entre una y otra consecuencia jurídico penal –del criterio selectivo y diferenciador– torna injustificada constitucionalmente esta exclusión. En consecuencia, no debe ser aplicado por vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad en relación con los derechos afectados por una indebida exclusión de la aminoración de pena. [ver Acuerdo Plenario n.° 4-2016, de 12 de junio de 2017. FJ 21, 22 y 23].

La última excepción (incorporada por Decreto Legislativo n.° 1382, de 28 de agosto de 2018 y modificado por Ley 30962, de 18 de junio de 2019), tiene similar fundamento que la anterior excepción. En efecto, la Ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente.

II. EL TESTIMONIO

1. Concepto

Es la declaración oral de conocimiento prestada ante el juez y efectuada por personas físicas que conocen de la comisión del hecho punible. Como medio de prueba, pretende acreditar la veracidad de una afirmación fáctica a través de la información que aporta en el juicio oral un sujeto ajeno al proceso que ha tenido conocimiento de algún del hecho delictivo [BANACLOCHE].

El testigo –fuente de prueba– es una persona física ajena a los hechos, es una tercera persona llamada a comunicar al juzgador sus percepciones sensoriales extrajudiciales [ALCALÁ-ZAMORA], desprovistas de cualquier valoración. Por razón del nexo con el hecho –objeto de la prueba testifical–, el testigo puede ser directo: cuando conoce del hecho mediante una percepción directa e inmediata, sin personas interpuestas; o, de referencia: cuando conoce del hecho a través de otra u otras

personas interpuestas. No se acepta que emita conceptos u opiniones –cuestiones jurídicas o juicios de valoración–, pues objeto de la declaración son hechos pasados o presentes; sus opiniones, conceptos, juicios de valor o apreciaciones sobre los hechos y responsabilidades no tienen en general ningún valor probatorio, salvo cuando se trate de un testigo técnico [Neyra]. Estas reglas las recoge el artículo 166 CPP.

En su calidad de tercero, no pueden ser testigos el imputado ni el juez –el testigo ha de ser ajeno a los derechos que se ventilan en el proceso–. Si bien el agraviado no es ajeno a los hechos, se acepta su declaración, pero al no ser absolutamente neutrales existe una regla jurisprudencial que condiciona su valor a determinados requisitos. Por tanto, en el proceso penal deben matizarse aquellas observaciones que destacan, a semejanza del proceso civil, la característica de ajenidad, referida por lo general a que el testigo es ajeno al proceso, a las partes y al objeto procesal. El testigo es, siempre, ajeno al juez, pero no necesariamente de las partes y del objeto procesal, desde el momento en que, de ser perjudicado por el delito, puede ser actor civil.

Una modalidad de declaración testifical es la proporcionada por el denominado "testigo-perito" (artículo 166.3 CPP). Él declara sobre lo que ha observado con motivo de su conocimiento profesional especial; por consiguiente, es testigo, no perito. Su declaración se refiere a hechos o situaciones pasadas, para cuya observación fue necesario un conocimiento especial. Una persona con tales percepciones, en oposición al perito, es insustituible [Roxin]. Por ello se le exceptúa de la prohibición de expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y las responsabilidades.

2. Estatuto jurídico del testigo

Como declara sobre hechos ajenos, el testigo está sujeto a tres obligaciones básicas: de comparecer al llamamiento judicial, de declarar sobre lo que sabe del hecho enjuiciado, y de decir la verdad –en rigor, ser sincero (se le somete a promesa o juramento y si miente será reputado como autor del delito de falso testimonio)–. Estas obligaciones expresan una carga pública y exterioriza un indelegable deber cívico.

El deber de concurrencia a la sede judicial –instado bajo apercibimiento de conducción compulsiva en caso de inconcurrencia– puede excepcionarse respecto de los físicamente impedidos o que adolecen de una enfermedad; y, también, de los altos dignatarios y miembros del cuerpo diplomático –declaran por informe

escrito o en su domicilio, privado u oficial–. La norma de la concurrencia del testigo es cuando reside en la localidad donde actúa el tribunal. Si reside fuera de esos límites puede declarar vía exhorto o con arreglo a las reglas de cooperación judicial internacional, sin perjuicio de la posibilidad de videoconferencia.

El deber de declarar sobre lo que conozca incluye el de presentar objetos o documentos relacionados con el delito, someterse a inspecciones o reconocimientos, pericias, careos, etc.

3. Capacidad, incompatibilidad, abstención

A. Rige la regla de la habilidad general para ser testigo, en cuanto sea capaz de declarar inteligiblemente y comprender que tiene que decir la verdad; la capacidad para testimoniar la tiene cualquiera, incluso los enfermos mentales y los niños (artículo 170.2 CPP) –su credibilidad es otra cuestión, en que el juicio respectivo está en función a las reglas de la sana crítica–. El artículo 171.1 CPP incluye como testigo hábil al mudo, sordo o sordo mudo, así como al que no sabe el castellano, los que declararán por medio de intérprete.

B. Existen situaciones de incompatibilidad para ser testigos. No pueden serlo los jueces, fiscales y secretarios en el mismo proceso. El abogado defensor no puede ser testigo –no puede asumir la defensa si conoció del hecho antes de su designación–; no cabe asunción simultánea de ambas posiciones. El imputado no puede ser testigo en su propia causa. Se acepta, sin embargo, la figura del denominado "testigo impropio": el coimputado que declara en la causa sobre la conducta de otro en la misma causa, aunque su régimen es la de los imputados (su posición procesal, el régimen de su declaración y sus deberes son diferentes al de los testigos "propios"). El problema de la declaración del coimputado es su valoración en tanto se le considera como una prueba intrínsecamente sospechosa y al no ser prueba autónoma se exigen otros requisitos adicionales que garanticen su atendibilidad. El régimen de imputado cesa cuando el proceso concluyó.

C. La abstención funciona tratándose de los portadores de secretos de Estado o profesionales, y los parientes, en tanto en cuanto la declaración esté incursa en ese ámbito. Respecto de lo cual debe proporcionarse, al menos, principio de prueba que lo acredite.

(i) Ciertas personas tienen el deber de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos de los que conozcan en razón del propio Estado –el secreto o la reserva han de estar oficialmente declarados: artículo 165.2b CPP–, oficio o profesión. La reserva, incluso, está judicialmente tutelada por el CP, que castigan su violación, y frente a ella cede el deber de testimoniar. Las invocaciones erróneas del deber de abstención son decididas por el juez; así, la situación de secreto está impuesta frente: 1) un hecho que no sea notorio o públicamente conocido; 2) un hecho referido a la vida privada y que se quiere mantener fuera del conocimiento público y el interés en su reserva esté objetivamente justificado; 3) que haya llegado a conocimiento con motivo del desempeño de una actividad prevista en la ley; 4) que la divulgación puede causar daño patrimonial, moral, al honor o fama. Se exceptúan del deber del secreto en los supuestos de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, deber impuesto por leyes especiales, cuando estén en juego la integridad de un menor [Cafferata].

(ii) Están facultados para abstenerse de testificar, conforme al artículo 165.1 CPP, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como el conviviente; parientes por adopción, cónyuges y convivientes separados –es una facultad fundada constitucionalmente en la protección de la intimidad familiar y su cohesión–. Tal abstención no rige cuando el delito aparece ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado, o cuando el emplazado fue quien denunció el delito –en estos casos, seguramente la cohesión familiar ya está afectada o resquebrajada por acción del imputado denunciado–.

4. Estructura de la testimonial

Está regida por el artículo 170 CPP.

A. El primer paso está constituido por el deber de instrucción del juez acerca de los derechos del testigo –no está obligado a declarar si puede incriminarlo–, de las obligaciones que tiene, y de la responsabilidad en que incurre en caso de incumplimiento. Acto seguido prestará juramento o promesa de decir la verdad, obligación de la que carecen los parientes y los que están sujetos

al deber de reserva por razones de Estado o de profesión, así como los menores y quienes padecen de alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción.

B. El segundo paso son las generales de ley –o generalidades–, que incluye una referencia a sus relaciones con alguna de las partes. Su domicilio puede ser reservado si teme por su integridad.

C. El tercer paso está referido a las declaraciones sobre el hecho. Se le interrogará sobre los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tengan relación con el delito, y sobre toda circunstancia útil para valorar su testimonio. El testigo ha de declarar a viva voz, no debe leer. Las preguntas deben ser oportunas y las observaciones precisas. Se rechazan las preguntas **(i)** capciosas –tienden a que el testigo responda una cosa diferente a lo que en realidad quiere decir, utilizan el artificio o engaño para sacar provecho del testigo, lo inducen a un error, provocan una respuesta que el testigo daría en otro sentido si la pregunta hubiere sido formulada sin subtestigos (STSE de 08-02-01)–, **(ii)** sugestivas –insinúan por sí mismas la respuesta, pues esta se halla contenida en la pregunta–; o **(iii)** impertinentes –que no tienen que ver con lo declarado objeto de la causa, con la cuestión enjuiciada; que no se ciñan a los hechos sobre los cuales debe versar cada clase de interrogatorio (directo y contrainterrogatorio) ni pueden tener influencia en la causa, a menos que con las preguntas se persiga impugnar la credibilidad del testigo [CASTRO OSPINA]–. El cuestionamiento en sede recursal prosperará cuando la pregunta denegada por esas razones sea de manifiesta influencia en la causa, produciendo verdadera indefensión (STSE de 30-07-88).

El interrogatorio de los testigos debe ser lo suficientemente claro para que lo entiendan fácilmente; distribuido en diversas preguntas formuladas del modo más conciso posible, procurando que cada una comprenda un solo hecho o punto –se rechazan, entonces, las **(iv)** preguntas compuestas–; redactadas en forma de inquirir sus conocimientos, sin suministrarle todos los detalles, que precisamente debe exponer de manera espontánea si los conoce, es decir, sin que las preguntas sean sugestivas o sugerentes [DEVIS ECHANDÍA]. En esta perspectiva tampoco se aceptan las preguntas **(v)** conclusivas –en las que el declarante acepta las conclusiones que propone quien interroga; ambiguas o confusas –preguntas incomprensibles que distraen al testigo del relato o que lo confunden no solo a él, sino también al juez; **(vi)** especulativas –crean una hipótesis para que el testigo

la confirme o la niegue, distrayéndolo con ello de lo que él percibió y recuerda; (**vii**) repetidas –que ya han sido formuladas y contestadas dentro de la audiencia; son, por lo general, empleadas en el contrainterrogatorio de manera intercalada para buscar contradicciones–; y (**viii**) tendenciosas –conllevan afirmaciones que el testigo ha negado o negaciones que ha afirmado– [Castro Ospina].

El artículo 170.6 CPP, modificado por la Ley n.º 30076, autoriza que en el contradictorio al testigo se formulen preguntas sugestivas. Se entiende por contradictorio o contraexamen las preguntas formuladas por el abogado de la parte contraria después que el testigo fue objeto del interrogatorio por la parte que lo propuso, en cuya virtud se pone a prueba la información obtenida por este, y se refiere a cualquier tema relevante para la defensa de la parte contraria. Sus objetivos son tres: **1.** Obtener el testimonio favorable del testigo en cuestión. **2.** Desacreditar el testimonio de ese testigo o desacreditarlo a él. **3.** Neutralizar parte del testimonio de testigo resaltando aquellos actos que favorezcan la posición procesal de la contraria [Neyra].

En esta perspectiva, autorizar preguntas que sugieren la respuesta es colocarse en una situación de adversabilidad en función a lo que peculiarmente se denomina "teoría del caso", ajena a la concepción del Código e incompatible, primero, con la *veritas delicti* como meta del proceso penal –búsqueda objetiva o esclarecimiento sobre el hecho imputado–, y, segundo, con la exigencia de un interrogatorio objetivo como derecho del testigo y necesidad de un proceso limpio y equitativo, con igualdad de armas.

El CPP incorpora los denominados testimonios especiales. No solo reconoce el testimonio del mudo, sordo o sordo mudo y de quien no hable el castellano, así como del testigo enfermo o imposibilitado de concurrir. También comprende (artículo 171.3 CPP) al menor de edad y al testigo víctima afectado psicológicamente por el delito, en cuyo caso el testimonio se recibe en privado con la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio, y la asistencia de un familiar.

5. Valoración del testimonio

Rige, como no podía ser de otro modo, la regla general del artículo 158.1 CPP: sana crítica racional; el juez debe determinar la credibilidad y el grado de eficacia probatoria que le merezcan los testimonios. Específicamente, se exige para

su debida valoración, primero, tomar en cuenta las circunstancias personales del testigo –crítica de sus condiciones internas y examen de sus relaciones con las partes y con la causa, la causa y los hechos–, así como su capacidad memorativa y narrativa, y su personalidad; y, segundo, la razón de sus afirmaciones, base y fundamento –examen del contenido, que incluye la crítica de la verosimilitud del hecho y de la manera cómo fue conocido por el testigo–. Debe analizarse si la declaración del testigo es verosímil y en todo caso ha de confrontarse esa manifestación con las que eventualmente haya podido realizar con anterioridad, en sede de investigación preparatoria [ROSAS YATACO]. Por otro lado, a partir de las investigaciones recientes de psicología de la percepción y de la memoria, muy críticas respecto de la fiabilidad de los testimonios basados en determinadas percepciones sensoriales, se permite desarrollar prueba sobre la prueba; esto es, prueba para permitir una mejor valoración de la credibilidad del testimonio [BANACLOCHE].

No hay duda del campo de aplicación muy amplio del testimonio. Salvo los casos en que la ley civil configura actos a los que exige una solemnidad especial, su utilización es suficiente para considerar probados toda clase de hechos o actos jurídicos. No existen limitaciones *ad valorem* para la prueba de delitos por testigos, ni para probar contra lo dicho en un documento privado o público con el fin de establecer un delito [DEVIS ECHANDÍA].

Para su valoración se parte de un principio general: "las personas se conducen con veracidad" y solo excepcionalmente por motivos variables apelan a la falsedad. Su fuerza probatoria parte de la presunción de que el que la presta ha podido observar exactamente y querido declarar la verdad. Ha de estudiarse la sinceridad –franqueza de decir lo que se vio y escuchó– y la veracidad del testimonio –correspondencia con la realidad objetiva–.

Como consecuencia del interrogatorio debe tenerse claro las condiciones individuales del testigo, vinculación con los hechos y otras personas, y el contenido de su declaración –directo o referencial–. Su evaluación –no es puro raciocinio– no presenta las cualidades lógicas que tienen otras pruebas, por lo que ha de basarse en la psicología, experiencia y sentido común.

No es cierta aquella afirmación que señala que si una parte del relato es cierto, luego todo es falso. Es un principio presuntivo falso, contrario a la libre convicción. Asimismo, se debe poner mucha atención a las prácticas continuas y reiterativas de citar a un testigo a compadecer a declarar en varias ocasiones. Si bien puede existir un razonable motivo de aclaración de determinados aspectos de su

testimonio, esto no favorece a la espontaneidad y autonomía con que debe operar una declaración testifical; por el contrario, favorece o induce a reelaboraciones y perfeccionamientos de la narración, que, aunque solo estuvieron movidos por la pretensión de ser creído en una información que se tiene y se transmite como verdadera, objetivamente la pueden distorsionar [Ibáñez]. A todo esto, se debe sumar el hecho que, en no pocas ocasiones, debido a la transcripción de las respuestas dadas al investigador policial, al fiscal o al juez no es literal, el testigo, al declarar en momentos ulteriores, y hacerlo con algún matiz diferencial, puede verse enfrentado a afirmaciones tomadas de su declaración precedente, en demanda de aclaraciones que, paradójicamente, no tendrían que ser de su incumbencia, sino más bien del redactor policial o judicial [Ibáñez].

De manera resumida, son requisitos de existencia del testimonio: **(i)** Que se trate de una declaración personal de un tercero que no forma parte del proceso: **(ii)** que tenga significación confirmatoria; **(iii)** que verse acerca de los hechos acaecidos con antelación o comenzados a acaecer antes de la declaración aunque sigan ocurriendo al tiempo de realizarse ella; **(iv)** que hayan sido percibidos o conocidos por el declarante a través de sus sentidos. En cuanto a los supuestos de validez del testimonio, se tiene: **(i)** que el testigo esté en uso de razón; **(ii)** con los sentidos aptos; **(iii)** que deponga de ciencia propia; **(iv)** que lo haga íntegra y circunstancialmente; **(v)** que declare en juicio; y, **(vi)** que no tenga interés en mentir [Alvarado/Águila].

Con respecto a la retracción del testigo, se ha de indagar sobre los motivos de la retracción, en qué circunstancias varió su versión (libre, influencias, amenazas), y confrontar ambas versiones con el resto de la prueba, analizando cuál de ellas se compadece mejor con el mérito de la causa.

Hay que tener en cuenta también la calidad del testigo. Siguiendo a Bentham "los testigos se pesan, no se cuentan".

III. LA PERICIA

1. Concepto

Es el medio de prueba, de carácter complementario, mediante el cual se obtiene, para el proceso, diversas actividades de observación, recojo de vestigios materiales y análisis consiguientes, que den lugar a un informe o dictamen –aporte de conocimientos– fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos,

artísticos o de experiencia calificada, indispensables para poder conocer o apreciar los hechos relevantes de la causa (artículo 172.1 CPP), en cuya virtud su autor o autores se someten a un examen por las partes procesales y, en su caso, por el juez, para proporcionar las explicaciones y aclaraciones correspondientes sobre el contenido de lo que realizaron. Todo el procedimiento regulado legalmente para obtener del perito –que es quien aporta la información técnica necesaria– determinadas conclusiones probatorias, es lo que se conoce como prueba pericial [CLARIÁ].

El perito es una persona con conocimientos científicos, técnicos o artísticos de los que el juez, por su específica preparación jurídica puede carecer, llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencias especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con autoridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la causa [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

La finalidad de la información calificada que se proporciona con este medio de prueba –al que debe acceder el juez si es que no tiene los conocimientos necesarios– es aportar al proceso conocimientos de carácter técnico o profesional sobre circunstancias relativas a los hechos enjuiciados, elementos o cuerpos del delito o la persona de su presunto autor. Lo complementario de la prueba pericial se explica porque permite apreciar lo que ya ha sido adquirido anteriormente por otros medios de prueba; y su función es ilustrar al juzgador sobre unas materias, que por su carácter especializado, requieren conocimientos concretos de los que él carece [PLANCHADELL]. No se trata de que el perito sea quien decida el sentido de una causa judicial, sino de un órgano de apoyo a la actividad jurisdiccional para la determinación de la realidad de un suceso histórico. Por tanto, el perito se debe limitar al examen propio de su conocimiento, apartando invocar valoraciones jurídicas, tales como la determinación de la imputabilidad de una persona o la existencia de una mala praxis médica que conduzca a una imputación por delito culposo [CHAIA].

Hoy en día la pericia, como prueba indiciaria, es la prueba reina y la que ofrece un mayor grado de conocimientos y seguridad. La técnica ha hecho aparecer sistemas más objetivos y seguros; los avances técnicos permiten investigar un delito y proporcionan una certeza mucho mayor que la aportada por simples declaraciones testificales. En efecto, la retractación de la víctima no tiene virtualidad en atención a lo que fluye de la pericia psicológica [RN n.° 1312-2013/La Libertad, de 31-03-14]. Así, por ejemplo: **1.** En una violación siempre será más seguro determinar el autor mediante un análisis de semen o sangre, que por medio de un testimonio.

2. Las huellas dactilares permiten acreditar con certeza que una persona estuvo en cierto lugar con más seguridad que una declaración. 3. La presencia de sangre en la ropa de la víctima proveniente de otra persona permite acreditar que hubo contacto entre ellos.

Las actividades periciales pueden tener lugar en tres planos: 1. Pone de presente hechos imperceptibles a los ojos del profano (por ejemplo, análisis histológicos, respecto a una muerte presunta). 2. Enuncia tesis sobre premisas hipotéticas (cuáles son los síntomas del envenenamiento con arsénico). 3. Combina observaciones experimentales con principios, elaborando conclusiones inductivas –es la hipótesis más frecuente [Cordero]–. La pericia, por ejemplo, en una violación es contundente; así se tiene como elemento de prueba categórico la pericia medicolegal que explica que las lesiones de la agraviada son consecuencia de un ataque sexual violento. En tanto no exista razones valederas para estimar que las sindicaciones obedecen a móviles espurios, se debe estimar las declaraciones coherentes de la agraviada que se corroboran con una prueba pericial científica [RN n.° 149-2013/Junín, de 15-04-13].

La propia necesidad de la prueba pericial hace que la posibilidad de apartarse de sus conclusiones, vinculadas al saber técnico del perito, solo se daría ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, de 25-0397, Fallos, 320:326). En todo caso, su valoración, en primer lugar, atenderá a las reglas del criterio racional o de la sana crítica (aceptabilidad de su dictamen según un conocimiento común, los métodos usados por los expertos, la coherencia lógica de la argumentación utilizada, la tacha que pueda haberse planteado frente al mismo); y, en segundo lugar, será conjunta con los demás medios de prueba practicados [Planchadell]. En esta perspectiva, se podrá impugnar esa valuación libre del juez sentenciador si con vulneración de lo precedentemente expuesto, se separa abstracta, arbitraria e intencionalmente del resultado del informe pericial, cuando este sea único, o existan varios coincidentes (STSE 20-07-01). Un caso especial se presenta con la pericia psiquiátrica del imputado, pues en la medida que trata de ofrecer datos que inciden sobre la capacidad de culpabilidad por el hecho cometido por la persona concernida, tiene dos partes: a) un aspecto biológico o psiquiátrico, constituido por una anomalía psiquiátrica, que tiene que ser ofrecido por los peritos informados, y b) un aspecto normativo, referente a la incidencia que dicha alteración o anomalía pueda tener en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho –elemento intelectivo– o en la decisión de querer y aceptar su ejecución –elemento volitivo–. Pues bien, sobre este aspecto normativo o del informe,

la valoración que debe efectuarse es estrictamente jurídica correspondiendo ejecutarla al Tribunal Sentenciador, quedando concentrado el control recursal de la prueba pericial necesariamente a la valoración jurídica que haya efectuado la Sala Sentenciadora, es decir, a su estructura esencial y conclusiones alcanzadas dado el contenido y la naturaleza de la anomalía o alteración detectada por los peritos médicos (STSE n.° 1392/2000, de 19 de septiembre).

2. Designación de peritos

El perito actúa por encargo del juez. Puede ser una persona física o jurídica, pública o privada –debe aceptar el cargo y prestar juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con honor y diligencia, artículo 174.1 CPP–. La Ley en determinados casos impone un perito: psiquiatra para determinar anomalía psíquica, psicológico para determinar la afectación de la víctima y su capacidad de información del hecho, antropológico para determinar las pautas culturales de referencia del imputado. La regla es el nombramiento de un perito único, salvo que el juez considere conveniente nombrar una pluralidad de peritos (complejidad del asunto o interdisciplinariedad del asunto a peritar): artículo 173.1 CPP.

La labor pericial puede ser desarrollada, sin necesidad de nombramiento individual, por instituciones técnicas: Laboratorio de Criminalística PNP, Instituto de Medicina Legal, Sistema Nacional de Control y organismos técnicos del Estado que desarrollan labor científica o técnica (Cuerpo Nacional de Tasaciones). Pueden ser nombrados peritos, además, universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general que reúnan las cualidades necesarias, con conocimiento de las partes. En esta línea ya no se trata de identificar individualmente a los peritos, lo que es una técnica de inicios del siglo XX. La pericia institucional hoy en día es preeminente; y, dentro de ella, la proporcionada por los gabinetes especializados de la PNP y el Instituto de Medicina Legal, que cuentan con medios excepcionales y que llevan a cabo los informes más relevantes (dactiloscopia, funcionamiento de armas, caligráficos, anatómicos).

Una regla de la designación de peritos es su notificación a las partes (artículo 177 CPP). A partir de esa comunicación estas pueden designar peritos de parte e intervenir en la observación de las operaciones periciales.

3. El testigo-perito

El artículo 172.3 CPP, como ya se ha expuesto, regula la figura del testigo-perito. Lo excluye de las reglas de la prueba pericial y las somete a las de la prueba

testimonial; es testigo y como tal ha de considerársele desde el punto de vista del desarrollo de la prueba [Alcalá Zamora]. El testigo perito, cabe insistir, es aquel cuya declaración se refiere a hechos o situaciones pasadas, para cuya observación fue necesario un conocimiento especial –tiene conocimiento de los hechos del proceso con anterioridad a la incoación del proceso, pero los relata en virtud de su pericia especial (por ejemplo, el médico que haya prestado asistencia a un herido, el arquitecto que ha contemplado el derrumbamiento de una casa, el ingeniero que presencia la explosión de una caldera)–. Por razones de su conocimiento del hecho es insustituible, a diferencia del perito, quien es nombrado por el juez y es considerado un asistente del tribunal.

4. Estructura de la prueba pericial

La prueba pericial entraña un procedimiento complejo, que se desenvuelve a través de singulares actividades sucesivas. Además, en materia de pericias no es posible realizar una clara diferenciación entre actos de investigación periciales y de prueba como tal, ya que la pericia constituye un acto complejo que se desenvuelve, comúnmente, en las dos etapas procesales más importantes: investigación preparatoria y enjuiciamiento.

Por razones obvias de posibilidad de desaparición del objeto de la pericia, así como por el tiempo que esta requiere que se opone a la concentración propia del juicio oral, la operación pericial –que es el reconocimiento, constituido por actos y técnicas periciales que constituyen el estudio del objeto, cosa o persona– siempre ha de tener lugar en el momento de la investigación.

En definitiva, la prueba pericial consta de tres momentos:

A. La operación o reconocimiento pericial, que tiene lugar en sede de investigación preparatoria y en todo caso de forma inmediata para evitar la desaparición de los hechos que han de sujetarse a la pericia, y que importa la revisión del objeto peritado y la aplicación de las técnicas o métodos científicos correspondientes para concretarlo. El CPP, para garantizar el contradictorio –condición de su valorabilidad y carácter de tal–, establece que esta debe ser comunicada al imputado y al perito de parte (las operaciones periciales deben realizarse vencido el quinto día del nombramiento del perito oficial, término en que las partes tienen la facultad de designar peritos de parte: artículo 177 CPP).

B. El dictamen pericial, que es el acto procesal del perito en el cual previa descripción del objeto peritado, relacionada detalladamente las operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones que ellos derivó, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica. El contenido del dictamen está previsto en el artículo 178 CPP. De ser insuficiente puede disponerse su ampliación por el mismo perito u otro (artículo 180.3 CPP).

C. El examen de los peritos, que se realiza en el juicio oral, y en el que se somete a contradicción de las partes, absolviendo las preguntas y los cuestionamientos al reconocimiento y/o al dictamen pericial. Se concreta en la ratificación o reproducción del previo parecer de los peritos y de su sometimiento a las preguntas, repreguntas, observaciones y cuestiones que planteen las partes, contradictoriamente. Si se tratara de una pericia institucional, esta designará al perito que intervendrá en el juicio oral (artículo 181 CPP). Además, si existe pericia de parte, obligatoriamente se producirá un debate pericial (artículo 181.3 CPP).

5. Especialidad en pericias institucionales

Sobre ellas se pronunció el Acuerdo Plenario n.° 2-2207/CJ-116, de 1611-07. Las pericias institucionales son aquellas elaboradas por órganos públicos como consecuencia de su propia misión institucional: Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, Dirección de la Policía contra la corrupción, Instituto de Medicina Legal, Contraloría General de la República, Sunat, etc. Por lo general, a ellos la policía remite los objetos que deben ser peritados, y estas realizan el reconocimiento y el dictamen periciales. Ese carácter técnico-pericial de los informes debe evitar, en principio, la comparecencia al juicio oral de los peritos, que poco o nada pueden aportar en la vista, pero en atención al derecho de defensa –con fines de contradicción de su dictamen–, si son convocados, deben asistir obligatoriamente [ASENCIO].

Tratándose de pericias institucionales se presume su objetividad y acierto, por la clase de prueba –intermediación de elementos objetivos o aparatos científicos utilizados– y la cualificación técnica de los organismos y personas habilitadas que los emiten, quienes por lo común integran una carrera pública o son adscritos a los mismos. Ello no quita, sin embargo, el derecho de convocatoria de las partes.

En cuanto a las condiciones de la convocatoria, si el cuestionamiento que justifica la convocatoria a juicio oral de los peritos se refiere al aspecto perceptivo de la actividad pericial, la convocatoria es obligatoria –juicio de falsedad–; no así si se

cuestiona el aspecto técnico –juicio de inexactitud–, salvo la existencia de pericias contradictorias o de parte. La convocatoria requiere una justificación razonable, con precisión de los cuestionamientos o inquietudes que deben absolverse, siempre que sean razonables. Es de precisar, sin embargo, que como quien emite la pericia es la entidad pública u oficial (artículo 173.2 CPP), al examen pericial concurrirá el profesional de la institución que esta designe. No se exige que concurra el que firmó el informe pericial, pues no es una labor profesional personal por designación nominal del fiscal o del órgano jurisdiccional.

El carácter de pericia institucional ha sido normativamente consagrado en el caso de los delitos aduaneros, Ley n.° 28008, de 19-06-03. El artículo 11 del Reglamento de esa Ley, aprobado por Decreto Supremo n.° 121-2003-EF, de 27-08-03, lleva por título: "Pericia Institucional", y dice: "Los informes emitidos por los funcionarios de la Administración Aduanera se sustentan en las acciones administrativas realizadas sobre la base de las facultades conferidas en la legislación aduanera y el Código Tributario y tienen el valor probatorio de una pericia institucional".

En el supuesto de los delitos tributarios, conforme al artículo 7 de la Ley Penal Tributaria, D. Leg. n.° 813, de 20-04-96, modificado por el CPP, la acción penal se formalizará previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo. Ese informe, que es el resultado de una acción administrativo-tributaria, desde luego, tiene el carácter de una pericia institucional.

En el mismo sentido, tiene el carácter de pericia institucional el Reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera en los delitos de lavado de activos, conforme a lo dispuesto en el D. Leg. n.° 1106, de 19-04-12, I Disposición Complementaria Modificatoria del artículo 3.5 de la Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera –Leyes n.° 27693, de 12-04-02, y 28306, de 29-07-04–. El artículo 3.5 establece que el Reporte de la UIF tiene validez probatoria –es, pues, una pericia institucional–; y, con tal efecto, el artículo 10-A, num. 7, dispone que para ser examinados por ese reporte de la UIF y por los Reportes de Operaciones Sospechosas que emiten los Oficiales de Cumplimiento, se instituyen un "Cuerpo de Peritos Informantes" encargados de concurrir a las audiencias judiciales para sustentarlos y someterse a contradicción. Esto último solo tiene justificación en tanto se trata de pericias institucionales, en las que se entienda que los reportes los emite la UIF –incluyendo los emitidos, bajo su supervisión, por los agentes de cumplimiento– y, por ello, sus expertos deben acudir a juicio para defenderlos o ratificarlos.

Por último, como ya se anotó oportunamente, el Informe Especial de la Contraloría General de la República es, al igual que los anteriores, pero consagrada jurisprudencialmente, calificada de pericia institucional, compleja y preprocesal. Es una Auditoría de Cuentas Gubernamental, realizada por personal especializado que integra el Sistema de Control. Lo singular de estas pericias institucionales es que en el ámbito que les corresponde solo las entidades designadas legalmente pueden emitir la pericia respectiva; el fiscal o el juez no pueden nombrar, en su defecto por cualquier otra razón, peritos oficiales; por consiguiente, toda ampliación o corrección deben formularla especialistas de la propia institución.

6. Impugnación

El perito oficial puede ser tachado, si es que está incurso en las causales de incapacidad para ser perito legalmente previstas. Estas causales son **1.** Parentesco. **2.** Secreto profesional –existe, aquí, una relación con las partes, similar a los impedimentos para prestar testimonio–. También, esta vez como causales exclusivas de los peritos, pueden ser tachados cuando: **3.** Han sido nombrado peritos de parte en la causa o en proceso conexo; **4.** Están suspendidos o inhabilitados en el ejercicio de su profesión; y **5.** Han sido testigos del hecho. **6.** Calificación profesional en relación al objeto o tema peritado.

Otras impugnaciones, por razones formales, vinculadas a la pericia como tal, serían las de falta de notificación del nombramiento de peritos y desconocimiento de la realización de las operaciones periciales (artículos 176.1 y 177 CPP).

La prueba pericial puede ser impugnada por cuestiones sustanciales, por ejemplo, el mérito probatorio del dictamen. Las partes pueden formular observaciones al dictamen pericial cuestionando sus explicaciones, análisis y/o conclusiones.

Las tachas importan un trámite a cargo del juez y, de ser amparados, la subrogación del perito. La tacha no impide la elaboración de las operaciones periciales, la redacción del informe pericial y su presentación (artículo 175.2 CPP). La subrogación –cambio de peritos– también procede cuando este demuestre negligencia en el ejercicio del cargo: no emita el dictamen en su oportunidad, no comunique la realización de las operaciones periciales, emita un dictamen inmotivado infringiendo el artículo 178.1 CPP.

Las observaciones a la pericia pueden formularse en cuanta ocasión relevante exista. Por ejemplo, cuando se valore la pericia para emitir una decisión

interlocutoria o en las alegaciones finales en el juicio oral. Son argumentos de defensa y, como tal, se deben tratar por el órgano jurisdiccional.

7. El perito de parte

Las partes tienen derecho, producido el nombramiento del perito oficial, a designar, por su cuenta, un perito de parte (artículo 177.1 CPP), que técnicamente no es un órgano de prueba sino un representante técnico del interés de la parte que lo designó, un auxiliar suyo, que por el lado técnico actúa como verdadero defensor; y, como tal no tiene el deber de aceptar el cargo, prestar juramento y de dictaminar [Cafferata]. Este está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias correspondientes. Si discrepa con las conclusiones de la pericia oficial, puede presentar un informe pericial de parte debidamente fundamentado (artículo 179 CPP).

En caso de dictamen de parte discrepante, se debe correr traslado del mismo al perito oficial para que en el término de cinco días pueda pronunciarse al respecto.

8. La pericia cultural

El artículo 172.2 CPP dispone que el juez penal pueda ordenar una pericia cuando corresponda la aplicación del artículo 15 del CP relacionado a la aplicación de la incapacidad de culpabilidad por razones culturales. En efecto, el artículo 15, contrariamente a lo deseado por sus redactores y por la doctrina mayoritaria, regula una circunstancia de incapacidad de culpabilidad por razones culturales o, si quiere denominar de otra forma, una circunstancia de falta de capacidad de culpabilidad y no el llamado error de comprensión culturalmente condicionado. Esta comprensión parte de una interpretación y lectura del artículo 20.1 del CP para entender que la fórmula legislativa usada es exactamente la misma, pues en ella releva como trascendental para entender la inimputabilidad que el autor: (i) tenga capacidad para comprender el carácter delictuoso del hecho; y, (ii) capacidad de determinarse según esa comprensión. En el artículo 15 del CP se entiende que el agente, por su cultura o costumbre, no comprende que su acción está prohibida o no puede determinarse conforme a la norma de prohibición [Hurtado].

En este sentido, al tratar el artículo 15 CP de una circunstancia de incapacidad de culpabilidad por razones culturales. Se deberá probar que la persona actuó ilícitamente porque ignoraba la existencia de una norma prohibitiva

debido a su situación sociocultural o porque estimaba que su propia norma cultural predominaba sobre la norma prohibitiva. Si se afirmara que se trata de un error culturalmente condicionado como un error de prohibición, la pericia tendría que demostrar que el autor del hecho conocía que su comportamiento estaba jurídicamente prohibido, sin embargo, estimaba, equivocadamente, que existía una causa de justificación o que los límites de la aplicación de esta eran más amplios que los establecidos por Ley [HURTADO].

La prueba de un hecho culturalmente motivado pasa por tres fases de verificación: **1.** Valoración del motivo cultural que ha llevado al sujeto a tener un comportamiento criminal, por lo que se requerirá comprobar la causa psíquica que ha determinado al autor a ejecutar una conducta delictiva. **2.** Determinación que la actuación del individuo no es fruto únicamente de su cultura, sino que trata de una expresión de la cultura del grupo étnico de minoría a la que pertenece el autor. **3.** Confrontación del juez respecto a la cultura del grupo étnico del imputado con aquella del sistema jurídico oficial. La prueba de la existencia de un comportamiento, culturalmente motivado que articula estas tres frases diferentes, puede revelarse muy compleja y requiere un bagaje amplio de conocimiento técnico, lo cual normalmente un juez penal no tendrá. Por tal motivo, será necesaria la intervención de peritos calificados, que ilustren las características del grupo étnico del imputado y si contiene diferencias con el grupo de la cultura de la sociedad que lo acoge.

De otro lado, admitida la necesidad de la pericia cultural será oportuno especificar cuál será el objeto de estudio y las peculiaridades que caracterizan el hecho culturalmente motivado. El perito deberá establecer la existencia de un grupo étnico caracterizado con una cultura específica, así como si entre los comportamientos de esa cultura son reglas, costumbres o modelos de comportamientos la conducta realizada por el imputado. La falta de comprobación de la existencia de dicha condición viene a menos la posibilidad de atribuir cualquier motivación cultural a esa conducta. Junto a ello, y como se ha indicado, el perito debe trabajar con la mirada puesta en la cultura del sistema de acogida –el oficial–, que es aquella a la cual pertenece el juez, lo que constituye un punto de referencia importante para realizar un equilibrio junto con el comportamiento del grupo étnico al que pertenece el imputado [DE MAGLE].

Finalmente, no debe olvidarse que la pericia cultural no es una pericia criminológica. Tiene un objeto y una finalidad claramente distinta. La pericia cultural no tiene por objeto el estudio de la personalidad del imputado, sus tendencias motivacionales, o sus cualidades psíquicas. Al contrario, ha de

determinarse la existencia de un grupo étnico caracterizado desde una cultura específica, diferente de la cultura media existente en el tiempo y en el lugar donde se tomará la decisión.

9. Valoración de la pericia

En principio la pericia se valora de conformidad con la sana crítica racional; esta valoración aparece sometida únicamente a la "lógica y al buen sentido" (STSE de 25-06-07). Es de añadir, sin embargo, que la conexión de la pericia depende de la idoneidad y la experiencia del perito, por ello es que resulta indispensable el examen acerca del currículum académico y profesional del perito.

Es posible advertir, desde una perspectiva interna, errores en la pericia acerca de los hechos o circunstancias que el perito ha dado por ciertos; o de los hallazgos proporcionados por la investigación científico-técnica, profesional o artística en las operaciones de la pericia; o de la regla general de conocimiento utilizada para concluir o de la conclusión misma, que no se puede deducir lógicamente del material utilizado y afirmado. Es claro, en este orden de ideas, que el juez puede rechazar fundadamente las conclusiones periciales si verifica que alguna de las premisas, de hecho, son falsas conforme a otros elementos de prueba existentes en la causa, aunque es evidente, asimismo, que no se puede negar los hallazgos obtenidos durante las operaciones de la peritación –salvo error patente–, pues el juez no tiene conocimientos especiales propios en la materia peritada [Maier]. En este caso, por cierto, el juez debe motivar con más ahínco su decisión sobre el resultado de la prueba pericial; no es posible ordenar la realización de una pericia y, luego, rechazar irrazonablemente en conclusión negando el aporte pericial que antes se demandó [Neyra].

Dicho lo anterior, lo primero que el juez analizará, desde una perspectiva externa, es que el dictamen y su explicación oral sea coherente, inteligible y razonable –estas son justamente las características que deberá tener la sentencia–, acto seguido, el juez podrá controlar: 1. Que las técnicas y teorías científicas utilizadas son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica. 2. Que las técnicas y teorías científicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes. 3. Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error, así como acerca del nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica. 4. Que el dictamen pericial se hace en suficientes hechos y datos [Nieva]. De otro lado, es un requisito de eficacia de la pericia, superados

positivamente, los requisitos de existencia y de validez, entre otros, que no exista motivo grave para dudar de la imparcialidad, desinterés y sinceridad del perito, y que no exista prueba alguna acerca de una objeción u observación imputada por existir error grave, dolo, cohecho o seducción en el dictamen pericial [ALVARADO/ÁGUILA].

El juez no debe discriminar las pericias en función de su procedencia (oficial, institucional o de parte), debe valorarla en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tenerse por tanto como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional (STSE de 11-05-81).

10. La prueba científica

La conexión entre ciencia y derecho dice del empleo de las ciencias como un instrumento para la averiguación de la verdad procesal de los hechos. Por ello, la prueba científica en el ámbito del proceso sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio absoluto.

La prueba científica es capaz de atribuir a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba consustancial al proceso penal. Para que la prueba pueda llamarse científica, las investigaciones y conclusiones a las que arribe deben surgir como consecuencia de un estudio verificable empíricamente y que ha de tener la posibilidad de repetirlos de manera experimental.

El valor de los resultados obtenidos por la aplicación de prueba científica requiere un análisis en tres momentos: **(i)** validez científica y/o metodología de la prueba, pues muchas de estas pruebas se pueden realizar por métodos científicos diferentes y no todos ellos gozan del mismo crédito en la comunidad científica correspondiente; **(ii)** calidad técnica de la prueba, que se divide, por un lado, en corrección técnico procedimental, en referencia a todo el proceso que conduce desde el descubrimiento del vestigio o de la muestra hasta su análisis en el laboratorio; y, de otro lado, en corrección técnico-científica, en referencia a su correcta realización en laboratorio como personal cualificado y seguir los protocolos apropiados; y, **(iii)** su realización es efectuada por personas y que estas pueden cometer errores [GASCÓN ABELLÁN].

El juez frente a la prueba científica no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración ha de ejercitar una valoración crítica en aspectos como la validez metodológica a fin de determinar su valor probatorio de un modo racional.

Si bien la prueba científica se basa en leyes universales o leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, ello no significa que la sentencia que se sustenta en dicha prueba es incuestionable o irrefutable. El juez debe realizar un esfuerzo en fundamentar racionalmente su decisión: no basta con alegar la existencia de la prueba científica, sino que debe indicarse en qué dirección afecta u orienta la línea de decisión.

La admisión de una prueba científica no implica pronunciarse sobre su valor probatorio sino meramente sobre la posibilidad de tomarla en consideración para la decisión del caso. Ambos conceptos (validez científica y valor probatorio) deben ser claramente distinguidos.

Es cierto que los jueces carecen de conocimientos científicos necesarios para evaluar la validez y fiabilidad de estas pruebas, sin embargo, no por ello se debe dejar en sus manos la libre apreciación, sin establecer unos estándares objetivos para guiarlos, de lo contrario, puede conducir a rechazar pruebas científicamente válidas que podrían haber ayudado al esclarecimiento de la verdad en el proceso, o puede conducir a dar crédito a pruebas que no aportan nada al proceso.

La Corte Suprema USA en el caso Daubert vs. Merrel Dow Pahrmaceuticals Incorporated 1993 estableció los criterios que el juez debe atenderse para admitir o excluir la prueba científica. Son: **(i)** controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en que se fundamenta la prueba, que significa que la teoría ha sido probada en forma empírica; **(ii)** porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada; **(iii)** publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su revisión y control; **(iv)** existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada; y, **(v)** presencia y mantenimiento de estándares y controles relativos a la concreta técnica o teoría.

Solo aquella prueba científica que reúna determinados estándares de calidad podrá ser admitida y practicada en el juicio oral; de lo contrario, será excluida del proceso. Su valoración no depende del criterio exclusivo de la calidad profesional del perito que emita el dictamen, sino de la corrección científica y técnica del método empleado en la realización de la pericial.

La valoración de la prueba científica, como se sabe, es el núcleo de la decisión probatoria y consiste en determinar lo que hay que creer sobre la hipótesis en consideración.

El juez, en este caso, debe determinar lo que hay que creer sobre la hipótesis en consideración a la luz del informe pericial y (también) del resto de las pruebas e informaciones que obran en la causa. El juez valora la prueba, no es perito de peritos.

Cuando solo existe prueba científica en apoyo de la hipótesis, a probar lo que hay que creer sobre la misma viene enteramente determinado por el valor probatorio atribuido a la prueba científica. Cuando, por el contrario, además de la prueba científica existe también otro tipo de prueba no científica, determinar lo que haya que creer sobre la hipótesis a probar requiere ponderar el valor probatorio de los datos estadísticos aportados en el informe pericial con el valor probatorio atribuido al resto de pruebas [GASCÓN ABELLÁN].

IV. EL CAREO

1. Concepto

Es un medio de prueba personal y de carácter secundario –obtención del conocimiento de lo que se busca a través del dicho de órganos de prueba–, reconocido por el artículo 182 CPP, que consiste en colocar "frente a frente", "cara a cara", a dos o más personas y cotejar sus declaraciones –entre testigos, incluidos los agraviados, entre sí, entre imputados entre sí o entre aquellos con estos–, dirigido al esclarecimiento de la verdad de algún hecho o de alguna circunstancia relevante y sobre cuyo extremo sus declaraciones fueron discordantes. Se trata de un enfrentamiento personal, oral, y en presencia del juez de quienes mantienen posiciones discordantes –su importancia radica en que permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que estos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones o las corrijan [DEVIS ECHANDÍA]–. Esto último resalta en carácter predominantemente psicológico [MIXÁN]. Es una forma de contraste de pruebas (STSE de 04-04-00).

Es una prueba accesoria, no autónoma, que persigue un resultado principal: la eliminación del desacuerdo de los careados. Ello puede tener lugar al inicio del acto (si estos no se ratificasen), o como consecuencia de la discusión que sostengan posteriormente. De no resolverse la contradicción (en realidad, cualquiera que fuese el resultado alcanzado), el comportamiento de los careados podrá servir

al juez para apreciar quién se conduce con el deseo de manifestar la verdad y quién, con el de ocultarla [Peláez Bardales]. En conclusión, es básicamente un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas personales. Es un medio de prueba autónomo en tanto que, si resulta eficaz, permite un conocimiento directo del dato probatorio por quienes introdujeron en la causa dichos divergentes [Clariá]. No obstante ello, algunos Códigos modernos tienden a suprimirla en aras de otorgar a las partes la facultad para interrogar y contrainterrogar a los testigos, lo que hace perder significación y presencia al careo como medio idóneo para desentrañar los dichos de testigos o imputados [Chaia].

2. Reglamentación legal

2.1. Presupuestos

Son tres: **1.** Existencia previa de declaraciones, lo que explica que el careo sea calificado de un medio de prueba complementario. **2.** Discordancia entre las declaraciones. **3.** El hecho o circunstancia objeto de esclarecimiento sea de interés para el proceso y resulte pertinente. Las contradicciones sobre un mismo hecho o circunstancia han de ser "importantes" o relevantes para la apreciación de la veracidad, que se corresponde con la finalidad de este medio de prueba. Debe decretarse cuando se atisbe como posible su cuestionable eficacia [Manzini], cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados (STSE de 06-05-10). Ello significa, a final de cuentas, que el careo tiene un carácter complementario: sirve, básicamente, para determinar la fuerza probatoria y credibilidad de las declaraciones de imputados, agraviados y testigos, aunque las ventajas de su utilización son muy discutibles y, en la práctica produce, en general, más confusión que claridad (STSE de 14-01-93). Se dice por ello que la contradicción propia del plenario suple con ventaja la eventual práctica del careo (STSE de 24-09-04). Además, se ha llegado a sostener que es uno de los medios de prueba más expuestos al riesgo de la subjetividad en su valoración, y que propicia, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor –el que teóricamente dice la verdad– el más osado, el más hábil o el que más grita (STSE de 29-07-98).

2.2. Necesidad

Si bien el artículo 182.1 CPP menciona que dados esos presupuestos el careo se realizará, empero, por su propia naturaleza, tiene un carácter subsidiario

o excepcional: solo se programará si es pertinente y útil. El tribunal ha de valorar su utilidad, vista su complementariedad –de la fuerza probatoria y credibilidad de las declaraciones en cuestión–. Así, por ejemplo, es posible desestimar un careo entre dos personas por razón de la superioridad de uno frente al otro, así como cuando la diligencia pueda ocasionar graves daños en el psiquismo de una persona en formación (así se pronuncia el artículo 182.3 CPP en el caso de menores de 14 años, en que más allá de la dicción de la ley se requerirá informe pericial para determinar la posibilidad de su realización). Su admisión está condicionada a que existan datos que hagan presumir que su realización ofrecería resultados positivos para el enjuiciamiento.

2.3. Intervinientes

El CPP, artículo 182, respeta al carácter necesariamente complejo de este medio de prueba y es muy amplio al respecto. Pueden carearse testigos entre sí, agraviados entre sí, imputados entre sí, testigos con agraviados, y testigos o agraviados con imputados; supone, siempre, como mínimo, el concurso de dos personas. Es de entender que cuando el imputado interviene en un careo, la posibilidad legal de su realización está condicionada a su aquiescencia, prima en este caso su voluntad al no podérsele obligar a que declare de una u otra manera –no solo no está sujeto a juramento, sino que rigen las reglas de la declaración del imputado, de la declaración indagatoria–. No es el caso cuando se trata del testigo, el que se somete a los términos de la declaración testimonial.

2.4. Práctica

El juez, luego de preguntar a los careados, en referencia a sus respectivas declaraciones, si se ratifican en ellas o las modifican –la ley, a diferencia de otros Códigos, no menciona que estas deban leerse–, los invitará a referirse recíprocamente a sus versiones contradictorias –no se leen sus respectivas declaraciones, el juez hace un detalle de ellas–. Ese es el ámbito de la diligencia, no se admite temas distintos a los que son objeto de contradicción. Cerrado ese enfrentamiento verbal, se producirá el interrogatorio de las partes, que versará exclusivamente sobre los puntos materia de discordancia objeto de la diligencia. El juez, obviamente, luego del elemento provocador del acto: invitación a que los careados se reconvengan y traten de avenirse, cuidará que el desarrollo de la diligencia se desarrolle sin amenazas ni se afecta la honra de los participantes.

2.5. Medio careo

Algunos Códigos procesales autorizar la posibilidad de realizar un medio careo, cuando una de las personas que debe ser careada –y a prestado testimonial en la causa– se encuentra ausente. En este supuesto, al que se encuentra presente, se le leerán las partes pertinentes de las declaraciones que se reputen contradictorias y se consignarán en el acto las explicaciones que dé las observaciones que efectúe.

V. LA PRUEBA DOCUMENTAL

1. Concepto

Es un medio de prueba de carácter material –se trata de un soporte u objeto material: es prueba real y objetiva– que refleja un contenido de ideas: datos, hechos o narraciones, con eficacia probatoria, que se introduce al juicio oral, en cumplimiento del principio de oralidad, a través de la lectura, de la audición o del visionado –se entiende de sus partes pertinentes–. Es, pues, el aporte de conocimiento al proceso con relación a la materia debatida, emergente de cosas u objetos materiales –soportes materiales– aptos para conservar y transmitir expresiones de la voluntad humana [Moras Mom]. Acredita la veracidad de un hecho a través de lo que consta en un material que recoge una determinada información.

El documento es pues el objeto de la prueba documental –o, mejor dicho, la fuente de prueba que accede al proceso mediante la prueba documental–, preexiste al proceso y es independiente y ajeno de él –no ha debido ser formado en función al proceso, con lo que se margina a los denominados "actos o actuaciones documentadas"–. El artículo 185 CPP identifica, casuísticamente, los soportes materiales que tienen, procesalmente, el carácter de documento. Son 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. Se incluye, desde luego, los documentos con soporte informático, que contienen determinada información: discos magnéticos (*hard disk*), discos ópticos (CD-DVD), memorias (*Random Access Memory*: RAM), etc. En última instancia está referido a los diversos modos mediante los cuales el ser humano deja constancia de su acción o de su voluntad, de la voluntad o de la acción de otro, por signos entendibles en el futuro [Maier]. Su función principal es su carácter representativo, en cuya virtud actualiza

información con relevancia jurídica, que se expresa mediante la utilización de un código, que pueden ser inmediatos o mediatos. El documento electrónico es de última clase, porque para su lectura se requiere la ayuda de una computadora, que funcione como decodificador [SANCHIS].

El Código Procesal Civil señala que los documentos pueden ser públicos o privados. En el proceso penal los documentos públicos y los privados no impugnados incluso, no tienen una norma que establezca el carácter tasado de su valoración; por consiguiente, todos deben ser valorados libremente, lo que no significa que aquellos dos pierdan su gran fuerza de convicción [BANACLOCHE]. De igual forma, no cabe distinguir en el plano de la valoración entre un documento en multimedia y el documento tradicional. Ambos aportan una información que debe ser valorada libremente por el juez [NIEVA].

Son tres los elementos esenciales del documento, en tanto cosa corporal que muestra o enseña algo: **1.** Corporalidad: es la cosa en sí misma: papel y otros soportes: disquete, puertos de USB, CD. **2.** Docencia: el mecanismo utilizado puede ser el escrito y no escrito (fotos, cintas magnetofónicas, de video). **3.** Incorporación del mensaje –datos que pueden aportarse físicamente– al soporte de manera artificial, por obra del ser humano [PARDO IRANZO]. En consecuencia, se puede definir el documento como toda representación realizada por cualquier medio –escrito, hablado, visionado, etcétera–, de la realidad y que preexiste al proceso y es independiente de él, de manera que se aporta al mismo con fines esencialmente probatorios [ASCENCIO].

Es condición de su correcta incorporación que, si el documento está redactado en idioma distinto del castellano, debe ser traducido por un traductor oficial. Frente a los documentos audiográficos o videográficos, incluidos los electrónicos, cabe su audición o visionado y su transcripción en un acta, con intervención de las partes (artículo 187 CPP].

Quedan fuera de la concepción expuesta las pruebas personales, aunque se documenten bajo la propia fe judicial, entre los que figuran las declaraciones de los imputados y testigos, los informes de autoridades o agentes de la misma, los atestados, informes policiales, las actas del juicio oral y los dictámenes periciales (STSE de 10-11-95) –salvo el caso de los denominados "instituciones" (STSE de 09-05-07)–. La razón de esta exclusión se encuentra en que las pruebas personales están sujetas a la valoración del tribunal que la percibe con inmediación (STSE de 05-12-07). Cabe insistir que el dictamen pericial es una prueba personal documentada consistente en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas

materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba (STSE de 06-03-07).

2. Existencia, validez y eficacia del documento

Los requisitos de existencia del documento son los siguientes: **(i)** que tenga aptitud representativa de un hecho o de un concepto o de una idea cualquiera; **(ii)** que esté realizado por un acto humano; **(iii)** que tenga significación propia y entidad necesaria en todos los documentos para afirmar su existencia en el orden jurídico.

Los requisitos de validez del documento son: **(i)** que se haya elaborado voluntariamente; **(ii)** con las formalidades legales y llevado al proceso en forma legítima, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la Ley; **(iii)** tratándose de copias, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su legítima expedición.

Los requisitos de eficacia del documento son: **(i)** que su contenido sea convincente; **(ii)** no haya otro medio válido de confirmación en su contra; **(iii)** que llegue al proceso sin violación de la reserva o del secreto de la Ley que le haya impuesto a su emisor o tenedor; **(iv)** completo, sin alteraciones, mutilaciones, tachaduras; **(v)** que se haya hecho el registro (público) que exija la Ley; **(vi)** si se trata de un documento emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad [Alvarado/Águila].

3. Adquisición procesal

La regla es que todo aquel que tenga en su poder un documento, ofrecido como prueba, está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento; es un requisito de validez del documento. En caso de que el tenedor del documento no lo presente o se niegue a hacerlo, procederá la incautación del mismo.

No podrán ser incorporados al proceso los documentos que contengan declaraciones anónimas, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado. Tampoco cuando exista prohibición legal: secretos estatales, o aquellos que vulneran la intimidad documental o el secreto profesional –requisito de eficacia del documento–.

4. Reconocimiento e impugnación

Si resulta necesario, el documento ha de ser reconocido por su autor –por cuenta de quién se ha hecho el documento–. En los documentos audiográficos y videográficos debe ser reconocido por quien resulta identificado según su voz o por quienes aparecen en las imágenes. También serán convocados, si es posible, los que efectuaron el registro.

La autenticidad del documento –que es un requisito de eficacia del mismo– también puede ser acreditada mediante prueba pericial. En estos casos el documento, de medio de prueba, pasa a ser objeto de prueba. Se trata de constatar que quien aparece como autor del mismo o quien aparezca allí o su contenido se corresponda con la realidad. En los documentos públicos existe presunción de autenticidad –mientras no se demuestre la falsedad material de la firma o de su contenido, según el caso–, no así en los privados, que requiere su reconocimiento expreso o implícito [DEVIS ECHANDÍA].

Desde la facultad de las partes, es posible impugnar los documentos alegando razones de falta de validez y eficacia probatoria.

5. Actuación

Los documentos deben ser oralizados en el acto oral. Por oralización ha de entenderse, según los casos: **a)** su lectura tratándose de documentos escritos; **b)** su audición o visualización tratándose de documentos audiográficos o videográficos; y **c)** su reproducción tratándose de soporte informático.

La forma, entonces, en que los documentos se incorporan al juicio es variada, y abarca tanto las presentaciones espontáneas que efectúan las partes como los procedimientos de incautación. El mérito para introducirlos al plenario es a través de su lectura, o bien por medio de la declaración de la persona que lo confeccionó, aportó o custodió. Cuando las partes proponen la introducción mediante simple lectura es fundamental indicar concretamente la pieza, pues la mención genérica impide una eficaz determinación y puede generar indefensión [CHAIA].

La lectura u oralización puede no incluir la totalidad del documento. Solo se leerá u oralizará lo pertinente y, de ser muy voluminoso, podrá ser parcial: lo más relevante.

Posteriormente de este trámite cada parte se pronunciará en cuanto a su mérito.

6. Valoración

La valoración de la prueba documental no acaba con la simple lectura del documento junto con los criterios de interpretación de la sana crítica del juez, es necesario añadir una interpretación del documento para comprender su aporte en el juicio. En este punto, la semiótica textual sirve como un elemento que permite: **(i)** cómo abordar el análisis de la coherencia de un escrito, tanto en modo global como en texto completo, como frase por frase, ello junto con el análisis de las equivalencias semánticas entre las diversas partes del texto para averiguar el fuero interno del autor; y, **(ii)** contextualizar el documento, en el sentido que todo escrito se ha realizado en un determinado entorno que no debe ser ajeno al juez, porque también ayuda a interpretar el sentido del documento [Nieva].

Lógicamente, también es necesario establecer la identidad del autor del documento: conocer su cultura y competencia, de manera que pueda evaluarse si sabía que estaba escribiendo un documento antijurídico o bien si se trata de un documento escrito en lenguaje usual. Es diferente, encontrarse con un memorándum escrito por un gerente legal sobre posible contaminación ambiental, que revisar un documento escrito por una persona iletrada. Esto permite identificar la intencionalidad del documento y será un elemento para considerar por parte del órgano jurisdiccional.

Estos lineamientos contribuyen a que el juez deje de lado la sola interpretación literal o gramatical del documento, o donde no se analiza el contexto bajo el cual el autor redactó ese escrito o si está destinado el documento a un subordinado o si pertenece a su ámbito privado. Es importante, pues, entender las circunstancias que rodean la redacción de un escrito pues ayuda a la averiguación de su sentido y su relevancia, de allí lo importante del recurso a la semiótica textual pues permite, posteriormente, realizar las preguntas a las partes y a los testigos enfocado en conocer el contexto en que fueron realizados los documentos [Nieva].

7. Informe

El artículo 188 CPP incorpora como medio de prueba al Informe. Es la respuesta –aporte de conocimiento al proceso– emanada de los registros o memoria –libros o archivos– de una institución pública o privada sobre datos preexistentes archivados en ella; trae al proceso el objeto mismo que se quiere conocer, tal como se encuentra consignado, registrado o archivado en su materialidad o intelectualidad. Ha de ser expedido por sus representantes o funcionarios debidamente autorizados.

Hoy por hoy es el modo que tienen las personas jurídicas para transmitir la información, previamente registrada por ellas [CAFFERATA].

Es un medio de prueba –de carácter objetivo–, en tanto que por él se proporciona al proceso elementos de comprobación de manera más eficaz que por otros medios, o por un procedimiento menos engorroso; es, por tanto, sucedáneo de otros órganos de prueba y sustitutivo de la inspección judicial [CLARIÁ]. Por su ubicación en el CPP no puede calificarse de prueba independiente: facilita la aportación de prueba documental, es un procedimiento especial para llevar al proceso un medio de prueba concreto [DEVIS ECHANDÍA].

El informe puede ser objeto de impugnación por falsedad o por ocultamiento de datos, a cuyo efecto es procedente las testimoniales y la diligencia de inspección judicial o revisión del archivo de la institución, que puede traer consigo la incautación de la información almacenada y la comparación con el tenor del informe aportado y cuestionado.

8. Prueba electrónica

El propio artículo 185 CPP ha regulado la incorporación de la prueba electrónica referida, en lo pertinente, a medios electrónicos o soportes informáticos (fuentes de prueba) que contienen el registro de sucesos, imágenes y otros similares.

La prueba electrónica es la que permite acreditar hechos a través de los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que están destinados a archivar y conocer o reproducir las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso [URBANO]; en pureza se trata de un instrumento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario –el de los bits– en un soporte –cita o disco– que reúne las características de legible, inalterable y reconocible o identificable [TORRES MORATO]. Tal como sucede con la prueba documental, se requiere un test de admisibilidad para permitir la admisión de la prueba electrónica, el cual debe considerar: autenticidad, esto es, buscar la concordancia del autor aparente con el autor real; la exactitud, es decir, que el soporte que se presenta no ha sido adulterado; y, la licitud, vale decir, la obtención con respecto de los derechos fundamentales.

Las reglas de obtención y aportación de la prueba documental –cauce procesal de introducción al documento electrónico– rigen de igual forma en el caso de la prueba electrónica. El CPP no ha introducido reglas especiales tratándose de medios electrónicos de prueba. Sin embargo, se deberá tener en cuenta elementos

como: 1. La conservación o perdurabilidad de la prueba electrónica. Cuestiones importantes relacionadas a la distinción entre un documento electrónico original y una copia y su valor en el proceso son elementos problemáticos que podrán dejarse de lado cuando se trate de una copia del documento público con intervención notarial. En cuanto a la perdurabilidad, se debe incorporar políticas de preservación digital que estén dirigidas a conservar la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la información. 2. La verificación de la prueba electrónica solo podrá admitir elementos de prueba que estén dirigidos al cuestionamiento de la autenticidad de la reproducción, pudiendo aceptarse la realización de pericias informáticas u otros medios [Pico i Junoy/Lluch].

Finalmente, en la doctrina y jurisprudencia española se ha realizado un importante desarrollo sobre casos específicos de ofrecimiento y valoración de determinadas pruebas electrónicas, tales como: documentos informáticos, correos electrónicos, páginas webs, mensajes de texto, videograbación, entre otros.

La STSE de 06-05-93, por ejemplo, permitió la captación de imágenes de una persona sospechosa en vía pública o espacio abierto en tanto no supone intromisión indebida en la intimidad familiar, que tiene valor probatorio siempre que sean producidas en las sesiones del juicio oral. De igual manera, la STSE de 30-11-92 estableció la admisibilidad de las cintas magnetofónicas como medios de prueba sujeto a las normas de prueba de reconocimiento judicial. Por último, la STSE de 04-11-09 señaló que los documentos emitidos por cualquier medio técnico, electrónico, informático o telemático, cualquiera sea su soporte, gozarán de validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de lo exigido por las normas procesales. Su aceptación depende de la incuestionable autenticidad técnica del soporte físico en que se encuentre su contenido. Los documentos electrónicos imprimen en las neuronas tecnológicas, de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por quien maneja los hilos que trasladan las ideas, pensamientos o realidad de lo que se quiere que quede constancia.

Por último, es de tener presente que, en la misma forma que se admite que puede intervenirse una conversación oral realizada a través del teléfono o descubrirse una comunicación escrita llevada a cabo a través del medio postal, no existe obstáculo, en principio, para que, previa orden judicial, pueda controlarse una comunicación efectuada en el lenguaje digital por la red informática (un correo electrónico, el denominado "chateo" o una operación comercial on-line).

La sofisticación del mundo actual implica que la intromisión en sistemas, programas o datos informáticos se ha hecho necesaria para investigar los hechos ilícitos [TORRES MORATO].

VI. EL RECONOCIMIENTO

1. Concepto

Los artículos 189-191 CPP regulan el reconocimiento, que está referido a personas, cosas, voces, sonidos y todo aquello que pueda ser objeto de percepción sensorial. El reconocimiento de lugares es propio de la inspección judicial o del testimonio.

Es un medio de prueba de carácter personal, por lo general irreproducible o preconstituido –no puede ser renovado en las mismas condiciones–, en cuya virtud una persona determinada, a presencia judicial, identifica o individualiza a una persona o cosa, lo que por lo general adquiere valor definitivo, "como aquellas a las que alude en sus exposiciones ante el juez o la autoridad" [CREUS]. Persigue señalar a una persona o cosa y diferenciarlas de las demás mediante la constatación de aquellos rasgos o características externas que la hacen distinta al resto de las personas o cosas. Es de considerársele un caso típico de prueba preconstituida, pues el transcurso del tiempo puede alterar el aspecto del sujeto o, incluso, puede producirse precisiones externas tendentes a que el reconocimiento niegue un reconocimiento cierto, así, el propio transcurso del tiempo puede afectar la memoria de quienes han de reconocer al imputado [ASENCIO].

2. Reconocimiento de personas

2.1. Concepto y fundamento

Persigue identificar personas, de cara a su individualización, por medio de la intervención de otra persona. Es evidente, por lo demás, que la determinación del imputado, eje central del proceso penal, puede lograrse por otros medios, tales como los métodos antropomórficos o reconocimiento antropométrico, como las diligencias de reconocimiento dactiloscópicas, las inspecciones corporales y, sobre todo, las intervenciones corporales, a través de las cuales se puede averiguar el código genético del autor del delito [GIMENO].

La necesidad de la actuación del reconocimiento visual de personas está condicionada a que existan dudas sobre el imputado o su identificación nominal (no cabe esa duda si el imputado fue detenido mediando flagrancia delictiva), o a verificar si quien dice conocer o haber visto a una persona efectivamente la conoce o la ha visto. No corresponde realizarla cuando los testigos o agraviados reconocen y señalan de manera inequívoca y firme a la persona imputada (STSE n.° 177/2003 de 5 de febrero).

El sujeto activo de la diligencia es una persona ajena al sujeto reconocido. El reconociente puede ser el agraviado, un testigo o un coimputado. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona –el artículo 189.1 CPP dice: "Cuando fuere necesario individualizar a una persona"–, pero por lo general el sujeto pasivo del reconocimiento es el imputado –para determinarlo con exactitud y dirigir contra él el procesamiento o imputación formal y, luego, la acusación, de ahí que se trata, mayormente, de una diligencia instructora–.

El reconocimiento se realiza con la persona presente, pero en ausencia de ella puede realizarse mediante fotografías (artículo 189.2 CPP), de diversa fuente: archivos policiales, fichas del Reniec, filmaciones varias, identikit, fotografías artísticas, de retratos fotográficos o álbumes privados –lo preferible, en estos casos, es la modalidad secuencial de cuadros de imágenes. Alternativamente puede existir reconocimiento fílmico. Como no es un medio de prueba autónomo, requiere se complemente con la declaración testimonial del reconociente, sin perjuicio de que, de conseguirse la presencia física de quien necesita ser reconocido, el reconocido por fotografías pueda ser sometido a reconocimiento en rueda.

2.2. Procedimiento

El primer paso del acto, previo juramento de quien no es imputado, es la descripción de la persona a reconocer, tales como sexo, estatura, edad, físico, color de cabello, rasgos generales y particulares, vestimenta), a fin de verificar las condiciones en que se captó la imagen y la forma en que se conserva, así como para valorar el resultado del reconocimiento cotejando las concordancias entre la persona reconocida y la persona descrita [Cafferata].

Acto seguido se procederá a la rueda de personas, que estarán integradas por personas de "aspecto exterior semejante" –parecido físico, de vestimenta, rasgos sociales, etcétera–; se requiere personas de condiciones exteriores semejantes, no se exige uniformidad morfológica. La ley no fija el número de quienes integran la rueda, pero lo aconsejable es más de tres personas. Se discute si puede obligarse

a los integrantes de la rueda que hablen, griten, caminen o lleven determinada vestimenta.

El reconocimiento presupone la observación del testigo a los que integran la rueda y que estos no pueden verlo. El testigo indicará si entre el grupo se encuentra la persona a quien se hubiere referido en sus declaraciones, al que debe señalarlo (artículo 189.1 CPP). Cabe puntualizar que como acto complejo e irreproducible, no puede el imputado estar integrando distintas ruedas para que quien lo va a reconocer –en tanto sea la misma persona quien lo haga– reitere su examen [D'ALBORA].

En caso de que varias personas deban reconocer a una persona, se procederá a una diligencia específica o por separado por cada individuo. Pero si deba reconocerse a varias personas es posible caberlo en un solo acto, siempre que no perjudique el fin de esclarecimiento y el derecho de defensa (artículo 189.4).

El órgano del reconocimiento es el fiscal –ello no quita, por cierto, que esta diligencia se realice como medio de prueba y, por ende, que se lleve a cabo a presencia judicial–. Otro punto es, por cierto, la preconstitución o la anticipación probatoria. El apdo. 3 del artículo 189 CPP autoriza la intervención del juez de la investigación preparatoria cuando no exista abogado defensor del reconocido, en cuya virtud se considerará prueba anticipada. El problema en clave de asignarle valor probatorio a una diligencia conducida por el fiscal es la imposibilidad de su reproducción en el acto oral ante la ausencia o desaparición de quien deba efectuar el reconocimiento –es una diligencia inidónea y atípica en el plenario–. Aquí, desde luego, todo está condicionado a su imprevisibilidad y a la presencia del defensor de quien resultó afectado con la diligencia. Todo ello no quita la necesaria presencia, salvo supuestos de imposibilidad, del reconociente en el acto oral para declarar como testigo, de lo contrario no tendría el carácter de prueba de cargo para sustentar una condena.

En definitiva, para la validez del reconocimiento fotográfico se debe cumplir con los siguiente requisitos **(i)** se lleve a cabo en sede policial con presencia del fiscal, **(ii)** se incluyan seis fotografías, y **(iii)** se realice en condiciones en que la reconociente no fue objeto de sugerencias, presiones o indicaciones para que vincule al imputado –la presencia del fiscal es determinante al respecto– (RN n.° 1473-2014/Madre de Dios, de 19-05-15). Asimismo, es imperativo del juzgador corroborar esto junto con el resto de los elementos de prueba para dar fuerza a la afirmación inculpatoria. De esta manera, se refuerza el valor probatorio del reconocimiento efectuado del testigo junto con su testimonio [IBÁÑEZ].

3. Reconocimiento impropio

Es posible que durante el transcurso del juicio oral el testigo sea sometido espontáneamente a un reconocimiento o señalamiento sobre alguna persona que se encuentre presente en la Sala de Audiencia. Aunque la forma y naturaleza de la medida genere discusión, es una actividad válida a la que debe asignársele el valor dentro del principio de libertad probatoria. No es en puridad un reconocimiento en rueda de personas, por lo cual no rigen las reglas rituales para su sustanciación [Chaia]; se trata de una prueba testifical, de una verdadera y autónoma prueba de cargo, actuada bajo las garantías de inmediación y contradicción, por lo que es irrelevante tanto la ausencia de rueda identificativa como la posible inobservancia de sus condiciones legales (STSE de 02-10-01). En todo caso, el reconocimiento en el juicio oral subsana cualquier incorrección en los reconocimientos anteriores (STSE de 16-02-90), pues está avalado por el insustituible beneficio de la inmediación (STSE de 14-05-09).

4. Reconocimiento de voces y otros

El CPP, artículo 190, siguiendo el modelo italiano (artículo 216 CPPI) autoriza, bajo los mismos procedimientos, en lo pertinente, que el reconocimiento de personas, el reconocimiento de voces, sonidos y cuando pueda ser objeto de percepción sensorial. Es significativo el reconocimiento subsidiario de voces, pues está demostrado que la voz natural integra el ámbito de la individualidad de cada ser humano, por lo que es posible reconocer o identificar la voz de una determinada persona, aun cuando no se haya podido observar de quién emanen. En tal virtud, se seguirá mediante un muestreo o rueda o cuerpo de voces, en que los reconocidos hablan para que pueda escucharlos el sujeto reconociente. Puede tratarse, a su vez, del reconocimiento en rueda de voz –escuchando directamente la voz– o, en su defecto, en cuerpo de voz, a través de grabaciones, lo cual puede ser apreciada por el tribunal o ser deducida de la valoración del testimonio de quien ha percibido la voz del sospecho y la identifica ante la autoridad judicial.

5. Reconocimiento de cosas

Está contemplado en el artículo 191 CPP. Rigen por analogía las reglas del reconocimiento de personas, del artículo 189 CPP.

Las cosas objeto de reconocimiento pueden ser muebles o inmuebles, animadas –animales– o inanimadas –cosas materiales– [Florián]. También, desde otra perspectiva, pueden tratarse de cuerpo del delito –objetos, efectos

o instrumentos del delito– o de huellas o vestigios materiales –elementos de convicción en general–.

6. Fotografías y videos

De modo genérico, el artículo 68.1 CPP autoriza a la Policía tanto practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito, cuanto realizar las diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos (literales e y n). Estos actos de investigación implícitamente reconocen la ineludible utilización de los avances tecnológicos que permitan captar con absoluta fidelidad imágenes de actos a partir de los cuales determinar la autoría de hechos con relevancia penal [ASENCIO]. La Policía en su función de investigación, como es obvio, puede utilizar toda clase de medios que permitan constatar la existencia del delito y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser empleada en un proceso penal, con claro respeto de los delitos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (STSE de 06-05-93).

Específicamente, el artículo 207 CPP permite al fiscal, de oficio o a instancia de la Policía, sin conocimiento del afectado, ordenar **(i)** tomas fotográficas y registro de imágenes; y, **(ii)** otros medios técnicos especiales para observar o para investigar el lugar de residencia del investigado –son captaciones de imágenes de manera velada o subrepticia de sospechosos en el ámbito de la investigación absolutamente legítimas [RIVES SEVA]–. No se trata, por cierto, de un supuesto de videovigilancia para prevenir el delito –para lo cual se requiere de una norma especial al efecto, como por ejemplo, en España, la Ley Orgánica n.° 4/1997, de 4 de agosto–, en cuya virtud se instalan cámaras fijas en lugares públicos –abiertos y cerrados, que incluye centros administrativos, negocios, tiendas, etcétera–, aunque si captan un hecho delictivo o coadyuvan al descubrimiento de su autor puede convertirse en un acto de investigación [GÓMEZ COLOMER] y, por ende, rigen las reglas que a continuación se enunciarán.

Como puede estar en riesgo el derecho fundamental a la intimidad o la propia imagen, el principio de proporcionalidad exige su indispensabilidad, que se refiera a hechos delictuosos graves y que, de no hacerse, la investigación puede comprometerse seriamente. En principio estos actos de investigación se dirigen contra los implicados y los investigados –según el momento de la investigación–, pero pueden involucrar a terceros si ello es irremediable o si están conectados con los investigados o el hecho objeto de averiguación. Las fotografías, las filmaciones,

y los registros de audición o de sonido, para su consolidación probatoria, han de pasar por el procedimiento previsto para el caso de control de comunicaciones: artículo 231, en lo pertinente, del CPP.

Cumplidos esos trámites procesales, dichas tomas tendrán valor de prueba preconstituida por su irrepetibilidad, y habrán de reproducirse en el juicio oral en la forma que sea más oportuna para la naturaleza del acto y la garantía de contradicción (STSE de 11-02-94). Ese valor, incluso, se obtiene si se graban por agentes privados o por los propios establecimientos comerciales o Municipalidades [Gimeno]. También tendrán ese valor las filmaciones periodísticas de incidentes acaecidos en la vía pública, y su fiabilidad está en función a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y las leyes científicas (STSE de 19-01-05). El sospechoso en ese caso actúa no como fuente o medio de prueba, sino como objeto de prueba de percepción sensorial –en este caso visual– (STSE de 26-10-96).

Es evidente, por lo demás, que si esos actos de investigación o medios técnicos de investigación se realizan en el interior de inmuebles o lugares cerrados, por restringir la libertad domiciliaria y el derecho a la intimidad, será necesario recabar la preceptiva orden judicial. Así lo dispone el artículo 207.3 CPP, por lo que la medida judicial se traducirá en una resolución motivada y proporcionada al hecho a investigar –delitos enumerados en el apartado primero–; las tomas, sin mandato judicial, se limitarán a los exteriores (STSE de 02-06-10).

Ahora bien, esas tomas fotográficas y grabaciones audiográficas o videográficas tienen un indudable carácter documental; y, lo esencial, no son las fotografías, audios o videos en sí –carecen de autonomía funcional, y tienen, por ello, un carácter complementario–, sino la percepción directa y personal de los policías y demás funcionarios o personas que captaron las imágenes, y declararon en sede jurisdiccional (STSE de 17-03-06). En todo caso, esas fotografías y grabaciones deben reunir los requisitos de inmediación, autenticidad e integridad (STSE de 12-01-11).

VII. LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Es un medio de prueba personal y directo. Es un acto o medio de comprobación personal realizado por el propio juez, sin intermediación alguna, es decir, inmediato –no se interpone entre lo percibido y el juez medio humano o material alguno–. A través de la inspección, el juez percibe directamente con sus sentidos –es una diligencia de percepción sensorial– las materialidades –del lugar y de los objetos relacionados con el hecho punible– que pueden ser útiles,

por sí mismas, para el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso penal, dejando constancia objetiva de sus percepciones; es una observación judicial sobre el mundo físico con la consiguiente descripción de los elementos sometidos a la percepción judicial [CLARIÁ]. En consecuencia, a través de esta prueba se pretende acreditar un hecho controvertido acudiendo a la percepción directa por parte del juez del lugar u objeto a que aquel hace referencia. Tiene una función constatadora del escenario del delito, de ahí la exigencia de actas o registros fílmicos de ser posible.

El artículo 192.2 CPP precisa su finalidad u objeto: comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya podido dejar en: **a)** lugares –es el espacio territorial donde el responsable del mismo ha llevado a cabo los actos de ejecución delictiva, sea cual sea aquel, que a su vez importa una descripción detallada de lo inspeccionado y la constatación de rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera podido dejar–; **b)** en cosas –toda corporalidad física, que incluye los documentos en cuando a su materialidad, no a su función representativa–; o c) en las personas –todo lo que se refiere a su cuerpo, de suerte que permite advertir tanto huellas u otras circunstancias particulares en él, como identificarla describiendo sus rasgos característicos–. En consecuencia, también reconoce varias clases de inspecciones que el fiscal o el juez puede materializar con su observación: de personas, de cosas y de lugares –la inspección de cadáveres, si bien es, propiamente una inspección, está considerada como una diligencia típicamente sumarial y a cargo del fiscal conforme al artículo 195.2 CPP–; incluye, pues, toda materialidad susceptible de percepción inmediata por el juez. Es posible que también pueda ser objeto de inspección los acontecimientos como por ejemplo la congestión de tránsito en un cruce determinado. Todo ello permite sostener que este medio de prueba permite apreciar: **1.** El lugar y circunstancias en que se sitúa la escena del delito y sus inmediaciones. **2.** Los sitios colindantes, las circunstancias concurrentes en su comisión y los posibles vestigios, objetos o huellas que hayan quedado [MORENO CATENA]. Formaliza la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del delito [GARBERÍ].

Cabe aclarar que la inspección judicial puede tener lugar tanto cuando el hecho ha dejado huellas de su realización como si no las ha dejado; sin embargo, es evidente que su realización guarda correspondencia con su carácter esencialmente investigativo. En el primer caso, se recogerán y conservarán, para su exhibición en el juicio. En el segundo caso, cuando no queden huellas del hecho punible, la diligencia estará destinada a averiguar si su desaparición fue o no intencionada y, de ser así, qué medios se han utilizado con tal fin, sin perjuicio de recoger y

consignar cuantos datos adquiere acerca de la comisión del delito; y, si se trata de un delito que no deja vestigios, se procurará hacer constar la ejecución del mismo y las circunstancias en que se efectuó y la preexistencia de la cosa [Herce Quemada].

En este medio de prueba intervienen todos los sentidos del fiscal o del juez: a través de la vista –observación del lugar del hecho, de la situación del cadáver, de las heridas y manchas de sangre, huellas digitales, rastros de pisadas–, por medio del oído –alboroto de un aparato musical–, a través del olfato –alimentos en mal estado, estiércol apilado al aire libre–, por el tacto –el filo del cuchillo– [Roxin]. Su límite está dado por la necesidad del empleo de la pericia, pues si no se pueden obtener inmediatas conclusiones que están al alcance del común de la gente, debe ocurrir a la intermediación de peritos [Clariá].

El artículo 192.1 CPP establece que la inspección judicial puede realizarse tanto en la etapa de investigación preparatoria –por el fiscal– como en la etapa de enjuiciamiento –por el juez–. Empero, es evidente que por su propia naturaleza tiene un carácter de acto de investigación preconstituido y, por ende, su órgano de ejecución es la Fiscalía –apoya esta posición el que la eficacia del acto está condicionada a su pronta realización, evitándose que los elementos se modifiquen, se alteren, desaparezcan o se destruyan–; el momento procesal idóneo, entonces, es inmediatamente después de la comisión del delito, a efectos de evitar la alteración del lugar o sus circunstancias, o la pérdida o deterioro de los efectos que allí pudieran encontrarse [Moreno Catena]. Ello significa reconocer el carácter urgente de esta diligencia, de lo que resulta que ha de haber transcurrido un periodo dilatado de tiempo en relación a la fecha de comisión del delito. La realización de la inspección judicial en sede del juicio oral debe entenderse como excepcional –siempre que no se disponga de ningún otro medio para determinar los hechos–, dado que más allá que al tener que realizarse fuera de la Sala de Audiencias afecta los principios de concentración y publicidad, suele resultar inútil cuando han transcurrido meses, pues es difícil recoger o apreciar huellas o vestigios del delito (STSE de 07-02-01). En atención a esta característica –que impide la vigencia del principio de inmediación, pero garantiza su efectividad en atención a la rapidez de su realización en cuanto a la fecha del descubrimiento del delito– es que, primero, exige su minuciosidad en tanto debe comprender "la escena de los hechos y todo lo que puede constituir prueba material del delito"; segundo, propende, de preferencia, "la participación de testigos y peritos"; y, tercero, autoriza el levantamiento de "planos o croquis del lugar y se tome fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa". Se requiere para su consideración de prueba preconstituida

el emplazamiento a la defensa y al imputado para su asistencia al acto –es una condición de validez de la inspección–, aunque no es necesaria su presencia efectiva (STCE n.° 150/1989, de 25 de septiembre). Si la Policía es la que realiza la inspección, siempre por razones de urgencia y necesidad, su consideración de prueba preconstituida de cargo solo puede reconocérsele declarar plenarialmente los policías que intervinieron en ella y no se ha limitado en su ejecución ningún derecho fundamental (STSE de 25-06-01).

La inspección, por su propia naturaleza, requiere de la confección de un acta detallada, a la que debe agregarse todos los resultados de los auxilios técnicos que se hubiesen dispuesto realizar. Lo único que puede alcanzar valor probatorio del acta, con carácter documental preconstituido –siempre que haya existido, por lo menos, posibilidad de contradicción–, son las percepciones sensoriales del juez plasmadas en al acta –es un requisito de eficacia probatoria de la diligencia, conjuntamente con la necesidad de contradicción en la ejecución de la misma–, no así las testimoniales e informes periciales que puedan haberse documentado en la misma acta [MORENO CATENA]. En el primer caso, esta diligencia goza de la máxima credibilidad respecto de aquellas observaciones, percepciones y constataciones de naturaleza objetiva recogidas por el juez.

La práctica forense muestra que la inspección judicial –cuya nota singular es la inmediatez– atraviesa las siguientes fases: **(i)** protección del lugar (acordamiento, alejamiento de curiosos, etc.), **(ii)** observación o reconocimiento, **(iii)** fijación (descripción escrita, fotografía, diseño de dibujo, filmación), **(iv)** recogida de vestigios materiales y entrega –en su caso– de los vestigios materiales a peritos para su análisis y valoración [ARAGONESES].

VIII. LA RECONSTRUCCIÓN

El CPP considera a la reconstrucción un medio autónomo de prueba, reconocido en el artículo 192.3. Esta combina elementos reales y personales en una actividad compleja o de naturaleza mixta. Puede definirse como un medio de prueba que consiste en la reproducción material, artificial y simulada, de un hecho pasado, en las condiciones en que se afirma o se presuma que ha ocurrido –importa reproducir en el lugar de los hechos la escenificación de lo sucedido–, para comprobar si este se efectuó o pudo acontecer de un modo determinado, se puede deducir mejor la verosimilitud de lo averiguado de otros medios de prueba [NIEVA]. La reconstrucción se programará cuando surgen dudas sobre la compatibilidad de una hipótesis histórica con los marcos de lo físicamente exigible; empero, el

resultado de la reproducción es variable, si es positivo, no necesariamente podrá concluirse que el hecho ocurrió así en la realidad; si es negativo, en cambio, decide la cuestión: es imposible que hubiera ocurrido tal como fue narrado [Cordero]. Su relevancia está en función de los datos o las circunstancias objetivas que puedan ser recogidas y apreciadas por el órgano jurisdiccional, pero no cuando en relación con unos hechos controvertidos son las propias declaraciones de los intervinientes y los testigos lo que puedan determinar la forma de acaecer los mismos (STSE de 25-09-03).

Su finalidad, a diferencia de la inspección judicial, no es recoger o apreciar vestigios o huellas materiales, tampoco describir el lugar donde acaeció el delito, sino reproducir la posible mecánica comisiva de la acción delictiva en el mismo lugar donde la misma se llevó a cabo, a fin de determinar con la mayor precisión posible cuáles son las condiciones y circunstancias en que se produce. Durante la reconstrucción han de reproducirse las mimas circunstancias ambientales que tuvieron el día en que sucedieron los hechos, sobre todo en cuanto a la luz, las distancias y el sonido [Nieva]. Tiene de común con la inspección judicial en que el juez deje constancia en acta de sus percepciones sensoriales acerca de lugar, con la insistencia en el caso de la reconstrucción de que precisa cómo acontecieron presumiblemente los hechos. Su realización debe reservarse para casos muy graves y excepcionales, en los que se puede obtener fruto y utilidad de su práctica, los que deben estar en consonancia y no en desmesura con la complejidad e incomodad de la prueba y con los perjuicios y molestias causados a quienes, a veces desde lejanos puntos, han de acudir a la práctica del referido acreditamiento (STSE de 21-11-83). Para su actuación, la posibilidad empírica de los hechos ha de ofrecer alguna dificultad, lo que no sucede en la gran mayoría de los casos en que la experiencia general así lo determina (STSE de 25-11-95).

Su objeto está vinculado a la realización del hecho acusado. Su desarrollo puede comprender la integridad del hecho típico o parte o circunstancias del mismo.

El presupuesto de la diligencia es que existan en autos las declaraciones y demás pruebas –inspecciones, pericias– necesarias para su debida actuación. Su propósito es "verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas". Tiene, por un lado, una función de control –exactitud, posibilidad o verosimilitud de las versiones sobre los hechos y de los elementos de prueba ya incorporados–; y, por otro, una función de adquisición de nuevos datos probatorios, que confirmarían o eliminarían los anteriores, y obtener verificaciones más precisas, cuando no completamente nuevas [Cafferata].

Los intervinientes en la diligencia pueden ser las partes –imputados y víctimas, en rigor testigos-víctimas– y, además, testigos y peritos –es obvio que los imputados no pueden ser obligados a intervenir en la diligencia en orden al derecho al *ius tacendi*, cuya ausencia haría perder gran parte de su sentido propiamente de reproducción del hecho–. Los imputados y los testigos, en atención a las exigencias lógicas de esta diligencia y atendiendo a sus versiones, deben reproducir el comportamiento observado durante el desarrollo del delito objeto de reconstrucción cuya existencia o desarrollo pretende controlarse. Los peritos, a instancia judicial, pueden realizar todas las operaciones científicas convenientes para una mayor eficacia de la reconstrucción. Es posible, además, cuando no pueda concurrir algún protagonista de los hechos, la presencia de sustitutos para que desempeñen su papel. No es ajena a esta diligencia la realización de una serie de operaciones de auxilio, tales como el levantamiento de planos, toma de fotografías y realización de grabaciones o películas.

El límite de la reconstrucción, como diligencia procesal, es que se trate de delitos cuya reproducción no atente contra la moral, las buenas costumbres o el orden público, en cuyo caso puede llevarse a cabo la diligencia sin proceder a la exacta reproducción del delito para aclarar otros extremos de la comisión del mismo.

Particular relevancia tiene esta diligencia en los delitos sexuales. El artículo 194.3 CPP no permite la concurrencia de menores de edad, al igual que en la inspección judicial. Tampoco es posible imponer la concurrencia y participación de todas aquellas víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación (el prudente auxilio del juez en atención a las circunstancias de la causa determinará esa exclusión, sin perjuicio –si así fuera menester– de instar la realización de una pericia). Por otro lado, nada se opone, al amparo del principio de libertad probatoria, cuando exista imposibilidad o extrema dificultad en su ejecución, que pueda realizarse una reconstrucción virtual, apoyada en la informática y demás técnicas modernas que permitan representar escenas e inclusive efectuar operaciones lógicas tendientes a verificar si es posible que concretos hechos sucedieron de determinada manera.

Las constataciones que estime el juez de la investigación preparatoria "hasta la reconstrucción de los hechos aceptando o rechazando la viabilidad física de las diversa hipótesis comisivas planteadas, están basadas en deducciones o inferencias necesitadas de un previo juicio valorativo de aquel, lo que determina que su valor sea el de una mera opinión que no procede vincular al órgano jurisdiccional

sentenciador, por esa misma inseguridad en su exactitud que tiene todo lo que es repetición de un hecho real" (STSE de 16-06-72).

IX. LAS PRUEBAS ESPECIALES

1. Regulación

El CPP en el Subcapítulo III, denominado "Las pruebas especiales", incorpora un conjunto de actos de investigación irreproducibles, por tanto, con valor de prueba. Su naturaleza es predominantemente pericial. Se trata de la inspección de cadáveres, llamada diligencia de levantamiento de cadáver, necropsia, reconocimiento médico forense, tasación y preexistencia.

2. Levantamiento de cadáver

Frente a una muerte sospechosa de criminalidad el fiscal debe levantar el cadáver con el auxilio, de ser posible, de personal policial especializado en criminalística y del médico legista. En pureza, es una diligencia de inspección procesal practicada cuando una persona ha fallecido como consecuencia de una muerte violenta o sospechosa de criminalidad; está asociada con la necropsia, y también procede cuando el médico que acude al lugar donde se encuentra el cadáver ignora la causa de la muerte, por ser un paciente desconocido o sin dolencias previas [Marca Matute]. Esa diligencia, que es propiamente un acto de investigación irreproducible, debe levantarse en un acta pormenorizada de los actos realizados: descripción del lugar, precisión de las huellas y vestigios materiales encontrados, levantamiento de los mismos, realización de las diligencias técnico-criminalísticas correspondientes, remisión al laboratorio policial o al Instituto de Medicina Legal (artículo 195.1 CPP). No es ajena a su realización la clausura o la vigilancia del lugar del hecho hasta la consecución de las pericias auxiliares y preconstitución de la escena del crimen (artículos 237 y 241 CPP).

Es una diligencia típica fiscal, pero por razones de necesidad es posible delegarla en el fiscal adjunto, fiscal auxiliar, policía o juez de paz. Apunta a coordinar la investigación y recibir toda la información disponible en orden a la posible transcendencia penal de los hechos y a la decisión de diligencias de investigación y medidas limitativas de derechos con el objetivo específico de determinar la identidad del cadáver y la causa y circunstancias de su fallecimiento.

El reconocimiento y la identificación del cadáver es una parte esencial de esta diligencia; la primera constata el aspecto exterior que presenta el cadáver:

lesiones externas, ropas, postura, etcétera; mientras que la segunda tiene por objeto establecer quién es la persona cuyo cadáver se ha encontrado [GARCÍA RADA]. No solo debe describirse externamente al cadáver, sino también disponerse la realización de todas las diligencias criminalísticas necesarias para su identificación: dactilar, antropométricas o genéticas, incluso procede el reconocimiento y/o identificación por testigos directos. Esta diligencia procederá antes de la inhumación –es la acción de enterrar un cadáver– o de la exhumación –que es la acción de desenterrar un cadáver.

3. Necropsia

3.1. Alcance

El artículo 196 CPP regula la necropsia en cuanto prueba pericial especial, circunscripta a la determinación de la causa de la muerte de una persona. El presupuesto material para su realización es que el deceso se deba a un posible "caso de criminalidad". Será tal una muerte cuando se advierte, *prima facie*, que ocurrió súbita o repentinamente, por circunstancias imprevistas, al margen de una asistencia facultativa regular, de modo tal que denota indiciariamente una intervención delictiva. Solo basta la sospecha del fiscal que acerca de la existencia de un hecho delictuoso, la que surgirá de las constancias de autos, de la denuncia o de la comunicación policial [CLARIÁ] y de su propia apreciación como consecuencia de la inspección que deba realizar, por sí o por quien encomiende.

La ley quiere que en las diligencias de investigación conste un informe pericial acerca de las circunstancias y causas de la muerte de una persona, a cuyo efecto da preeminencia a la necropsia sobre cualquier otro método de investigación. Sin embargo, en dos supuestos excluye expresamente esta pericia –en tanto la muerte sea consecuencia directa de los hechos antecedentes–, salvo pedido de parte o de sus familiares: **1.** Muerte producida por accidente en un medio de transporte, con la única excepción del conductor del medio de transporte siniestrado en que la pericia será necesaria. **2.** Muerte producida por un desastre nacional. La exclusión, es de insistir, está referida a la necropsia, pero no a los actos de identificación del cadáver que deben ser realizados por el fiscal, sin perjuicio del auxilio del médico legista y de personal de criminalística, de ser el caso.

La necropsia es el acto pericial preconstituido –su irrepetibilidad, por diversas razones: materiales, inmediatez y por la función de identificación del sujeto pasivo del delito y configuración del injusto penal, es evidente–, realizado por peritos médicos forenses a instancia del fiscal, que consiste en el examen, externo

e interno, realizado sobre la anatomía del cadáver –o sobre cualquier porción del mismo– destinado a informar sobre la causa de producción de la muerte. Su finalidad no solo es establecer la causa de la muerte, sino también las circunstancias que rodearon el deceso [Moreno Catena].

El informe pericial se denomina protocolo de necropsia. Está sujeto a los mismos requisitos de todo dictamen (artículo 178 CPP). En tanto declaración de conocimiento emitido por los médicos legistas como consecuencia del examen, externo y, principalmente, interno, practicado en el cadáver, para establecer la causa de la muerte, consta de tres partes o secciones: **(i)** examen externo: descripción externa del cadáver; **(ii)** examen interno, que implica apertura de las cavidades craneana, torácica y abdominal –incluso de la cavidad raquídea si fuere indispensable– y de los miembros superiores e inferiores si correspondiera; y **(iii)** conclusiones, que se referirán a la naturaleza de las lesiones, instrumento empleado, posición del agresor y del agredido y demás particularidades del hecho, especialmente si la lesión fue inferida por mano propia o por mano ajena [García Rada]. La operación pericial, a tenor del apdo. 3 del artículo 196 CPP puede ser presenciada por el abogado de los interesados e incluso se puede acreditar peritos de parte.

Es de precisar que la necropsia, aun cuando es del caso contar con ella, no siempre permite acreditar, en forma clara e inequívoca la causa de la muerte de una persona, por lo que es posible que esta se determine mediante otras pruebas directas o indirectas, con el correspondiente grado de certidumbre, en cada caso.

3.2. Destino del cadáver

El cadáver, luego de la realización de la necropsia, puede ser embalsamado o incinerado, previa autorización judicial. En el último caso el presupuesto es más restrictivo: sentencia firme, pues puede ser posible que, con posterioridad y antes de la culminación definitiva de la causa, se requiera exhumaciones u operaciones periciales excepcionales, de suerte que la desaparición del cadáver obstaculizaría irremediablemente el esclarecimiento de los hechos.

El embalsamamiento del cadáver, en los supuestos de criminalidad, requiere previo informe médico. Para esta posibilidad será imprescindible, a tenor de las circunstancias del caso, un pronunciamiento médico legal específico que se pronuncie si tal procedimiento, de necesitarse la realización de pruebas técnicas adicionales o de una exhumación, no frustre su eficacia.

3.3. Pericias auxiliares

En los casos de indicios de envenenamiento o presencia de ingesta de veneno, entendiendo esta como toda sustancia que introducida en el organismo humano es susceptible de producir trastornos en la salud, pudiendo provocar la muerte [GARCÍA RADA], se requerirá la realización de pericias auxiliares o toxicológicas, que recaerán tanto sobre las vísceras –órganos internos– cuanto sobre las materias sospechosas halladas en el cadáver o en otra parte, externa a él. Corresponde la ejecución de las operaciones periciales y la presentación del protocolo respectivo al laboratorio del Instituto de Medicina Legal o, en su caso, de haber sido encontrada por las inmediaciones del cadáver, al Gabinete Pericial Criminalístico de la Policía Nacional. En ambos casos, conforme al artículo 198 CPP, las materias objeto de las pericias se conservarán para ser presentadas en el debate oral.

4. Pericias medicolegales

Los artículos 199 y 200 CPP incorporan como pericias especiales las de carácter forense, referidas a tres delitos que afectan, entre otros bienes jurídicos de posible afectación, la integridad corporal de las personas: lesiones, agresión sexual y aborto. El órgano que debe realizar la pericia es el Instituto de Medicina Legal, a cargo de los médicos legistas, y el ámbito y procedimiento pericial está en función a la naturaleza del delito objeto de investigación y/o enjuiciamiento. Está descontado que el informe pericial ha de ser explícito y prolijo da la importancia que tiene como elemento probatorio [GARCÍA RADA].

En el caso del delito de lesiones, la pericia persigue una doble finalidad: valoración de la entidad de la lesión y determinación de su etiología. Corresponderá al perito determinar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas por la ley para determinar su exacta tipificación. Así, se requiere que el perito precise, por ejemplo, el arma o instrumento que haya ocasionado la lesión, si esta dejó o no deformaciones y señales permanentes en rostro –huellas indelebles–, si puso en peligro la vida, si causó enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano –también la lesión puede ocasionar un debilitamiento de un órgano o disminuirle la función que cumple, así como causarle una enfermedad incurable que disminuye su capacidad de trabajo o calidad de vida–. También será posible determinar si la lesión fue producida por acto propio o por acción ajena, distancia del ataque –relevante y posible en ataques con armas de fuego– y señalar la incapacidad para el trabajo como consecuencia de la lesión y la asistencia médica que requiere su curación. Los peritos, en consecuencia, tienen una doble

función: desde el punto de vista médico describen la lesión sufrida y determinan su clase y demás consecuencias; y desde el punto de vista legal, indican aquellas circunstancias que constituyen elemento importante para su calificación [García Rada].

En los delitos de agresión sexual las reglas especiales no están radicadas en las características médico-forenses del ataque sexual, de las lesiones sufridas por la víctima, sino en las características del examen médico legal, por lo demás estandarizadas por la experiencia forense. El respeto al pudor y a los márgenes de reserva de la operación pericial, exige que esta la realice el médico legista y, a lo más, con el concurso de un profesional auxiliar. La presencia de otras personas está condicionada al consentimiento de la persona examinada (por lo general, sus parientes más cercanos que en ese acto la acompañen). No se puede negar, en respeto al derecho a la prueba del imputado, que pueda –si bien no asistir, con exclusión incluso de su defensor– acreditar un perito de parte (artículo 177.2 CPP).

En los delitos de aborto se exige al médico legista, como consecuencia de las operaciones periciales que ha de realizar, informar pericialmente acerca de la preexistencia del embarazo, la existencia de signos demostrativos de la interrupción del mismo, las causas que lo determinaron –que para su castigo habrán de ser motivadas por maniobras abortivas extrañas, no a circunstancias naturales–, los probables autores –no su identificación, como es obvio, sino las características, calidad profesional o conocimientos técnicos de su autor, a partir de los métodos utilizados y daños ocasionados–, y todas las circunstancias posible que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho.

5. Prueba de preexistencia y pericia de valorización

El artículo 201 CPP consagra dos actividades probatorias, una de carácter pericial y otra que exige una acreditación abierta pero tendencialmente necesaria: la preexistencia. Ambas disposiciones tienen en común que recaen en cosas o bienes que pueden ser el objeto del delito y a partir del cual, incluso, puede determinarse el perjuicio sufrido por la víctima.

En todo delito patrimonial, reza el apdo. 1 del indicado artículo 201 CPP, deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito. Con esta finalidad, la norma reitera la norma de idoneidad amplia, sin circunscribirlo a un determinado medio de prueba: documental o testifical. La preexistencia es la existencia de la cosa con anterioridad al delito; equivale a existencia antelada, cosa que ha existido con anterioridad al hecho [García Rada]; lo decisivo no es el acreditamiento de una

titularidad dominical de la cosa cuestionada, sino el acreditamiento de existencia de una situación posesoria previa a la desposesión por parte del imputado. La práctica de esta diligencia queda sujeta a las circunstancias concurrentes en el caso; en consecuencia, no será necesaria una acreditación autónoma y distinta –por ejemplo, con prueba documental o con testigos de preexistencia– cuando el imputado ha confesado su participación y no hubiere motivos para suponer que los bienes objeto del delito no sean de la persona que los reclame. Tampoco pueden rechazarse las declaraciones de la víctima como justificatorias de la preexistencia, más aún si está avalada con actas de incautación o el reconocimiento del imputado. La ley no impone límite alguno a las medidas con las que se puede acreditar la posesión de las cosas por las víctimas del hecho, en la que incluso es admisible su declaración a efectos de la prueba de preexistencia (STSE de 03-02-93). Tal disposición, en todo caso, debe entenderse como excepcional, en caso de duda razonable acerca de la preexistencia del bien objeto de la sustracción, daño o defraudación [ABEL LLUCH]; La valorización o tasación de los bienes u objetos del delito –no necesariamente en delitos patrimoniales– demandará según el caso una prueba pericial. No será necesaria cuando exista otro medio de prueba idónea o sea posible una estimación judicial en atención a su simplicidad o evidencia. Lo superfluo de una pericia de valorización se producirá cuando no es decisivo para la calificación penal del hecho al tratarse, por ejemplo, de un robo, cuya calificación es independiente de la cuantía. El tribunal, como lo permite la ley, puede utilizar sus propios conocimientos para fijar el valor de las cosas, en tanto se trate de valores públicos o notorios, o de montos que según la experiencia general son razonables y no requieren conocimientos especiales.

Por otro lado, la valorización no solo está en función al valor del bien o cosa objeto del delito. Será necesaria la valorización pericial cuando se trata de determinar el importe del perjuicio o los daños sufridos, siempre y cuando se requieran de conocimientos especiales y cálculos técnicos que escapan al conocimiento general del juez.

X. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

1. Fases del procedimiento probatorio

Sin perjuicio de las características específicas que se predican de cada uno de los medios probatorios, se reconoce que el procedimiento probatorio se desarrolla en tres fases sucesivas: proposición, admisión y ejecución o práctica.

2. Fase de proposición probatoria

Sucede, con arreglo al artículo 155.2 CPP, con el planteamiento que formulan las partes en la etapa intermedia. El fiscal en su acusación y las demás partes en los escritos respectivos presentados en esa etapa (artículos 349.1.h y 350.1f CPP). Empero, el rigor preclusivo de proposición se ve mermado en la etapa de enjuiciamiento: 1) solicitud de nueva prueba al inicio del juicio oral, esto es, medios de prueba que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de acusación y los que fueron inadmitidos indebidamente por el JIP (artículo 373 CPP); y, 2) inspección o reconstrucción, y prueba adicional "indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad", en ambos casos de oficio o a pedido de parte (artículos 155.3 y 385 CPP). Se admiten a solicitud del fiscal y de las demás partes.

3. Fase de admisión

Es el acto del juez por el que, previo examen de los requisitos necesarios determina los medios de prueba que deben practicarse. Este acto de admisión debe fundarse en la observancia de los requisitos exigidos, bien con carácter específico en relación con cada medio de prueba en concreto o bien aquellos de carácter general. Así: 1) Solo podrán admitirse los medios de prueba previstos legalmente. 2) Solo deberían admitirse los medios de prueba que comporten licitud en el procedimiento de obtención de las fuentes de prueba. 3) La admisibilidad se condiciona, en todo caso, a los requisitos de pertinencia y necesidad, así como de conducencia y no sobreabundancia. Es obvio que, en el juicio oral, por el rol que está llamado a desempeñar, el tribunal solo puede rechazar una prueba si está ante un manifiesto o relevante supuesto de impertinencia, innecesaridad o inidoneidad.

(i) La pertinencia. Se refiere a que los medios de prueba deben guardar relación lógica o adecuación con el *thema decidendi*. **(ii)** Son innecesarios los medios de prueba que nada acreditan o son redundantes, así como cuando el hecho afirmado es irrelevante o imposible, o cuando se trata de hechos que no necesitan ser probados [Neyra]–. Empero, debe de precaverse del término "eficacia", que importa valoraciones previas –juicios apriorísticos– acerca del probable resultado de la prueba. Apuntan al resultado pretendido en sede de admisión importa un prejuzgamiento, pues la eficacia de la prueba solo puede obtenerse una vez que ha sido practicada toda la prueba y no antes [Pico i Junoy]. De tales premisas fluye el principio de prohibición de anticipar los resultados de la prueba (*verbot der beweisantizapation*). **(iii)** La utilidad o relevancia –significado de la necesidad de

la prueba– se da cuando el medio de prueba tiene aptitud para alcanzar el fin que con él se persigue –o sea, sirve para los intereses de defensa de quien la propone, su actuación puede variar el resultado del juicio– para formar la debida convicción judicial, de lo contrario sería innecesaria por inútil (v. gr.: inspección judicial para apreciar el carácter ruinógeno de una edificación por vicios de suelo). Se ha de admitir la prueba incluso cuando exista duda de su contribución a esclarecer los hechos controvertidos –se requiere, en todo caso, que los criterios para rechazar la prueba sean razonables y seguros–. **(iv)** La sobreabundancia es un supuesto de innecesaridad de la prueba por redundante, esto es, configura un supuesto de inutilidad de la prueba por exceso al hecho que se pretende probar, pues ya está suficientemente probado –implica cantidad excesiva de elementos probatorios referidos a un mismo dato–, cuya apreciación se hace según reglas y criterios razonables y seguros; también cabe un rechazo por este supuesto cuando el hecho es notorio, carece de importancia –por motivos fácticos y jurídicos– [ROXIN]. **(v)** La regla de conducencia o idoneidad significa que la ley permite probar con el medio de prueba ofrecido el hecho por probar; condiciona el medio de prueba para que se adecue a la exigencia de validez de la actividad probatoria; o sea, que el hecho pueda demostrarse legalmente por ese medio –los supuestos de inidoneidad se limitan a pocos casos excepcionales de evidencia objetiva–.

La necesidad de la prueba es fundamental, lo que significa que su práctica debe resultar indispensable y forzosa para la defensa del acusado –que tiene aptitud para variar el resultado del proceso–, a fin de evitar su indefensión –el tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas–. Un medio de prueba admitido puede devenir en inaccesible o ser inasequible, si fracasan los esfuerzos para proporcionarlo y no existen perspectivas razonables de poder lograr la prueba en un futuro próximo; no puede ser hallado. Por otro lado, es posible rechazar la prueba propuesta si se planteara con el fin de dilatar el proceso –presupone la comprobación razonable de que el solicitante es consciente de la imposibilidad de obtener un giro favorable del procedimiento a través de la producción de la prueba– [ROXIN]. En estos dos últimos casos se dará *ex ante* y *ex post*, respectivamente, un supuesto de impertinencia funcional. La imposibilidad de actuación probatoria puede deberse a razones legales y materiales; la primera es cuando se trata de medios de prueba inconstitucionales o ilegales; mientras la segunda es cuando no resulta posible conseguir la actuación del medio de prueba propuesto (desapareció el testigo, falleció el perito). El concepto de innecesaridad de la prueba adquiere relevancia cuando ya ese está practicando la actividad

probatoria en el acto del juicio oral y el juez considere que la prueba inicialmente admitida, pero no practicada, deja de tener interés por haber admitidos, ya que su conocimiento de los hechos cuya prueba se pretende acreditar [Pico i Junoy].

La decisión judicial se formaliza mediante auto especialmente motivado. Contra él solo es posible solicitud de reexamen –remedio procesal–, previo traslado (artículo 155.4 CPP). No es recurrible mediante apelación.

4. Fase de práctica

Ha de efectuarse en el juicio oral, en la estación oportuna. Se inicia esa fase si no existe conformidad procesal (artículos 373.1 y 375 CPP). Las normas generales serán: **1.** Que se respete la contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, garantías que presiden el juicio oral; su práctica se realiza bajo la *cross examination*–interrogatorio cruzado–, el interrogatorio del acusado, formulando, en primer lugar, las preguntas las partes acusadoras y, posteriormente, la defensa, en una o varias sesiones consecutivas respetando el principio de concentración; con el mismo régimen se practicara la prueba testifical y demás medios de prueba. **2.** Que se practiquen, por regla general, en la Sala de Audiencias, aunque excepcionalmente puede trasladarse a otros lugares; el orden será en el que fije el tribunal, salvo el caso de prueba documental que sigue el sistema de listas; en cuanto al tiempo, se practican en el juicio oral y según su naturaleza (declaración imputado, testifical, examen pericial, prueba material, prueba documental), salvo el caso de prueba anticipada. **3.** El CPP introduce otra regla genérica (artículo 155.5 CPP), en cuya virtud en toda actuación probatoria debe tenerse en cuenta el estado físico y emocional de la víctima (existen reglas específicas para testigos menores de edad y víctimas, así como testigos enfermos: artículos 171.2-3, 378.3 y 380.2 CPP).

LECCIÓN VIGÉSIMA PRIMERA

PRUEBA PRECONSTITUIDA, PRUEBA ANTICIPADA, CONVENCIÓN PROBATORIA Y PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

I. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA 'SUMARIAL'

1. Alcances

La regla general, en materia de prueba penal, es que únicamente tienen tal consideración aquellas que se practican en el juicio oral –el tribunal debe apreciar personalmente la prueba para formar su convicción–. No tienen ese carácter los actos de investigación, pues su finalidad es preparar la acusación y el juicio oral; no nace con vocación de prueba, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STCE 31/1981, de 28 de julio). Estos actos reproducidos en el juicio oral, con las garantías del mismo, se convierten en medios de prueba [BARONA].

Se excepcionan a esta "prueba plenarial" la prueba preconstituida y la prueba anticipada –situación excepcional a la regla general–. Ambas tienen en común que se practican con anterioridad al juicio oral y que los actos así ejecutados adquieren valor probatorio por su carácter irrepetible o indisponible –fugacidad del objeto en que recaen– y urgente; cuando las diligencias o actuaciones investigativas son de imposible o difícil reproducción en el juicio oral, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto de aquellas garantías que impiden el abuso de los órganos de investigación (STCE 323/1993, de 8 de noviembre). Esta excepción justifica en mérito a que el proceso penal está sujeto al principio de búsqueda de la verdad material, por lo que es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, y utilizar en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa (SSTCE 137/1998, de 7 de julio; 182/1989, de 3 de

noviembre; y, 217/1989, de 21 de diciembre). La STEDH carta de 20-04-06 insistió en que si hay una causa legítima que impida una declaración en el juicio oral y que se haya respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficientemente de contestar el testimonio de cargo, tal utilización no es lesiva a las exigencias de un juicio justo.

La discusión en torno a estos actos sumariales a los que se les otorga consideración de actos de prueba gira en torno a la vigencia de los principios de contradicción e inmediación. Se estima que la contradicción prima o es más fuerte que la inmediación, y, si bien el primero no puede obviarse, el segundo puede restringirse, excepcionalmente, por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración de medio probatorio (SCCC C-95 de 2005). Los motivos estructurales de procedencia son, precisamente, irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia. Además, estas actuaciones han de traerse al juicio oral y ser sometidas a la contradicción de las partes (STCE n.° 283/1994, de 24 de octubre), así se tiene que las diligencias policiales y de investigación formal, practicadas con todas las garantías, que constaten datos objetivos de cargo, mientras nada revele su irrealidad, son valorables por el juez (STSE de 03-11-98).

Otro de los requisitos de la "Prueba sumarial" es el de carácter formal, en cuya virtud es necesario que esta clase de "prueba" se introduzca en el juicio oral mediante su lectura o reproducción videográfica, para posibilitar la contradicción de las partes.

2. Irrepetibilidad

2.1. Concepto

Es un requisito material de carácter procesal, relativo, no absoluto, que se relaciona con el carácter del acto de investigación y el momento en que este es ejecutado. Toma en cuenta las características del acto, el sujeto que lo ha practicado y su posibilidad de reproducción posterior: imposibilidad de producción del acto de investigación en el juicio oral; esto es, fugacidad de las fuentes de prueba o por su imposibilidad de reproducción en el juicio oral a través de correspondiente medio de prueba (STCE 140/1991, de 20 de junio). Responde a diversas situaciones.

2.2. Irrepetibilidad previsible

Se presenta cuando en el mismo momento en que se realiza el acto de investigación existe la certeza de que no va a poder ser producido plenamente y con garantías de integridad en el juicio oral [ASENCIO].

Las causas de irrepetibilidad serían, que han sido desarrollados en su mayoría por la jurisprudencia (STCE 40/1997, de 27 de febrero) serían:

(i) Material. El acto es imposible de reproducir por su propia naturaleza. Por ejemplo, intervención de comunicaciones, inspección ocular.

(ii) Por la fiabilidad de la prueba. Actos que por el paso del tiempo ven perjudicada su fiabilidad debido a la pérdida de memorias de sus intervinientes o porque pueden ser objeto de presiones por parte de terceros. Por ejemplo, reconocimientos.

(iii) Por la función procesal que cumplen. Actos que tienen como función la determinación del imputado o la del mismo delito. Por ejemplo, reconocimiento del imputado, registros domiciliarios (asegurar imputado u ocupar bienes delictivos), practicados que sean no pueden ser reproducidos, sino ratificados o reproducidos. La ejecución del acto impide su nueva realización en las mismas condiciones.

(iv) Por la concentración del juicio oral. Actos que no pueden dejarse para el juicio oral, pues su ejecución obligaría a continuas suspensiones que lo harían interminable. Por ejemplo, prueba pericial, en lo que son las operaciones periciales sobre análisis de muestras conservadas.

(v) Por la inmediatez y los medios personales, así como por disposición legal. La ley confiere su realización a un órgano determinado y en un momento dado. Por ejemplo, prueba alcoholimétrica. Lo que se practica ya no se repite, pues en esencia es imposible o por razones obvias, de su repetición resultaría un nuevo acto y tal vez distinto del anterior.

(vi) Por razones de orden público. Un acto debe realizarse por razones superiores. Por ejemplo, levantamiento de cadáver; un croquis en un accidente de tránsito procediendo a desplazar los vehículos.

En estos casos su eficacia probatoria, la práctica de la diligencia debe realizarse con contradicción o posibilidad de ella [BARONA].

2.3. Irrepetibilidad no previsible

Se centra en las pruebas personales. Interrogatorios realizados en sede de investigación preparatoria que devienen en irrepetibles por causas no previstas en el momento original, que impiden o imposibilitan llevar al testigo o perito al juicio para ser interrogado o examinado (muerte, desaparición, enfermedad grave). De ser así, bastaría la lectura del acta. Empero, se discute si sería necesario el concurso de la defensa en ese acto para garantizar el contradictorio, pues la lectura solo satisface la publicidad. El concurso de policías actuantes, como testigos de referencia, solo sería factible en situaciones extraordinarias de riesgo o en la inmediatez del lugar o de los hechos. En todo caso la contradicción, no es legal ni materialmente posible, y por lo tanto no es impedimento para su eficacia procesal [Barona]. Tesitura contraria a este supuesto afirma Climent, quien exige la vigencia del principio de contradicción, aunque matizando este planteamiento acote que las garantías procesales que al principio del procedimiento penal pueden ser ya satisfechas se refieren, de un lado, a la presencia o al control judicial –o fiscal–, si ya entonces es posible, y de otro lado, a la presencia del imputado, cuando su concurrencia sea posible y no sea incompatible con el buen fin de la diligencia de investigación que se esté llevando a cabo. El requisito objetivo de contradicción debe estar presente en la realización de la diligencia, siempre que sea factible (STCE n.° 303/1993).

3. Urgencia

Es el segundo requisito de estas actuaciones. Es, asimismo, ajeno a la naturaleza del delito, tiene relación directa con la necesidad de práctica inmediata del mismo con el fin de impedir su ejecución por razones variadas.

La urgencia solo hace referencia a la autoridad ante la cual debe practicarse un acto de investigación que, siendo irrepetible, ha de adquirir valor probatorio, en tanto en cuanto la ley le atribuye funciones específicas. De ser así, la policía, si practica ese acto, no tiene necesidad de ratificarlo en sede judicial; el CPP no obliga a la ratificación.

II. PRUEBA PRECONSTITUIDA

1. Concepto

La denominada prueba preconstituida es, sin duda, el aspecto, hoy en día, de más alto nivel polémico. No está definida legalmente. El CPP tiene señalado en

su artículo 325 el carácter de prueba de las actuaciones objetivas e irreproducibles –que el artículo 425.2 CPP denomina prueba preconstituida–, siempre que se lean en la estación oportuna del juicio oral –forma de reproducción o ratificación-. En verdad no es una prueba en estricto sentido, sino un acto de investigación que adquiere valor probatorio realizado en el propio proceso penal, en etapas anteriores al juicio oral.

Se define como un complejo compuesto por aquellos actos de investigación de carácter material, no personal, objetivos e irreproducibles, que se practican con anterioridad al juicio oral por la PNP o el fiscal [ASENCIO].

Se trata de supuestos que se agotan en la realización de la diligencia de investigación con la consecuencia de ser imposible, difícil o inútil su práctica o repetición en el juicio oral [RIFÁ SOLER]. Se da una irreproducibilidad originaria. Ratifica esta postura la STE n.° 56/2003, de 27 de enero.

La prueba preconstituida versa sobre unos hechos a través de los cuales se constata la existencia de una determinada situación física (registros domiciliarios, vehicular o personal, medición del gesto de alcoholemia), o también la existencia de una relación entre personas (intervención de comunicaciones), que jamás podrá volver a ser igual, a partir del momento en que se produzca la intervención de la autoridad [CLIMENT].

2. Notas esenciales

Son cinco.

A. Son actos de investigación materiales; por tanto, ordinariamente objetivos, técnicos y difícilmente reproducible mediante una testimonial. Por ejemplo, obtención de muestras o levantamiento de vestigios materiales (no tiene sentido declaración del perito que analizó las muestras, pero si –en todo caso– del policía que las obtuvo).

B. No son actos atribuidos al juez de la investigación preparatoria ni necesariamente al fiscal instructor. Adquieren su valor preconstituido por su irrepetibilidad.

C. En el juicio oral solo cabe su ratificación formal, cuando sea necesario llamar a los autores para impugnar el modo en que se han realizado o su reproducción, la cual adoptará la forma más apropiada a su naturaleza. Por ejemplo, inspección ocular o registro domiciliario, comparecerían los policías actuantes a los efectos de impugnar el procedimiento seguido.

Asimismo, en una intervención telefónica solo es necesaria la audición en la vista de las grabaciones.

E. Se introducen al juicio mediante distintas formas adecuada a su naturaleza –requisito formal–. No existe una regla general. Se adoptará la más apropiada al acto, a la garantía de la contradicción y al fin perseguido por la acusación y la defensa. Es inaceptable que se obvie en lectura, audición o visionado y simplemente se dé por reproducida (STEDH Barberá, Messegué y Jabardo, de 06-12-88).

F. El carácter de prueba de este acto de investigación –requisito objetivo–, está condicionado al estricto cumplimiento exacto del procedimiento legalmente establecido. No cabe considerarlos como tales aquellos actos practicados con infracción de las normas esenciales que afecten a la contradicción, a la fiabilidad o a la completitud de los mismos.

3. Conclusión

Todos los actos practicados en sede de investigación preparatoria, en especial en vía de diligencias preliminares, realizados por la PNP y la Fiscalía, podrán adquirir valor probatorio, siempre que hayan sido ejecutados con respeto a las normas de procedimiento y se ratifiquen o reproduzcan en el juicio oral en condiciones que permitan el ejercicio del derecho de defensa. Asimismo, como señala la STSE de 21-01-00, es necesaria que sean obtenidas estas pruebas sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente.

El Informe Policial contiene elementos de prueba preconstituida. Así, por ejemplo, las actas de constancia, pericias, recogida y conservación del cuerpo del delito, levantamiento de cadáver, etc. Las SSTCE 80/1996, 51/1990, 140/1991 y 138/1992 consideran que estos actos, son verdaderos actos objetivos, cuya eficacia se reconoce a la participación policial en exclusivos casos de urgencia [Uriarte/Farto]. No necesariamente las actas periciales, levantadas a mérito de actuaciones urgentes y necesarias, requieren la complementación del testimonio del policía que intervino en ella (STCE n.° 303/1993, de 25 de octubre), por lo que se introducen al proceso como prueba documental: son actos de constancia.

4. Informe Especial de la Contraloría General de la República

El artículo 15, literal f, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley n.° 27785, estipuló

como atribución del Sistema Nacional de Control: "Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.- En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables".

El Informe Especial que se emita (artículo 4.50 Informe Especial de las Normas de Auditoría Gubernamental –NAGU–, aprobadas por Resolución de Contraloría n.° 162-95-CG, publicada el 26-09-95) es, llanamente, un Informe de Auditoría Gubernamental relacionado con la auditoría de gestión y exámenes especiales, así como con algunas auditorías financieras, en el que se detalla los resultados correspondientes del proceso de auditoría y se especifica la evidencia obtenida y los hallazgos encontrados, así como las observaciones inicialmente presentadas y puestas en conocimiento del funcionario concernido (artículo 3.60 NAGU). Contiene una Sección de Introducción –allí se menciona, entre otros puntos, el motivo del examen, su alcance y la comunicación de observaciones, así como una referencia a la información relativa a la entidad examinada–; otra Sección de Conclusiones, que son juicios de carácter profesional basados en las observaciones resultantes del examen efectuado y referidas a la evaluación de los resultados de gestión de la entidad examinada, que culminan con la determinación de la naturaleza de la responsabilidad incurrida –si es penal, la conclusión será revelada en términos de presunción de delito–; y, una última Sección de Observaciones –toda aquella información que a juicio del auditor gubernamental permita conocer hechos o circunstancias que incidan significativamente en la gestión de la entidad auditada– (artículo 4.40 NAGU).

Lo expuesto determina que, en pureza, el Informe de Auditoría Gubernamental es una pericia preprocesal con características singulares por tratarse de un ámbito especialmente complejo y especializado de la Administración Pública, precedida de un procedimiento de auditoría gubernamental realizado exclusivamente en sede de la Contraloría General de la República. Como tal, es propiamente una pericia institucional, de procedencia legal o impuesta legalmente (artículo 173.2 CPP) [ver: Ejecutoria Suprema RN n.° 3108-2013/Junín, de 02-04-2014]. Desde la justicia penal, por consiguiente, esta pericia institucional solo puede ser emitida por la Contraloría General de la República; no puede ser reemplazada por una pericia realizada por peritos nombrados por la autoridad

penal –la norma de la Ley procesal antes citada es preceptiva–. Ello determina su carácter preprocesal –se formula en el ámbito de un procedimiento de auditoría gubernamental–, pero por las bases legales e institucionales de su emisión, su valor legal, en tanto cumpla con las normas NAGU, no puede ser puesto en duda. La valorabilidad de dicho Informe Especial, cumplidas las normas antes citadas, pues, es incuestionable; pero otro ámbito es, desde luego, su valoración. Como es, propiamente, un informe pericial –que integra el complejo de la prueba pericial–, el órgano jurisdiccional, en su día, con arreglo a las reglas de la sana crítica, puede conferirle el valor que corresponde en orden a su nivel o grado de convicción. Desde la perspectiva de la defensa de las partes acusadas, su cuestionamiento solo puede tener lugar a partir de sus errores jurídicos y, en la perspectiva técnica, ha de presentarse una pericia de parte a fin de discutir su corrección científico-técnica.

No se trata, sin duda, como se ha visto, de una prueba preconstituida. Sus notas características no se cumplen. Justificar, a partir de su formulación y aprobación administrativa, el inicio de las acciones legales no hace del Informe una prueba preconstituida y, menos, que se realicen con anterioridad a la intervención de la Fiscalía; esto último solo determina su denominación de pericia preprocesal. Además, no es un acto de investigación de carácter material –típico de la prueba preconstituida–: el Informe Especial es de carácter personal –aporte de peritos, en este caso, de auditores gubernamentales–, que es lo propio de toda pericia, más allá –en lo específico– de las características documentales asociadas a ella.

III. PRUEBA ANTICIPADA

1. Concepto y regulación

El CPP regula la prueba anticipada en el Título IV: artículo 242-246. Se fundamenta en la previsión de imposibilidad de llevar al acto del juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical. Puede definirse como actos de investigación de carácter personal, de carácter irrepetible y urgente, que se realizan por el juez de la investigación preparatoria, bajo las pautas de ejecución del juicio oral –oralidad, inmediación y contradicción–. A diferencia de la prueba preconstituida, su objeto no es documental sino testifical y pericial, y el sujeto que la actúa es siempre el juez –principio de exclusividad jurisdiccional–. Además, a diferencia de la prueba plenarial, es inmediata en su ejecución, pero mediata en su valoración, compartiendo con ella el principio de publicidad. En

definitiva, lo característico de la prueba anticipada es que es típica del juicio oral, de modo que su práctica anticipada se ha de hacer exactamente igual que si se ejecutara en ese acto. Así, interrogatorio. Igualmente, deberá quedar plasmada, de ser posible, en un sistema de grabación que permita su reproducción plena en la vista [ASCENCIO].

2. Ámbito objetivo

Como lo característico de la anticipación probatoria es que es una prueba típica del juicio oral, se circunscribe a la prueba personal: testimoniales –incluye coimputados–, examen pericial –comprende debate pericial–, careos. El artículo 242.1c CPP ha incluido tres diligencias de investigación: reconocimiento, inspección judicial y reconstrucción, que propiamente son pruebas materiales: la inspección judicial, en todo caso, será prueba preconstituida. La reconstrucción y el reconocimiento son, en efecto, prueba anticipada, en tanto importa la declaración –hablada o actuada– de una o varias personas. Como se observa, a diferencia de lo que sucede en la legislación española, el legislador peruano ha fijado el ámbito objetivo para establecer qué diligencias son consideradas como prueba anticipada [ASCENCIO].

3. Motivos de irrepetibilidad

En el caso de declaraciones testimoniales y periciales, incluso careos, el motivo será: **a)** enfermedad u otro grave impedimento; **b)** expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. En el supuesto de reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones: carácter irreproducible y no sea posible postergar su realización; es obvio que esos motivos serán los indicados para los testigos y peritos.

En los supuestos de violencia sexual contra menores es factible la anticipación de prueba en casos de circunstancias excepcionales, que pusieran en riesgo la salud psíquica y moral del menor o por razón de su edad, personalidad o formación [RIFÁ SOLER].

4. Solicitud y práctica

El petitorio será fundado. Están legitimadas las partes procesales. Se presenta ante el JIP en las etapas de investigación preliminar, investigación preparatoria e intermedia –incluso hasta antes de remitir la causa al juez penal para el juicio–. En el petitorio se debe justificar porqué se pide la anticipación probatoria, precisar el

medio de prueba solicitado y su ámbito específico, además de señalar a las partes para su intervención en la audiencia anticipada, a la que fiscal debe concurrir para aportar el expediente fiscal.

De la solicitud se corre traslado por días a las demás partes. Aceptada la solicitud, se señala fecha para la actuación de la prueba –no antes del décimo día de la citación–. La norma, artículo 244 CPP, incluso prevé supuestos de extrema urgencia, que permiten abreviar el plazo.

La audiencia de prueba anticipada es pública y rigen las reglas del juicio oral. Requiere la concurrencia obligatoria del fiscal y del abogado defensor del imputado –la incomparecencia del defensor determina la intervención del defensor de oficio, aunque puede aplazarse por tiempo breve–.

La decisión sobre la prueba anticipada: fundada, infundada o de aplazamiento, es apelable solo en efecto devolutivo, no suspensivo.

5. Reproducción en el juicio oral

El valor probatorio de esta diligencia está condicionado a su reproducción en el juicio oral. La parte interesada debe su actuación: audición, visionado o lectura del acta.

Si la prueba puede repetirse en el acto del juicio oral al haber desaparecido la causa de la irrepetibilidad, se podrá la misma practicar íntegramente, perdiendo, como norma, valor probatorio la anticipada, pero puede ser usada para contrastar y, en su caso, sustentar el fallo [Ascencio].

Sobre el particular la STCE 2/2002 de 14 de enero establece que "[...] en lo que se refiere a las diligencias sumariales cuyo resultado se pretende integrar en la valoración probatoria, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los artículos 714 LECrim [...], hemos resaltado en numerosas ocasiones la necesidad de que en estos supuestos, dado el carácter secreto de la etapa sumarial, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, pues solo de esta manera ante la rectificación o retractación del testimonio operado en el acta del juicio oral [...] el resultado de la diligencia accede el debate procesal público, pudiendo así el órgano sentenciador dar verosimilitud a uno u otro testimonio, y la defensa impugnar su contenido haciendo sobre ellas las alegaciones que tenga por oportunas" [Ortells/Tapia].

6. Decreto legislativo 1307

Prueba anticipada. La prueba anticipada y la prueba preconstituida son dos excepciones a la prueba en sentido estricto: la prueba plenarial, que se fundan en los presupuestos **(i)** de irrepetibilidad o indisponibilidad y **(ii)** de urgencia; la primera recae en la prueba personal (declaraciones, examen al perito, careos, reconocimientos, reconstrucciones o inspecciones), y la otra en las otras pruebas –que adquieren el carácter de documental pública u oficial–. Los supuestos de prueba anticipada están regulados en el artículo 242 del CPP (la norma originaria tiene como fuente el CPP Italiano).

El criterio-base para su procedencia, que la legitima constitucionalmente, es: **(i)** enfermedad u otro grave impedimento, y **(ii)** exposición a violencia, amenaza, promesa de dinero o de otra índole para que declaren falsamente. Se exceptúa de esta regla, según la primera gran reforma de esa disposición, aprobada por la Ley núm. 30364, de 23-11-2005, en los casos de vulnerabilidad –expresión de su justificación constitucional– vinculada a niños y adolescentes, y por dos grupos delitos: contra la libertad e indemnidad sexuales, y contra la libertad.

El Decreto Legislativo núm. 1307, de 30-12-2016, amplía esta institución a las declaraciones, testificales y los exámenes al perito en los casos de criminalidad organizada (Ley número 30077, de 20-8-2013) y delitos contra la Administración Pública (concusión, peculado y corrupción de funcionarios, en todas sus modalidades).

La segunda reforma del citado artículo 242 del CPP no es razonable si se interpreta aisladamente y al margen del fundamento de la institución (interpretación teleológica y conforme a la Constitución). Si el fundamento objetivo y razonable de la excepción a la prueba plenarial –la verdadera prueba– es la indisponibilidad y la urgencia, y en caso de prueba personal es el peligro a la integridad del órgano de prueba, en esos casos es indispensable, para su viabilidad, que existan esos riesgos.

No es que ese medio de prueba solo se actúe anticipadamente, al margen del régimen del juicio oral, con presencia del Juez y siguiendo las reglas de contradicción, inmediación y oralidad –pero que no es el juez del juicio, con exclusión del principio de inmediación de la prueba–. Lo esencial es que el medio de prueba aparezca integrado en una línea secuencial de actuaciones, y a partir de lo actuado instar su ejecución para un aporte de información de calidad –es el principio de eficacia de la serie procedimental, desarrollado por ALVARADO VELLOSO–. Esa línea de actuaciones puede romperse o alterarse por razones muy

justificadas, por lo que la autorización reside en este caso en la indisponibilidad de la prueba, no en la naturaleza del delito o en su complejidad investigativa.

IV. CONVENCIÓN PROBATORIA

1. Reconocimiento legal

Dos normas son importantes: **1.** Artículo 156.3 CPP, en cuya virtud las partes pueden acordar que determinada 'circunstancia' no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. **2.** Artículo 350.2 CPP, por el cual las partes podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando actuación probatoria; también podrán proponer acuerdos sobre medios de prueba, en cuyo caso, al igual que el primero, el juez puede desvincularse mediante resolución especialmente motivada.

La convención probatoria es, entonces, un acuerdo entre las contrapartes en la que se establecen como demostrados unos hechos específicos o circunstancias concretas del complejo del hecho objeto de imputación o en los que se estipula la actuación de determinados medios probatorios para establecer determinados ámbitos del hecho, sin que ello signifique terminación anticipada del proceso, interrupción o suspensión de la acción penal o inmunidad para el imputado [Silva Corredor].

Mediante una convención probatoria se concentra, acelera y se gana tiempo y esfuerzo en el desarrollo del juicio. Concordar sobre aspectos del hecho o determinados medios de prueba permite focalizar la estrategia probatoria de las partes en los puntos controvertidos.

2. Ámbito de funcionamiento

Es de tener en cuenta que se trata de una posibilidad que solo se produce a iniciativa de parte, nunca de oficio, pero está sujeta a la aprobación judicial. Solo ellas tienen a la vista qué es conveniente para su estrategia de presentación del caso en el juicio; solo ellos deben decidir, en consecuencia, acerca del ámbito fáctico susceptible de convención probatoria, pues, una vez aprobadas impedirán controvertir los hechos sometidos a convención en el juicio [Horvitz]. Podrá ser objeto de convención probatoria, en principio, todo aquello que se considere la imputación fáctica objetiva, imputación jurídica, imputación subjetiva, con

excepción de la responsabilidad del imputado –que es materia de la terminación anticipada y, después, de la conformidad procesal– [SILVA CORREDOR].

El valor probatorio de un hecho convencionalmente probado podría ser descartado por una prueba actuada en el juicio oral, al incorporar un elemento que lo desmienta o desvirtúe. El juez, en este caso, es libre de dar por establecidos los hechos sometidos a convención probatoria o, por el contrario, considerarlos desvirtuados por otras pruebas rendidas en juicio; no está obligado a otorgarle un valor probatorio preferente ni tampoco es vinculante, aunque debe explicar el razonamiento de desestimación de la estipulación probatoria. Lo que el juez de la investigación preparatoria debe advertir, en principio, es si esa convención no se contradice con la pretensión o alegación que se hace valer; no ha de afectar ostensiblemente la estrategia procesal asumida por la parte concernida.

Ahora bien, en cuanto a la extensión de la convención probatoria. Se refiere solo a hechos secundarios y a las denominadas circunstancias, pues si no se acude a la terminación anticipada y en tanto el juicio contradictorio exige que la construcción de los hechos se verifique de un modo cognoscitivo y no meramente convencional, no se pueden 'convenir' sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal del imputado, dejándose a la actuación probatoria aspectos referidos a grado del delito, participación, circunstancias modificativas.

La libertad de prueba se limita, a su vez, bajo consenso, cuando se extiende la convención a los medios probatorios. Desde luego, su aceptación estará condicionada a que el medio de prueba escogido sea legal e idóneo.

V. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

1. Definición

Es una medida de seguridad o prevención procesal, mediante la cual se garantiza la vida o la integridad corporal de los órganos de prueba: coimputados o colaboradores, agentes especiales, agraviados, testigos y peritos. Busca evitar inhibiciones que podrían incurrir los órganos de prueba –o sea, que se retraigan–, cuya declaración o exposición podría implicar la puesta en peligro de sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus familiares o allegados más directos como consecuencia de las represalias.

Una característica esencial de la medida de protección es su variabilidad. La autoridad que la dicta está autorizada para hacerlo, motivadamente, en el

curso del procedimiento a su cargo. Puede mantenerla, modificarla o suprimirla –total o parcialmente–. Finalizado el proceso –ejecución cumplida– el fiscal está autorizado para disponer su subsistencia hasta cuando resulte necesaria (artículo 249.2 CPP).

Su ejecución corresponde a la Policía y a la Fiscalía. El Poder Ejecutivo, con el previo informe de la Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reglamentará lo dispuesto en el Título V, dedicado a las medidas de protección. Además, el Poder Ejecutivo en coordinación con la Fiscalía de la Nación, definirá el Programa de Protección (artículo 252 CPP).

El órgano competente para dictarlas es el fiscal, en la etapa de investigación preparatoria y luego de la culminación del procedimiento –aquí, en rigor, está autorizado para disponer la continuación de las mismas–; y, el juez en las etapas intermedia, enjuiciamiento, impugnación y de ejecución (artículo 247.2 CPP). La medida de cambió de identidad y ayuda económica es de decisión exclusivamente judicial (artículo 249.3 CPP).

2. Identificación

Las medidas de protección que pueden adoptarse, conforme a los artículos 248.2 y 249.1 y 2 CPP son diez: **1.** Protección policial. **2.** Cambio de residencia. **3.** Ocultación de paradero. **4.** Reserva de identidad y demás datos personales que permitan la identificación, a los efectos de las diligencias procesales, en el caso de un interno, se comunica a la dirección de Registro Penitenciario del INPE o la que hace sus veces. **5.** Utilización de procedimiento que imposibilite la identificación visual en las diligencias. **6.** Fijación de domicilio para las diligencias en la sede de la Fiscalía. **7.** Utilización de procedimientos tecnológicos de realidad virtual –precede y es condición de esta medida, la reserva de su identidad y/o la imposibilidad de su identificación visual, y, a su vez, la revelación judicial de su identidad en garantía del derecho de defensa– (artículo 248.2g CPP). **8.** Efectiva ocultación de identidad, evitando fotografías o filmaciones, el traslado en vehículos de seguridad, el uso de un ambiente reservado. **9.** Cuando se trate de un interno testigo o colaborador, el juez a pedido del fiscal dispone al INPE que realice las medidas de seguridad, que se encuentre dentro de sus atribuciones. **10.** Excepcionalmente, emisión de documentos de una nueva identificación y medios económicos para cambiar residencia y lugar de trabajo, en el extranjero.

3. Presupuestos

El presupuesto material de la medida de protección, conforme al artículo 247.2 CPP, es la apreciación racional de un peligro grave para la persona, la libertad o los bienes del órgano de prueba o de sus familiares directos como consecuencia de sus obligaciones procesales. Solo ha de requerir un juicio de probabilidad, sobre la base de los recaudos de la causa y a las circunstancias del hecho y características personales y familiares del afectado. La decisión está en función a la noción de prueba libre.

El presupuesto formal es la emisión de un auto fundado o de una disposición fiscal, según el caso. Esta medida la dictará el fiscal en sede de investigación preparatoria, y el juez en sede de las etapas intermedia y de enjuiciamiento.

4. Procedimiento

El fiscal las impone de oficio o a instancia del interesado. En sede de etapa intermedia, enjuiciamiento o ejecución, el juez las impone a instancia del fiscal o de las partes, incluso puede hacerlo de oficio. El principio de rogación exclusivo solo procede para el cambio de identidad y apoyo económico (artículo 249.3 CPP).

El trámite es simple. No se requiere audiencia ni previo traslado, pero es posible realizarlo si su realización no frustra la finalidad de la medida ni aumenta el riesgo para el beneficiado.

La disposición fiscal que ordena una medida de protección es reclamable ante el juez de la investigación preparatoria, que dispondrá lo conveniente. Las resoluciones judiciales referidas a las medidas de protección son apelables sin efecto suspensivo.

5. Límites

En sede de actividad probatoria, a pedido de parte mediante solicitud debidamente motivada, y en tanto sea pertinente, puede levantarse la reserva de identidad del órgano de prueba concernido. Establecida la necesidad de la intervención en el juicio oral del órgano de prueba protegido, el Tribunal juzgará si la revelación de la identidad de aquel es indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, en cuyo caso podrá facilitar el nombre y los apellidos de los protegidos (artículo 250.2 CPP).

El testimonio o examen de los órganos de prueba protegidos traduce un conflicto, de un lado, entre su derecho a la vida e integridad física y, de otro, el derecho de la prensa a transmitir información veraz y, sobre todo, el derecho de la defensa a un juicio público y a interrogar a los testigos y peritos de cargo. El primer derecho es preponderante, dado su carácter absoluto y la exigencia a todos los poderes públicos en su preservación, lo que posibilita la restricción del derecho a un juicio público y de defensa. Pero ello no implica convertir en anónimo a los órganos de prueba, pues cuando prestan declaración, en calidad de prueba, anticipada o plenarial, se ha de desvelar su identidad para garantizar las tachas y que la defensa ilustre al Tribunal acerca de la imparcialidad del mismo –la única excepción es la de los agentes encubiertos, artículo 341.4 CPP, modificado mediante Ley n.° 28950 de 16-01-07– [Gimeno].

Es imprescindible en este aparato diferenciar las instituciones del testigo anónimo y del testigo oculto. El primero, como consecuencia de una medida de protección, no se conoce su identidad; mientras que el segundo solo declara en un ambiente en que no está presente el imputado o en un recinto protegido o a través de videoconferencia, pero cuya identidad siempre es conocida por el Tribunal y las partes procesales.

En el caso del testigo anónimo, la doctrina del TEDH en las SSTEDH Wesser, de 14-02-02, y Birutis, de 28-3-02, matizó su anterior posición asumida en las SSTEDH Kovshi, de 20-11-89, Windisch, de 27-09-90, y Ludi, de 1506-92. Es así que señaló que el testimonio anónimo en el enjuiciamiento puede operar como prueba de cargo. La STSE de 18-06-10 insistió en la excepcionalidad de acogida del testimonio del testigo anónimo, el cual solo puede operar –vistas las limitaciones que existen a la garantía de defensa procesal y principio procesal de contradicción– como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo.

Estos inconvenientes no se presentan con el testigo oculto en la medida que su identidad es conocida y solo se produce una especialidad en la práctica del testimonio, en la medida que se limita su viabilidad por el público y el acusado mediante la interposición de objetos y medios técnicos, de ahí que su declaración tiene eficacia probatoria y su cuestionamiento solo ha de afectar el grado de convicción alcanzado.

LECCIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y PRUEBA ILÍCITA

I. ALCANCES DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

La apreciación de la prueba, que comprende dos momentos: interpretación –o traslación– de la prueba y valoración de la misma, es la segunda fase de la prueba jurisdiccional. Sigue a la práctica o ejecución de las pruebas –que radica en la obtención de información a partir de ellas–. La interpretación es la actividad del juez, orientada a averiguar o establecer los resultados de la prueba. La valoración consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase –y previamente interpretada en cuanto a sus resultados–, que se corresponde con el razonamiento probatorio: realización de la inferencia que permite pasar de las premisas, propias de la primera fase, a la conclusión [GONZÁLEZ LAGIER]. Dos observaciones preliminares son de resaltar. Primero, el resultado de la valoración de la prueba es contextual, esto es, está referido a un determinado conjunto de elementos. Segundo, la libre valoración probatoria es libre en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de dicha valoración [FERRER].

La valoración de la prueba puede definirse, entonces, como la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar si se considera probado el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar. Empero, de la actividad de valoración de la prueba hay que distinguir, según la clásica precisión de Calamandrei, una operación intelectual que es previa a la valoración: la interpretación del resultado de la práctica del medio de prueba. Con antelación lógica a juzgar sobre el valor legal o la credibilidad de los resultados del medio de prueba, el juzgador ha de formarse un juicio sobre el contenido o aporte informativo de cada medio de prueba [ORTELLS].

Practicada la prueba, corresponde al juez, y con relación a cada una de las fuentes-medios, determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es, con referencia a las

fuentes-medios. Se trata, por tanto, sin atender al valor probatorio, de establecer qué es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, qué es lo que realmente se dice en el documento, etc. En este ámbito no pueden existir reglas de prueba [Montero].

La prueba se valora según las reglas del criterio racional o conforme a la libre convicción –ambas locuciones quieren decir lo mismo [Vélez Mariconde]–. La sana crítica racional (artículo 158 CPP) significa que la valoración la realiza el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino advirtiendo la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial. Las reglas de la sana crítica no hacen sino aportar criterios de solidez de la inferencia probatoria, en cuya concreción puede ayudar las pautas de racionalidad epistemológica ofrecidas por la filosofía de la ciencia, que aportan reglas o criterios acerca de las razones de la inferencia probatoria, de las máximas de experiencia y presunciones, y de la hipótesis de un caso concreto [González Lagier]; estas reglas ponen en el terreno del sentido común guiado por la experiencia profesional el principio de libre valoración de la prueba [Pérez-Cruz Martín]. Tal principio constituye una apreciación lógica reconducible a pautas o directrices objetivas [Armenta], que aboquen en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditados o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso (STSE de 4.4.1989). Ello conlleva la obligación del juez de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados (STSE de 11-03-08). La libre apreciación de la prueba se refiere a todos y cada uno de los medios de prueba utilizados en el proceso concreto de que retrate, debiendo el juez valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que a priori pueda concederse valor superior a uno sobre otro (STSE de 23-03-99).

Las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero han de hacerse contar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la arbitrariedad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de los hechos probados [Montero].

Así las cosas, solo se tiene por verdadero –en tanto en cuanto coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron– aquello que resulta probado, y en la medida que resulta probado –un hecho está probado solo cuanto se extraen con éxito algunas inferencias concernientes a su ocurrencia a partir de los

medios de prueba disponibles [TARUFFO]–. Es imperativo que la decisión judicial se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, empero también es inevitable que se trate, en todo caso, de una aproximación relativa.

La libre valoración debe constituir una apreciación lógica de las pruebas reconducible a pautas o directrices de rango objetivo; y, la valoración que conduzca a entender o no fijado un hecho ha de ser susceptible de fiscalización a través de la necesaria motivación de la sentencia.

La soberanía del Tribunal tiene tres limitaciones: **1.** Versa sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral –incluidas las pruebas preconstituidas y anticipadas–: la verdad se determina tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles, la cual solo es una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa [TARUFFO]. **2.** No se puede basar en prueba de prohibida, aquella que vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales. **3.** Se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica [GIMENO]. En virtud de la libre apreciación de la prueba el juzgador es libre para valorarla, pero sin prescindir de ella ni de su necesaria motivación, que la adecuará a los dictados de la razón y de la lógica. Las normas exigen al juez justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente 'correctas' y aceptables.

La valoración de la prueba radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: **1)** la premisa menor es una fuente-medio de prueba (por ejemplo, el testigo y su declaración), **2)** la premisa mayor es una máxima de la experiencia, y **3)** la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar. Las máximas de la experiencia –fundables objetivamente deben determinarse por el juzgador desde parámetros objetivos, que no legales; además, ante la ausencia de la premisa menor: pruebas válidamente practicadas, la absolución es obligada, aun cuando el juzgador tuviere la convicción de la culpabilidad del acusado –la mera certeza subjetiva del juez, no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado–.

Son dos las operaciones intelectuales que exige la prueba: **1.** Descripción del elemento probatorio [esto que se denomina "interpretación"]. **2.** Valoración crítica del mismo, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya [CAFFERATA].

Valoración libre no es, pues, igual a valoración discrecional. Ni esta valoración se resume en la íntima convicción o en la conciencia del juez. Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las que concede o no credibilidad a un medio de prueba, y esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia. El juez se atiene a la prueba, y a las reglas de la lógica y de la razón en su juicio valorativo; él es quien tiene que precisar las máximas de la experiencia utilizadas y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria [Montero]. Su infracción es controlable recursalmente: en apelación y en casación.

Es de insistir que la concordancia de los artículos 158.1 y 393.2 CPP exige específicos parámetros de racionalidad para la valoración de la prueba. El Juez ha de contar con tres parámetros de racionalidad: **(i)** conocimientos científicos, **(ii)** reglas de la lógica, y **(iii)** máximas de la experiencia. El primero, **conocimientos científicos**, importa el conjunto objetivo, explicativo y sistematizado del saber humano, siempre provisorio, verificable y afianzado, proporcionado por las ciencias y compartido por las personas que profesan una determinada disciplina, y que son estimados como verdaderos. El segundo, reglas de la lógica, se refieren al pensamiento lógico formal, el cual exige que el razonamiento judicial debe ser correcto en su forma y coherente en su estructura, para lo cual las premisas deben cumplir con cuatro principios: **1.** No contradicción, en cuya virtud los argumentos deben ser compatibles entre sí, coherentes –todo aquello que es, en cuanto tal, no puede no-ser–. **2.** Tercero excluido, de suerte que entre dos proposiciones, de las cuales una afirma y la otra niega, y se ha reconocido que una de esas proposiciones es verdadera y la otra falsa, no hay una tercera posibilidad –entre dos cosas contradictorias no cabe término medio–. **3.** Identidad, de modo que durante todo el trayecto de la operación mental, durante todo el curso del razonamiento, deben tomarse los conceptos con un contenido invariable, por lo que, si se atribuye a un concepto un cierto contenido –bajo la premisa de su corrección, desde luego–, debe mantenérsele a través de todo el curso del razonamiento –lo que es, es–. **4.** Razón suficiente (criterio formal de fundamentación), de tal suerte que todo conocimiento debe estar suficientemente fundado y dilucida un conocimiento, antes que lógico, epistemológico –propio de la valoración de la prueba, de la formación del juicio de hecho–, que requiere de inferencias adecuadamente deducidas de la prueba, que el razonamiento debe ser concordante y constringente –cada afirmación responde a un elemento de prueba–, y que la prueba debe fundamentar la conclusión y sea excluyente de toda otra. El tercero, máximas de la experiencia, consisten, como dice Stein, juicios hipotéticos de contenido general,

desligados de los hechos concretos juzgados, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos [CERDA – FELICES].

El artículo 157 CPP establece como excepción a la regla de la sana crítica racional para valorar la prueba en casos del estado civil o de ciudadanía de la persona. A su vez, por ejemplo, el artículo 269 CPP establece que el matrimonio se acredita con la copia certificada de la partida de registro de estado civil y, salvo la comprobada falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba. Se trata de una regla que impone y, en su caso, excluye alguna fuente-medio para la prueba de un hecho determinado; en este caso, impone determinado tipo de fuente-medio de prueba: prueba documental y circunscripta a la copia certificada del registro civil. Se trata, al fin y al cabo, de una norma que a la postre –al establecer que un hecho determinado solo puede probarse por una o por otros medios concretos de prueba o que excluyen más fuentes-medios para probar un hecho concreto– tiene similares consecuencias que la prueba legal –que reconoce normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio–. [MONTERO].

El principio del *in dubio pro reo* no funciona para la interpretación de la prueba o descripción del elemento probatorio. Rige para las cuestiones de la culpabilidad y de la punibilidad, así como en la mayoría de los supuestos vinculados a la vigencia de los presupuestos procesales, no así para los vicios procesales; para las cuestiones jurídicas dudosas rige este principio por expreso mandato constitucional, artículo 139.11. Se aplica solo después de que esta se ha producido. Ante la existencia real de una duda cabe su invocación para la absolución.

El estándar de convicción comúnmente aceptado es, como ha quedado expuesto, en las lecciones iniciales, es el de más allá de toda duda razonable –noción acuñada del derecho anglosajón, como *beyond a reasonable doubt*, mucho más exigente que en el ámbito civil, que utiliza como estándar la "prueba preponderante" (*preponderance evidence*) o la "prueba clara y convincente" (clear and convincing evidence)–, que en 1970 consolidó la Corte Suprema Federal USA en el caso Winship. En esa ocasión anotó que tal estándar es el principal instrumento para reducir el riesgo de condenas fundadas en errores de hecho, proporcionando así una sustancia concreta a la presunción de inocencia; exige al juez la necesidad de alcanzar un estado subjetivo de certeza de los hechos en cuestión. Este estándar, que es particularmente elevado y que tiene una naturaleza ético-política, sin embargo, es de muy difícil concreción –definición analítica de su significado–,

pues se ha utilizado, indistintamente sin mayores delimitaciones, tanto el criterio de la vacilación para actuar –Sentencia Holland vs. USA de 1954– como el de la certeza moral en un ánimo no prejuiciado, que no certeza absoluta o matemática –Sentencia Winship vs. USA– [López Masle]. Es, propiamente, un concepto indeterminado que corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde en cada caso, a este nivel de certeza [Taruffo].

La noción de "duda razonable", por su propia naturaleza, rechaza lo que se denomina "cabos sueltos" (elementos de información que se pueden atribuir a defectos de percepción, a errores u otras causas que hacen que normalmente la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas); también excluye las dudas imaginarias puramente hipotéticas (surgen de una revisión hipotética de todas las posibilidades imaginables); por último, quedan fuera las dudas ilógicas, esto es, las que para constituirse requieren aceptar componentes absurdos o irracionales, contrarios a la razón. Por otro lado, una aproximación práctica al estándar de "duda razonable" importa reconocer dos elementos básicos: a) debe tratarse de una duda articulada, vale decir, que exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación y mostrar cómo todos en conjunto construyen una duda razonable; b) la explicación acerca de cómo se constituye la duda en razonable o inaceptable, debe tener alguna base en la prueba actuada en el proceso [Duce/Riego].

El derecho alemán también menciona grados o medidas de prueba. De ese modo se estima que para que el juez se considere convencido según su conciencia, debe alcanzarse una "verosimilitud objetiva", y no una "credibilidad aproximada", lo cual equivale a una (muy) alta probabilidad. Se habla también en ese sentido de la "certeza personal" del juez. Incluso en casos de difícil prueba se exige una "inverosimilitud predominante". El juez ha de haber llegado a una convicción estable sobre los hechos y la responsabilidad penal del acusado; no puede tratarse de una certeza porque, aunque en el proceso se procure acercarse lo más posible a la verdad, que se consiga, o no es algo que difícilmente se podría saber a ciencia cierta [Nieva Fenoll].

Desde otra perspectiva, vista la ostensible vaguedad de la referida noción, resulta indispensable asumir la propuesta de Ferrer. Así:

A. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas –se ha de aplicar correctamente la metodología de contrastación de hipótesis–.

B. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles –no las implausibles ni las incompatibles con los datos del caso o material probatorio del proceso– explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas de las meras hipótesis *ad hoc* –por ejemplo, la hipótesis del complot contra el acusado, que no es empíricamente contrastable, pues para que una hipótesis sea sometida a corroboración se requiere que se puedan formular predicciones contrastables a partir de ella–.

II. MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La motivación es, en cuanto a la parte probatoria, la expresión de la valoración. Ella exige un esquema inductivo –la valoración, por el contrario, exige un esquema deductivo–, que más o menos es el siguiente [NIEVA FENOLL]:

A. Lo primero que el juez debe realizar es una previa ordenación de todo el material probatorio. Ha de reducir a una unidad la dispersión de ideas tras la ejecución de las pruebas, a fin de llegar a un listado de los hechos relevantes jurídicamente –debe lograr una exposición de hechos acompañada del medio de prueba en el que se fundan–.

B. Esta fase de recopilación de los resultados probatorios debe favorecer la deducción, y por ende, evitar conclusiones precipitadas –se sigue el modelo de orientación deductiva–. Así las cosas, lo que debe ser objeto de respuesta es si el hecho delictuoso –con todas su características y elementos fundantes– realmente se cometió, quien realmente lo cometió –si pudo ser otro individuo, distinto del acusado–, y si existieron otros hechos delictivos que el hecho juzgado permita encubrir y ocultar. Ello significa que el juez debe concebir alternativas a las versiones de los hechos, tanto como surjan de los materiales probatorios que tenga entre sí.

C. Una vez deducida una versión de los hechos relevantes jurídicamente es de rigor redactar la sentencia –no se niega la posibilidad de rectificar la versión de los hechos previamente articulada a medida que se avanza en la redacción, pero la correcta estructuración de la fase previa evita

muchas incorrecciones y modificaciones que pueden restar coherencia a la fundamentación del relato–. Si, como consecuencia de lo anterior, no se puede acreditar la existencia del hecho punible y/o su comisión culpable por el imputado –la prueba de cargo es inexistente o insuficiente–, debe aplicar el principio de presunción de inocencia que obliga a absolver al reo.

D. El juez debe excluir la intuición, entendida como la capacidad de lograr un conocimiento directo, una percepción inmediata sin la observación o la razón. El juez no puede prescindir de las reglas de la carga de la prueba –material, en lo procesal penal–, de la presunción de inocencia y hasta de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada. Por lo demás, invocando "las máximas de la experiencia" no puede sustituir aquello que las pruebas dicen, o colmar las lagunas de lo que no han dicho.

E. Lo anterior da lugar a la aplicación de una regla básica: "lo que no se puede motivar legítimamente no existe". La declaración de hechos que ha de tener toda sentencia se forma de lo que resulta de la actividad probatoria, no sobre aquello que intuyan los jueces. Por tanto, si el proceso de valoración se violan principios lógicos o las argumentaciones son contradictorias, insuficientes o defectuosas, se emitirá una sentencia con errores *in cogitando* [Chaia].

Como se llega a las conclusiones probatorias por razones objetivas, el juez debe motivar esas razones, las cuales deben ajustarse "a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia" (artículo 158.1 CPP). Cada medio probatorio, de uno u otro modo, tiene sus propias reglas de valoración, de suerte que en impugnación si se advierte la máxima o regla infringida y se demuestra su relevancia para el juicio final de la sentencia, no queda otro camino que la revocación del fallo sentencial. En estos casos el examen impugnativo de la sentencia se centra en lo que es objetivable, en el examen de las razones concretas que condujeron al *iudex a quo* a una determinada conclusión.

Ante esto, se puede cuestionar en apelación estas deficiencias a partir de una doble vía:

A. Impugnar la lógica del razonamiento judicial. En la prueba testifical, por ejemplo, es posible analizar desde las actas o grabaciones si la exposición fue coherente, estaba corroborada, contextualizada y no contenía detalles oportunistas; por consiguiente, si se da validez a un testimonio con algunas de estas falencias, en tanto fueran relevantes, se concluirá que las valoraciones de la prueba no se guiaron por criterios lógicos. Tal es la

amplitud del examen que incluso el *iudex a quem* puede reinterpretar toda la resultancia probatoria.

B. Impugnar la propia motivación. Se presenta cuando la propia motivación de las razones por las que el *iudex a quo* ha alcanzado una conclusión probatoria es inexistente –falta, por ejemplo, el análisis de credibilidad de las declaraciones– o su expresión deficiente. No obstante ello, pueda ser que la motivación sea insuficiente, pese a lo cual el *iudex a quem* puede confirmar la sentencia de primera instancia, en la medida en que sea factible incorporar en su análisis los criterios lógicos y objetivos correspondientes.

En casación –que incluye, al igual que el control de legalidad, el de la interdicción de la arbitrariedad de las decisiones judiciales– también es posible analizar la valoración probatoria, y lo puede hacer en tres supuestos muy concretos:

A. Cuando el juez de apelación pasó por alto la aplicación de una norma de prueba legal –en lo penal se puede producir esta vulneración respecto de la prueba del estado civil o de ciudadanía de las personas (artículo 157.2 CPP)– o vulneró las exigencias de la prohibición de valoración probatoria (artículo 159 CPP).

B. Cuando el juez de apelación sobrepasó los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de manera que sus conclusiones no están sustentadas en ninguna lógica racional (artículo 158.1 CPP).

C. Cuando el juez de apelación acudió a la última ratio del ordenamiento probatorio, la carga de la prueba –la presunción de inocencia en materia penal (artículo II.2 TP CPP)–, antes de tiempo; es decir, que haya prescindido de valorar el material probatorio obrante en autos y haya presupuesto que era insuficiente.

Debe quedar sentado que el mito de la inmediación –visto como un todo, pero solo circunscrita en caso de prueba personal a la percepción sensorial por el tribunal de instancia, no niega el control de su valoración racional por el tribunal de revisión– debe ceder ante la tutela jurisdiccional efectiva que solo es posible mediante la racional, metódica y analítica disección de las pruebas interrelacionadas en forma lógica (SSTSE de 09-12-05 y de 26-09-06).

III. REGLAS VALORATIVAS INCORPORADAS LEGALMENTE

Se trata de reglas valorativas, próximas a la prueba legal –reglas legales de valoración de prueba–, incorporadas en algunos casos por la jurisprudencia y en otros por la ley, para garantizar el valor de pruebas de cargo de determinadas declaraciones o actuaciones procesales de relevancia probatoria [Asencio]. En nuestro país la mayoría de ellas fueron desarrolladas jurisprudencialmente en diversas ejecutorias y acuerdos plenarios. Sin perjuicio de ello, el CPP aborda explícitamente la prueba indiciaria (artículo 158.3 CPP) y la prueba anticipada (artículo 242 CPP), enuncia la prueba preconstituida, consagra la ineficacia probatoria de la denominada "prueba prohibida" (artículos VIII TP y 159 CPP), y menciona el testimonio de referencia (artículo 158.2 CPP), las declaraciones contradictorias (artículo 378.6 CPP) y el silencio del imputado (artículo 376.1 CPP).

La presunción de inocencia, como se sabe, está en el centro de tres grandes problemas operativos en materia probatoria. **1)** La calidad de la prueba: la prueba plenaria y sus excepciones, y la prueba prohibida, que genera la inutilización de las evidencias que vulneren el contenido esencial de un derecho constitucional (todo esto se puede denominar: el derecho a la prueba auténtica). **2)** La cantidad de prueba, que se asocia al concepto de "prueba suficiente" (es posible denominarlo: el derecho a la prueba de cargo). **3)** Las pruebas escasamente fiables cuando son pruebas únicas: confesión (artículo 160 CPP) declaración de la víctima, declaración de los coimputados, filmaciones e indicios, entre otras.

Es de resaltar que Vásquez Sotelo incorpora la prueba indiciaria dentro de la prueba escasamente fiable, aunque creo que lo hace a partir de un inicial modo de acercamiento a ella por los tribunales, que consideraron posible su utilización como una alternativa ante la falta de prueba directa –era un subrogado– y para evitar la impunidad; dato que, por cierto, expresamente rechaza y que luego desarrolla ampliamente.

IV. LA PRUEBA INDICIARIA

1. Aspectos generales

1.1. Concepto y alcances

La Corte Suprema la abordó ampliamente en la Ejecutoria Suprema n.º 1912-2005/Piura, de 06-09-05. Se puede definir la prueba indiciaria –también

llamada indirecta, circunstancial o coyuntural– como una prueba que sirve para establecer en el proceso penal como sucedido un hecho no directamente probado, fundada en puridad en indicios concluyentes periféricos al hecho que se quiere acreditar –que están alrededor del hecho consecuencia, que es el tipo legal sancionado–, interrelacionados y no desvirtuados por otros contraindicios o coartada. En igual sentido se pronunció el Tribunal Constitucional (ver: STC n.° 728-2008-PHC/TC), y, sobre todo, la CIDH (ver SCIDH CASTILLO PETRUZZI, de 30-05-99).

Esta precisión se basa en una distinción funcional, resaltada por Bentham –que consideró la única significativa–, que se funda en la conexión entre las pruebas y los hechos que integran el objeto procesal –los hechos que deben ser probados–: prueba directa y prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, según tenga que ver con hechos principales o con hechos secundarios o circunstanciales. En consecuencia, prueba circunstancial es aquella que no tiene por objeto el hecho principal, sino un hecho secundario del que puedan extraerse inferencias relativas a la hipótesis sobre el hecho principal.

Como tal, es una prueba crítica o lógica e indirecta. La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido, objeto del proceso penal. Este poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos [DEVIS ECHANDÍA]; no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las nuevas reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba (STSE de 05-03-04).

En la actualidad los indicios son utilizados y permiten establecer elementos de contacto entre hechos desconocidos y aquellos conocidos, siendo aceptados como plena prueba, resultando una fuente importante de conocimiento, pues el saber humano sería escasamente desarrollado si se limita a la percepción directa, al saber empírico o a la apreciación en vivo de cada cuestión [CHAIA]. En todo caso, es claro sostener que la prueba indiciaria no es una prueba subsidiaria –en defecto de la prueba directa– o de segundo grado; no existe jerarquización entre ambas ni una prevalencia general de la prueba directa sobre la prueba indiciaria. Respecto de esta última, la solidez de la afirmación base depende del medio o medios de prueba utilizados. Esta ausencia de diferencias cualitativas desde el plano epistemológico –solo se diferencia en el mayor número de pasos o secuencias inferenciales que

requiere la prueba indiciaria– autoriza a concluir que tiene entidad para alcanzar el estándar probatorio del "más allá de toda duda razonable", siempre que la inferencia no sea tan abierta que permita tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Otra distinción funcional importante, vale puntualizar, es la existente entre prueba de cargo –prueba positiva–, cuyo objeto es demostrar loa verdad de un enunciado fáctico, y prueba de descargo –prueba negativa o contraprueba–, que tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, que el hecho no sucedió. Esta última distinción se basa en la relación entre los medios de prueba y el hecho que tiene que ser probado [Taruffo].

Esta prueba nace del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas, su importancia radica en que, en muy varios supuestos, los indicios y su influencia son los únicos medios de llegar al esclarecimiento de un hecho delictivo y al descubrimiento de sus autores (STSE de 26-11-99). Así las cosas, la prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia se puede obtener, ha declarado la STEDH Irlanda vs. Gran Bretaña de 18-11-78, de la coexistencia de inferencias suficientes consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas.

El procedimiento judicial para valorar la prueba indiciaria se construye a partir de dos fases, que deben explicitarse –requisito formal imprescindible– [Fernández López]. La motivación ha de ser suficiente, de suerte que se debe indicar el enlace entre los hechos base o indiciantes y los hechos consecuencia, así como exponer con claridad por qué se llega a una determinada conclusión, si fuera la única posible, o por qué se escoge precisamente esa, si fueran varias las posibilidades. Si no se respeta las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos (STSE de 11-04-95).

La prueba indiciaria no es un auténtico medio de prueba –cualquiera de estos puede ser indirecto cuando tienen que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal–, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos (STSE de 13-07-96). Con tal finalidad, se erigen en un tipo de prueba, construida por requisitos propios, de necesaria concurrencia; vale por sí misma, es una prueba en sí misma, no es de aplicación subsidiaria o supletoria [Rosas Yataco]. Para su valoración se acude a un conjunto

de reglas de seguridad que permiten sostener la corrección de la conclusión judicial, que precisamente importan el cumplimiento de sus requisitos constitutivos.

El grado de apoyo de la prueba indiciaria depende, así las cosas, de dos tipos de factores: **(i)** el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario –que es propia de toda prueba–; y **(ii)** el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación –que es el problema principal de esta clase de prueba, situado en la naturaleza de la 'regla de inferencia'– [TARUFFO]. Se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflexionarse en la sentencia (STCE 133/1995, de 25-09-95).

2. Objeto de prueba

La actividad procesal de índole probatoria recae sobre un triple objeto, a saber, los hechos, la costumbre y el derecho extranjero [GARBERÍ]. Desde luego, el objeto de la prueba más importante son los hechos –datos de hecho– o, más exactamente, las afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas, en tanto en cuanto se trata de hechos de importancia para la decisión judicial: lo relevante y lo necesario en materia fáctica.

El Derecho nacional o supranacional directamente aplicable en Perú no tiene que ser objeto de prueba, porque en el oficio del Juez está comprendido el deber de conocer aquel Derecho: *iura novit curia* [DE LA OLIVA].

Los hechos objeto de prueba pueden pertenecer al mundo exterior o ser hechos internos (dolo, error, defecto psíquico). También pueden ser hechos jurídicamente relevantes de un modo directo, como los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión procesal. Asimismo, pueden ser hechos relevantes de un modo indirecto, como los hechos-base para la presunción o para determinar el valor probatorio de otro medio de prueba [ORTELLS].

Como ya se anotó, el derecho extranjero y la costumbre, a diferencia de la norma jurídica vigente, también son objeto de prueba. Respecto del derecho extranjero no rige la regla *iura novit curia*, en el entendido de que la existencia del Derecho extranjero no se circunscribe a la vigencia y a la literalidad de un determinado precepto positivo, sino al modo en que es entendido, interpretado y aplicado. Análogamente, respecto de la costumbre, no solo debe acreditarse la realidad de una conducta repetida, sino que es preciso un convencimiento judicial acerca de la denominada *opinio iuris seu necessitatis* [DE LA OLIVA].

Atento a lo precisado inicialmente, deben aclararse los conceptos de prueba inútil y de prueba impertinente, vinculados al tema de la admisibilidad de la prueba. La primera, también denominada "prueba inconducente", es aquella que, según la experiencia, cabe razonablemente conjeturar que no logrará el resultado apetecido, pues existe inadecuación de medio a fin. La segunda –prueba impertinente– es, en cambio, la prueba no relativa a hechos que guarden relación con el objeto del proceso, es la que no pertenece al ámbito objetivo del proceso, a lo no relevante (*quae ad obiectum non pertinent*) [De La Oliva].

El artículo 155.2 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– menciona la impertinencia y la ilicitud de la prueba. El artículo 352.5,b), del CPP alude a la pertinencia, conducencia y utilidad. El artículo 156.2 del CPP hace mención a lo imposible y lo notorio como supuestos de exclusión de actividad probatoria. Las "...*pruebas prohibidas por la ley*...", a que se refiere la primera regla invocada, se circunscriben a aquellas –fuentes de prueba– obtenidas con vulneración de la legalidad (constitucional u ordinaria) que pretende incorporarse al proceso a través del correspondiente medio de prueba –de actuarse procede su inutilización al momento de su apreciación–; institución que también comprende la ilegalidad de los medios de prueba (no autorizados por la ley, y proposición y práctica fuera del marco legal) y que obliga a su no apreciación. La prueba de lo imposible –que no prueba imposible– se refiere a aquello que desdice de lo cotidiano y previsible, lo que va clamorosamente contra la ciencia.

No se prueba el hecho notorio (artículo 156.2 CPP), que es un concepto indeterminado y relativo, pues depende del lugar y del tiempo, así como del nivel cultural de las personas. Se trata, en todo caso, de hechos que, por tener a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y, en general, a las nociones que se manejan en el trato social de la gente, son conocidos y tenidos por ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media [Pietro-Castro].

La notoriedad, empero, debe ser absoluta y general. Equivale a hecho tenido por cierto por toda la colectividad en cualquier lugar, general, no reducida a un hecho conocido solo entre un grupo o clase determinada [Asencio]. Son hechos notorios, por ejemplo, los sucesos de la naturaleza y los acontecimientos históricos, y todos aquellos hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se puede informar en fuentes confiables (enciclopedias, mapas y similares). También puede presentarse un conocimiento general semejante cuando el conocimiento está limitado a un círculo determinado de personas (v.gr.: los habitantes de una zona con respecto a la situación local). Si los hechos notorios no son evidentes, si la notoriedad no es indiscutible, debe

realizarse actividad probatoria sobre ellos. El hecho notorio, como es obvio, debe ser conocido por el juez [GIMENO].

Notorios son, además, los llamados hechos notorios judiciales. Se trata de todo aquellos que el juez llegó a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial. Ante todo son notorios judicialmente los acontecimientos que han constituido el fundamento de la decisión, de forma siempre invariable, en un gran número de procedimientos penales. Son suficientes las constataciones hechas en las sentencias de otros jueces. Se requiere, como se anotó, que lo notorio sea evidente, pero podría aceptarse la prueba en contrario, presentando circunstancias nuevas y no conocidas hasta el momento –no basta la sola negación de lo notorio– [ROXIN].

Debe diferenciarse, sin embargo, la notoriedad de la ciencia privada del juez y de las máximas de experiencia. La ciencia privada del juez hace referencia a hechos conocidos privadamente por el juez fuera del proceso. El juzgador los conoce de manera particular, por lo que su introducción en la sentencia, indebida por cierto, hace incurrir en incongruencia y vulnera la garantía de imparcialidad. Los hechos notorios, empero, son conocidos y tenidos como ciertos por una colectividad de individuos, dentro y fuera del proceso.

Las máximas de experiencia, según STEIN, "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos". Son, en definitiva, reglas de la lógica, de la ciencia o de la técnica –reglas de la sana crítica–. La diferencia con los hechos notorios radica en el objeto de conocimiento: la notoriedad está referida a 'hechos', la máxima de experiencia está referida a 'conceptos', esto es, a reglas de la técnica o de la experiencia, normas no jurídicas, que auxilian al Juez en la apreciación probatoria.

3. Necesidad de prueba

Mientras en el proceso civil, informado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos controvertidos, en el proceso penal –como consecuencia de la máxima de instrucción o principio de investigación (artículos IV.2 TP, 61.1 y 2, y 321.1 CPP)– rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados (artículo 156.1 CPP). Todos los hechos que fundan una sentencia deben ser probados [VOLK]. Se trata de esclarecer la verdad, como meta del procedimiento penal, reconocido

indirectamente por el artículo 385.2 CPP, por lo que, ante la inactividad de las partes, corresponde al juez esclarecer los hechos debatidos.

Debe diferenciarse, como ya se anotó, entre los hechos principales, los indicios y los hechos auxiliares. **1)** Hechos principales o fundamentales, son aquellos a través de los cuales se define un elemento del tipo (u otro elemento de la estructura del delito), esto es, aquellos que fundamentan por sí mismos la punibilidad o la excluyen. **2)** Indicios o hechos base o hechos indiciantes, son aquellos hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante –hecho indiciado, hecho presunto o hecho consecuencia–, mediante principios de experiencia [Schlüchter] (v.gr.: X antes del asesinato amenazó de muerte a Z o después del hecho quitó manchas de sangre de su pantalón) –de los indicios se deduce un hecho principal; permiten llegar a una conclusión (hecho presunto) sobre la base de circunstancias directamente graves [Roxin]–; su importancia solo es indirecta. **3)** Hechos auxiliares, también de relevancia indirecta como los indicios, se circunscriben a consolidar la calidad de un medio de prueba (v.gr.: la veracidad o la memoria de un testigo).

Una cierta relativización del principio de necesidad de prueba está contenida en los artículos 156.3 y 350.2 CPP, que, como tal, debe interpretarse restrictivamente.

* La primera disposición, de carácter más general pues se ubica en las disposiciones generales sobre la prueba, autoriza un acuerdo probatorio entre las partes, circunscripto a la prueba de una "circunstancia" (hechos que están alrededor del proceso y que determinan una mayor o menor intensidad de la respuesta punitiva). Si las partes así lo hacen –en el acta de la audiencia debe plasmarse el acuerdo–, tal circunstancia se valorará como hecho notorio.

* La segunda disposición es más amplia, y se circunscribe a la etapa intermedia. Hace mención a "hechos" en general, lo que importaría obviar su actuación probatoria. También incorpora los tipos de medios de prueba necesarios para dar por probado un hecho. En ambos casos, sin embargo, el juez, motivadamente, puede denegarlos. Tal caso se producirá, por ejemplo, cuando contraría las bases epistémicas de las pruebas (prueba inidónea o inasequible), colisiona la línea de defensa material que siempre sostuvo o expresó en la audiencia preliminar, o se aparta irrazonablemente de los elementos de convicción actuados en la etapa de investigación preparatoria. Además, la desvinculación de ese acuerdo puede producirse con motivo de

la actuación probatoria por el Juez Penal, cuyos resultados lo contradicen. En ese caso, desde luego, prima las bases cognoscitivas del proceso penal.

Debe quedar claro, a partir de lo expuesto, que existe un régimen jurídico de la prueba penal. Dos notas deben destacarse. La primera, que se ha objetivado y para lo cual constan las reglas establecidas, con mayor rigor, en el Código Procesal Penal (definición, delimitación, identificación, prohibiciones, autorizaciones, inutilización, etcétera). La segunda, que el aspecto subjetivo valorativo se ha supeditado a las reglas de la sana crítica racional (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos), conforme a los artículos 158.1 y 393.2 del CPP [ASENCIO].

4. Clases de prueba

Existen, por lo menos, cuatro perspectivas clasificatorias de la prueba penal [HUERTA MARÍN].

a Prueba directa y prueba indirecta. Se diferencia en función a dos consideraciones:

i. En función de la relación que existe entre el órgano judicial y la fuente de prueba –según exista coincidencia o divergencia entre el hecho a probar y el hecho percibido–. La prueba será directa cuando no existe un elementos interpuesto entre el juez y la fuente de prueba (reconocimiento judicial), mientras la prueba indirecta se produce cuando se da la relación mediata, por la existencia de un ente intermediario entre juez y la fuente de prueba (los demás medios de prueba).

ii. En función al objeto sobre el que recae la prueba –según el modo o la manera como el objeto de la prueba sirve para demostrar el hecho que quiere probarse–. Será directa cuando se practica un medio de prueba dirigido a acreditar el supuesto de hecho del precepto legal cuya aplicación se solicita, mientras que la prueba indirecta (o indiciaria) iría dirigida a la prueba de hechos (indicios) a partir de los cuales puede inferirse la existencia del hecho principal (hecho presunto).

b Prueba personal y prueba real. Toma como diferencia a la naturaleza de la fuente de prueba, que puede ser personal (pruebas testifical, pericial, confesión, careo) y real (prueba documental).

c Prueba preconstituida y prueba causal. Está en función al momento en que se configura la prueba. Será preconstituida cuando la misma queda configurada con carácter previo al proceso, mientras que la prueba causal se perfila y forma una vez iniciado el proceso.

d Prueba plena y prueba semiplena. Toma como referencia el grado de convicción obtenido por el órgano jurisdiccional. Será plena cuando la ley exige el pleno convencimiento del juez, mientras que la prueba semiplena solo exige una mera probabilidad o la verosimilitud del hecho objeto de prueba.

Cabe insistir, a partir de lo expuesto en el parágrafo segundo, que solo tras la prueba y su valoración pueden, de ordinario, fijarse como ciertos unos hechos en virtud de presunciones o prueba por indicios. Solo existe innecesariedad o dispensa de la prueba en el caso de los hechos notorios (siempre, relativamente, en este último caso). No hay hechos presuntos eficaces hasta después de la prueba. Para el juego del mecanismo de la deducción del hecho presunto resulta necesario, en la misma forma que para la fijación de otros hechos, la prueba del hecho indicio. Las presunciones exigen, en general, la prueba de los hechos base o indicios [De La Oliva].

5. La presunción judicial o la prueba por indicios – Aspectos generales

Nuestro Código Procesal Penal regula la prueba por indicios en la Sección Segunda, La Prueba, del Título Primero, Preceptos Generales, del Libro Segundo, La actividad procesal. El artículo 158 CPP, bajo el *nomen iuris*: 'Valoración', incluye, primero, el sistema de valoración de la prueba –sana crítica racional: artículo 393.2 CPP–; segundo, una medida o máxima de seguridad en materia de testimonios de escasa credibilidad; y, tercero, una regulación sobre la construcción de la prueba por indicios, que "...fija pautas o reglas de naturaleza interna y de forma" [Ortells].

Dice el artículo 158.3 CPP: "*La prueba por indicios requiere: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes; y, d) que no se presenten contraindicios consistentes*". Éste dispositivo no es un concepto legal de prueba por indicios – que es un complejo constituido por varios elementos (STSE de 11-3-1991)–, sino un enunciado de sus diversos requisitos: prueba del indicio y su pluralidad, un determinado razonamiento –de carácter deductivo– y la plasmación de tal proceso deductivo en la sentencia [Asencio].

La indispensabilidad para afirmar la necesidad de la prueba por indicios descansa en la exigencia social de evitar la impunidad (STSE de 6-6-2001). Su validez se encuentra en el "principio de normalidad", esto es, reglas de la vida que se obtienen mediante la generalización de casos concretos que tienden a repetirla [PASTOR]; o, mejor dicho, según el cual, en el acontecer de las fuerzas de la naturaleza, incluidas las actividades humanas, existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos [SERRA].

Por lo demás, la prueba por indicios es la más frecuentemente utilizada en el proceso penal –fuera de los casos de aprehensión en flagrante delito o, en otros, en los que pueda probarse el enunciado fáctico por prueba directa (muy pocos, en realidad)– [FENECH]. Su eficacia para enervar la presunción de inocencia ha sido afirmada por tribunales internaciones, así por ejemplo la STEDH Tahsin, de 8-4-2004, que afirmó: "*la norma requerida a los fines de la Convención de la prueba 'más allá de toda duda razonable', podrá seguir de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas*..."; y, las Sentencias de los Tribunales Internaciones para la ex Yugoslavia y Ruanda, casos Delalic (20-2-2001) y Kamuhanda (22-1-2002) [CORDÓN].

Los indicios tiene una larga historia y si bien en el derecho romano no se encuentra una doctrina elaborada de ellos, aunque su uso está atestado de los mismos, en el derecho canónico, de la Iglesia, que le dio mucha importancia por su sistema de pruebas legales, es donde se estructuró la dogmática de los mismos [MANZINI]. Indicio, como dice MOMMSEN, está referido especialmente a los términos *argumentum* o *signum*, que designaban la posibilidad de una convicción judicial aun sin testimonios u otras pruebas directas (según el DLE, indicio es la acción o señal que da a conocer lo oculto, o según el latín "*index*", que significa indicación). Se le ha descripto a partir de una noción más amplia como "presunción". Ésta, como apunta COVIELLO, es la inducción de la existencia de un hecho desconocido de la existencia de otro hecho conocido, sobre el presupuesto de que tiene que ser verdadero para el caso concreto lo que ordinariamente suele ser verdadero para la mayor parte de los casos en que ese hecho entra [LEONE]. La *praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis* –propio del indicio– se da, precisamente, cuando la inferencia la hace el juez, constituyendo, por tanto, una operación mental del juez [LEONE], a partir de la existencia de un nexo lógico entre un hecho conocido –plenamente acreditado– y el hecho desconocido (hecho presunto).

Es menester acotar que la institución de la prueba por indicios no está regulada en el Título II de la Sección II del Libro I del CPP, sobre medios de prueba.

Legislativamente, por tanto, se rechaza que la prueba por indicios esté configurada como un medio de prueba adicional. Más bien se encuentra entre los sistemas o mecanismos para la fijación de los hechos, ciertamente relacionados con la prueba, pero distintos de ella [De La Oliva]. Por tanto, no hay proposición, ni práctica de esta prueba. Hay construcción y utilización de razonamiento presuncional en la sentencia, siempre que concurran las condiciones legales para ello. Es un método probatorio [Gómez Colomer].

La prueba por indicios forma parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual (técnica de prueba), por lo que es propio de la fase de valoración de la prueba [Gimeno]. Es un método de prueba judicial [Gómez Colomer], de aplicación general a cualquier tipo de delitos, especialmente los de clandestinidad o de organización delictiva. No es más que un esquema de razonamiento que cabe utilizar a propósito de cualquier medio de prueba. Los indicios no surgen de medios de prueba distintos a los conocidos, sino que provienen de ellos, de cualquier elemento de prueba que apunte, describa o ayude a descubrir el hecho investigado [Chaia].

La presunción judicial o *ab hominis*, que es sinónimo de prueba por indicios –que, en todo caso, es su máxima expresión [Leone], según afirmara Bentham–, puede definirse como las "*operaciones intelectuales, consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado –la regla de enlace o conexión la establece el Juez– (es un juicio crítico, basado en la lógica , la ciencia o la experiencia), que consisten en tener como cierto un hecho –el hecho presunto o el hecho indicado o el hecho consecuencia– a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho –el hecho indiciante o el hecho base o el hecho indicio–*" [De La Oliva]. Se trata de un proceso deductivo, de suerte que las inferencias acerca de la veracidad de un enunciado fáctico se obtienen tomando otro hecho como premisa [Taruffo]. Su fundamento se encuentra en un juicio de probabilidad cualificada, en cuya virtud se permite pasar de un hecho indicio A al hecho presunto B, porque es altísimamente probable, según distintas máximas de experiencia –reglas empíricas de acierto frecuentemente comprobado– a, que, dándose A, se dé B [De La Oliva].

El indicio es, pues, un elemento de hecho distinto al mencionado en el tipo penal –al supuesto fáctico de la disposición legal–, pero que puede revelarlo o indicar aspectos sobre él –no tiene naturaleza subjetiva [Asencio]–. Es, propiamente, una circunstancia de hecho cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar [Manzini]. Quien pretende echar mano a los indicios en la comprobación judicial de un hecho, debe reunir e interpretar diversas circunstancias y elementos para luego

relacionarlos entre sí a propósito de determinar lo sucedido [CHAIA]. El enlace o inferencia –la presunción–, debe ser preciso y directo, según las reglas de la sana crítica: reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. El hecho presunto vale como cierto, salvo prueba en contrario –entre ella, la existencia de un contraindicio consistente–.

La prueba por indicios, entonces, es una forma esquemática de exponer el razonamiento propio de la lógica formal. Se expresa a través de la descripción del presente silogismo: **1.** Hecho base o indicio (premisa menor) –punto de apoyo de toda presunción, de carácter indirecto y sobre el que se asienta el resto de los demás elementos–. **2.** Reglas de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos (premisa mayor). **3.** Hecho presunto o presumido (conclusión) –consecuencia que se deduce del hecho básico– [NIEVA]. La premisa menor, es una comprobación de un hecho concreto; la premisa mayor, es la problemática y ha de estar fundada en la experiencia o en el sentido común; y, la conclusión –hecho presumido–, sacada de la referencia de la premisa menor (hecho concreto y cierto) a la premisa mayor (abstracta y problemática) –a lo abstracto se une lo concreto– [MANZINI].

La función indicativa de la prueba por indicios se inicia con uno o más hechos comprobados y desde allí, mediante diversos razonamientos, resulta posible demostrar otros hechos, o bien fijar el hecho principal que hasta ese momento era desconocido [CHAIA]. El resultado de esta prueba, aplicada con diligencia, no es inferior al de la prueba directa [CARNELUTTI]. Es, como ya se anotó líneas arriba, una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedarían impunes innumerables delitos. Ahora bien, las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escritura, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etcétera, han acrecentado enormemente la importancia y el empleo práctico de la prueba por indicios [DEVIS].

El artículo 158.3 CPP, a final de cuentas, se orienta a imponer estándares racionales en la estimación del valor probatorio de la prueba por indicios, aunque finalmente las garantías necesarias de equidad y fiabilidad deben fundarse en la racionalidad de las inferencias formuladas por el juez. Cuando las inferencias son fiables, la prueba por indicios puede tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas [TARUFFO].

6. Reglas de la prueba por indicios

1. En las presunciones judiciales o prueba por indicios, corresponde establecer (reglas internas):

> Que el hecho indicio esté acreditado, que sea considerado cierto, en virtud de prueba –es el requisito primordial de la prueba indiciaria: certeza de la circunstancia indiciante–. No debe ser un dato meramente hipotético, sino conocido a través de la prueba –en esta perspectiva la afirmación del hecho indicio se erige en un objeto de prueba [Parra], y solo acreditado el mismo, constituirá un elemento de prueba–. La acreditación del indicio lo ha de ser de acuerdo con los principios y garantías de aplicación a la prueba en el proceso penal [Asencio], con pleno respeto de la garantía de presunción de inocencia. En este sentido, pero solo en éste, el indicio acreditado conceptualmente no es otra cosa que lo que modernamente se considera "elemento de prueba", a partir del cual, mediante un razonamiento lógico, se infiere otro hecho desconocido [Jauchen].

Los indicios, además de ciertos, deben tener una relación lógica con el hecho a probar – de ahí que sea significativo que los hechos indicios deben estar alrededor del hecho presunto "*circum estare*"–. La razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido objeto del proceso penal [Devis]. El indicio es un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro [Parra].

Asimismo, los indicios han de ser **(i)** plurales (o excepcionalmente únicos: cuando el hecho típico pueda ser directamente relacionado con el indicio –"unívoco"–, pues lo general un solo indicio solo puede sostener a lo sumo una mera sospecha [Jauchen]), de modo que cuantos más sean los indicios (naturalmente, ciertos y graves), más fácil es el juicio de probabilidad –su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-causa [Serra]–; **(ii)** concomitantes al hecho inferido (hechos no desconectados con el hecho delictivo y su agente, periféricos con el hecho nuclear a probar, relacionados con él), e **(iii)** interrelacionados, de suerte que concurran y se refuercen mutuamente señalando una misma dirección, no deben estar en contraste entre sí y entre ellos deben haber una coordinación lógica –no solo se trata de una suma o adición de indicios, sino también de esta imbricación (STSE de 22-6-1998)–. Se trata, en última instancia, de que concurra una cadena de indicios que confluyan en el mismo resultado [Asencio].

Los indicios, en este último nivel, exigen que se valoren en su conjunto, y no aisladamente ("*quae singula nom probat, simul unita probant*": las cosas que singularmente consideradas no prueban, prueban reunidas [MANZINI] (SCCItalia de 10-2-1941). La valoración individual solo se justifica para reconocer las notas de certidumbre del mismo y, en lo posible, de su gravedad –mayor proximidad con el hecho indicado y más próximo a la acción criminosa– [LEONE].

El indicio es el elemento inicial de que parte la presunción [SERRA]. Por lo demás, no debe confundirse el indicio con los medios de prueba que sirven para su comprobación, ni tampoco con la fuente de donde proviene [MANZINI]. Finalmente, es de reconocer que de un indicio puede descender otro indicio –casos de indicios mediatos–, aunque es de observar la máxima cautela a fin de evitar que la reconstrucción de un hecho pase a través de una cadena tal de indicios, que haga perder al proceso de inferencia su máxima capacidad de aproximación a la verdad [LEONE]. Es claro que lo que el indicio muestra no es lo que, en definitiva, se quiere probar, sino un paso intermedio [PÉREZ-CRUZ].

2. Que, en cuanto al razonamiento deductivo, debe existir un enlace, que aúne el indicio al hecho presunto o necesitado de probar, preciso y directo –nexo o enlace causal–, según las reglas de la sana crítica: *principios de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia* –o del "criterio humano" (STCE 45/1987, de 9-4-1987)–.

Ese enlace no ha de consistir en otra cosa que en la conexión o coherencia y congruencia entre ambos hechos (el base y presumido), de suerte que el conocimiento de unos nos lleve, como consecuencia lógica o recta razón, al de otro (STSE de 2-4-1996). La presunción, en cuanto inferencia teórica, se funda en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, a partir del cual lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera [AGUILÓ], se ha de sustentar en razones serias y estables [PARRA]. Si el hecho indicio no está probado la inferencia será una mera conjetura, no una presunción en estricto sentido.

Solo así cabe fundar un juicio de probabilidad cualificada de que, dado el hecho indicio, se ha producido también el hecho presunto (eliminación de las conexiones asentadas en ambigüedades o equivocidades, y el rechazo de cualquier conexión basada en rodeos o circunloquios mixtificadores de la realidad). Comprobada, pues, la circunstancia indiciante, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor, en la que esté ya contenida en abstracto la conclusión que en concreto se busca [MANZINI]. En realidad este nexo lógico

entre los dos hechos, indicio y hecho presumido, es la presunción [Gómez Colomer].

La prueba por indicios requiere de un proceso de inferencia que aúne el hecho base con el hecho presunto, el cual ha de ser fruto de una inferencia lógica –el proceso deductivo ha de ser coherente, no arbitrario, irracional o absurdo– [Pérez-Cruz].

El principio de normalidad –tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos– se encuentra relacionado con el principio de causalidad, que determina que unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos, cuya justificación reside en la existencia de unas leyes más o menos inmutables. En consecuencia, si normalmente un determinado efecto está precedido de una específica causa, de probarse positivamente aquél, se entenderá también probada positivamente ésta. Luego, si el efecto puede provocado por causas distintas, la causa específica, productora del efecto probado, sólo se tendrá por probada en virtud del principio de oportunidad, según el cual, dadas unas determinadas circunstancias se puede excluir 'normalmente' la presencia de un cierto número de causas, por lo que la investigación queda reducida a una sola causa, que podrá considerarse como la única productora del efecto [Serra].

3. El hecho presunto, o afirmación presumida (hecho-consecuencia o hecho indiciado) compone la conclusión a partir del indicio o hecho-base y, como tal, constituye, en sentido propio, la afirmación que se desprende de la prueba por indicios [Cordon]. Ésta se corresponde con el hecho descripto en el tipo legal.

4. Inexistencia de prueba en contrario del hecho indicio o del hecho presunto o presumido, así como ausencia de una regla que niegue el "enlace preciso y directo", del fundamento del juicio de probabilidad cualificada [De La Oliva] –ello se debe a que la persuasión judicial obtenida a través de la técnica presuntiva no puede estar sujeta a límites–. La prueba por indicios debe ser valorada al amparo de la sana crítica racional de manera conjunta; caso contrario, se obtendrá una visión fragmentada, parcial y poco esclarecedora de los hechos [Chaia].

La sentencia que aplique la prueba por indicios, como regla de forma, debe incluir el razonamiento en virtud del cual el juez ha establecido la presunción. Se trata de una regla de carácter general propio de todo proceso de valoración de la prueba, establecida por el artículo 394.2 del CPP: "*La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos [...], y la valoración de la prueba que la sustenta, con*

indicación del razonamiento que la justifique" –ésta es de naturaleza inductiva–. Los hechos-base o indicios deben mencionarse con las notas de su acreditación –debe justificarse el concreto medio de prueba por el que se ha declarado probado y su carácter inculpatorio (STCE 229/1988, de 1-12-1988)–, y de que servirán de fundamento a la deducción, presunción o inferencia –debe explicar la conexión existente entre los indicios y el delito que se considera demostrado–; y, aun cuando sucinta escueta, debe hacerse explícito el referido razonamiento presuntivo, o sea el camino por el que, partiendo de los indicios acreditados por la prueba, llega a la conclusión –la arbitrariedad y la incoherencia son contrarios al razonamiento indiciario (STSE de 8-3-1994) [PASTOR]; y, como es posible que los indicios probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos, el juez debe dar cuenta de todas ellas y razonar por qué elige la que estime como conveniente [PÉREZ-CRUZ].

Un interesante desarrollo tanto de la prueba por indicios, cuanto de lo específicamente se requiere para el delito de lavado de activos, se encuentra en la Ejecutoria Suprema RN. N.° 2868-2014/Lima, de 27-12-2016. En ella no solo se analiza los alcances del tipo legal de lavado de activos, sino también los alcances de la prueba por indicios, con especial referencia al delito en mención. La necesidad de la apreciación conjunta de los indicios está desarrollada, por ejemplo, en las Sentencias de Casación del Tribunal Superior de Córdova (Argentina) de 10-2-2006 y 17-2-2008, así como en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "Martínez Saturnino", de 7-6-1988.

7. La prueba en contrario – el contraindicio

Los indicios deben estar plenamente probados. Esta es la regla, que a su vez afirma que la inferencia ha de ser la correcta. El imputado o el tercero civil pueden cuestionar su eficacia probatoria, lo que es una consecuencia ordinaria del mecanismo general de la prueba. A este mecanismo probatorio se denomina "prueba en contrario", que se subdivide en contraprueba y prueba de lo contrario. La primera está dirigida a desvirtuar un indicio, y la segunda persigue destruir una presunción ya formada [SERRA]. En estos términos se ha pronunciado la Sentencia Casatoria número 628- 2015/Lima, de 5-5-2016.

La contraprueba, como tal, persigue crear la duda del juez sobre la realidad de determinado indicio. Apunta a cuestionar la aparente solidez del indicio, **(i)** bien probando que el hecho indiciario no ha tenido existencia, **(ii)** bien procurando acreditar que no ha quedado suficiente probado, **(iii)** bien probando la realidad

de otro hecho incompatible con el indicio, (iv) bien planteando alguna otra posibilidad fáctica que ponga en duda la realidad del hecho indiciario.

Dentro de la contraprueba se distingue: 1. Contraprueba directa: busca refutar inmediatamente el hecho indiciario, cuestionando su eficacia probatoria. 2. Contraprueba indirecta: busca la prueba directa de otros hechos que, por su incompatibilidad con el indicio o los indicios sobre los que se asienta la presunción, hace decaer la fuerza probatoria de éstos –a ésta se le denomina contraindicios–. En sede penal, la coartada fallida se convierte en un indicio de cargo, no definitivo.

Establecido el indicio y con la guía de las reglas de la sana crítica es posible llegar a la plena probanza del hecho presunto. Para que esto se cumpla, sin embargo, se requiere pasar por dos filtros que pueden obstaculizarla: 1. Prueba de lo contrario. 2. Exclusión judicial de otras posibles conclusiones presuntivas [Climent].

Prueba de lo contrario: Trata de desvirtuar el hecho presunto que se ha obtenido tras la probanza de los hechos indicio. Concurrencia de una prueba que desvirtúa o hace ineficaz la presunción. Busca desvirtuar el hecho presunto, sea a través de prueba directa o prueba por indicios. Puede probar que el hecho presunto no existe u otro hecho incompatible con el hecho presunto.

Exclusión judicial de otras posibles conclusiones presuntivas. Todo hecho, considerado en sí mismo y fuera de su contexto, de las circunstancias que lo rodean, es ambiguo o equívoco. Los indicios, como hechos que son, son polisémicos o equívocos. Todo depende de la intensidad probatoria de cada indicio: alta o baja; cuando es la primera el nivel de equivocidad es menor (se distinguen entre indicios débiles o indicios fuertes, según su valor indiciario). Por regla, la suma de indicios débiles no será suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera (STSE de 5-3-2004). Deben analizarse todas las hipótesis presuntivas. La hipótesis presuntiva acusatoria debe informarse, es decir, compararse con las otras conclusiones posibles y hallar su grado de resistencia [Muñoz Sabaté].

8. El control impugnativo de la prueba por indicios

La concurrencia de las reglas internas y de forma se controla impugnativamente a través de los recursos de apelación y de casación. Desde la garantía de motivación, en concurrencia con la garantía de presunción de inocencia, se exigirá que en la sentencia se expresen, de un lado, cuáles son los indicios que se estiman acreditados –y cómo–, los que servirán de fundamento a la inferencia;

y, de otro lado, las razones a través de las cuales se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la intervención en él del acusado, desde su pluralidad, concomitancia e interrelación [CALDERÓN/CHOCLÁN].

El control impugnativo, en este ámbito, tiene dos límites. El primero se refiere al principio de inmediación y se conecta en la propia declaración de hechos probados si estos se establecieron mediante prueba personal –salvo aquello que escapa a la inmediación entre el juez y el aporte informativo del órgano de prueba–. El segundo se circunscribe al peso de los indicios en relación con las pruebas de cargo, pues no es posible sustituir el criterio valorativo del juez sentenciador por el de la Corte Suprema, y mucho menos por el del recurrente; la relación en orden el peso de una testifical de descargo o la propia declaración del imputado es una cuestión vinculada a la inmediación y, por ende, excluidas de las potestades de la Sala de Casación [PÉREZ-CRUZ].

Desde la misma garantía de motivación, en relación con la logicidad de la misma, se examinará su estricto acomodo con las máximas o reglas lógicas, científicas o de experiencia. Que el enlace sea preciso y directo. Que la inferencia sea razonable y concluyente; es decir, que no sea excesivamente a vierta (STCE 124/2001, de 4-6-2001).

9. Tipología de indicios

Más allá de que se destaca el papel de la tipología de los indicios, se trata de una pura actividad del juez [GÓMEZ COLOMER]. El número de indicios es prácticamente es ilimitado y ninguna clasificación puede comprenderlos totalmente [DEVIS], ello consecuencia de su distinta naturaleza u origen [JAUCHEN]. No obstante ello, en la jurisprudencia nacional – bajo el convencimiento de que conservan cierta utilidad práctica–, junto a **(i)** los indicios graves o fuertes y los indicios leves, en función a la mayor o menor cercanía material con los hechos –será grave si entre el hecho indicio y el hecho presunto o hecho aprobar existe una relación lógica inmediata [PARRA], o a **(ii)** los indicios referidos a la intensidad de su conexión (próximos, que guardan una relación clara y directa con el delito, y remotos, que son meras posibilidades, alejadas del hecho-base, que indican hechos fácilmente engañosos), así como a **(iii)** los indicios vinculados a su relación temporal con el delito (anteriores –hechos que por lo general sirven de preparación al delito–, concomitantes – hechos que se producen en el mismo lapso temporal de la ejecución material del delito–, y posteriores –hechos que ocurren tras el delito–); se ha impuesto **(iv)** un listado de indicios muy variado. Así:

a Indicios de capacidad delictiva: aptitud física o síquica del agente para cometer el delito.

b Indicios de capacidad moral: propensión del reo al delito.

c Indicios de oportunidad: momento concreto, lugar, coparticipación.

d Indicios de móvil delictivo: odio, animosidad, peleas previas, diferencias.

e Indicios de mala justificación: afirmación de coartadas falsas ante circunstancias incriminatorias.

f Indicios de fuga: el imputado huye, inexplicablemente, del lugar de los hechos en el momento en que se realizó el delito.

g Indicios de corrupción o soborno: se ofrece un soborno al funcionario encargado de la persecución penal.

h Indicios de modus operandi: reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en concretos lugares, por parte de uno o varios sujetos, pueda dar lugar a que la acreditación de la participación de todos o alguno de ellos en uno de los delitos, sirva de indicio de autoría para los restantes.

i Indicios de cambio de situación económica: el incremento injustificado de patrimonio, útil para los casos de enriquecimiento ilícito, lavado tributario o delito tributario [García Cavero].

10. Algunos indicios – Casuística judicial

La regla, en el caso del silencio del acusado, es que como se trata de la garantía de defensa procesal, su ejercicio no puede acarrear significado alguno y menos aún negativo o perjudicial para quien lo ejerce (ATCE 43/1996, de 26 de febrero). Empero, como dejó sentado la Sentencia Murray STEDH de 8-2-1997, cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación del imputado acerca de los hechos, no hacerlo importaría un indicio de cargo complementario, que reforzaría los indicios de cargo y la regla presuncional respectiva –afirma la racionalidad del juicio de inferencia [STSE de 21-4- 2009]–.

La coartada improbada o la coartada incoherente, existiendo prueba suficiente del hecho delictivo y de la intervención del imputado en su comisión (con prueba directa o por indicios), no solamente no desvirtúa sino que refuerza la convicción racionalmente deducida de las pruebas practicadas (STSE de 17-

11-2000). Pero, tal coartada, en sí misma, no se erige en indicio de cargo, indicio de verdad de la imputación (STCE 229/1988, de 1 de febrero), pero puede servir en elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (STCE 111/2008, de 22 de septiembre). No obstante ello, es de enfatizar que el indicio, como se sabe, es un hecho normalmente positivo (huellas, objetos en poder del acusado, etcétera) que sirve para probar directamente la autoría del delito, la coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional falto de base causal al menos por sí solo [ASENCIO].

En los casos de convivencia conyugal o de relación de afectividad con el tenedor de la droga o persona dedicada al tráfico de drogas no es suficiente, sin adición alguna (presencia de otras pruebas o indicios aclaratorios), de coautoría o complicidad –no se admite una presunción ilícita *in malam partem* de autoría del delito; el uno no es garante que el otro no cometa delito–. Solo si se advierte la realización de actos independientes, como acompañar al cónyuge a las reuniones de organización del tráfico de drogas, preparar los sobres de drogas, etc. El conocimiento de uno de la actividad delictiva del otro no es activa participación en el delito (STSE de 18-6-2010).

En los casos de posesión de los objetos sustraídos no es suficiente la sola posesión de los mismos para imputar un robo. Se requiere del factor temporal y espacial. Si, por ejemplo, se interviene al imputado por el lugar de los hechos y en poder de los bienes sustraídos, la inferencia de autoría del robo es consistente (STSE de 13-7-1999).

La prueba del hecho interno o subjetivo se advierte de la conducta externa realizada por el agente. Salvo la confesión, se acreditan mediante la presunción. Se toman como referencia los datos objetivos que consten en la causa (STSE de 27-10-1986]. Se establecen a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en las reglas de la sana crítica (STSE de 20-7-1990).

En el delito de tráfico ilícito de drogas, el elemento tendencial del destino al tráfico ilícito de drogas debe acreditarse mediante prueba por indicios. Es relevante, al respecto, la cantidad y calidad de droga ocupada, unida a su pureza y al nivel económico del tenedor, así como a las circunstancias de su intervención. Los datos objetivos que se toman en consideración son el lugar de ocultación de la droga, la pluralidad de drogas ocupadas, la existencia de material o instrumentos adecuada para su elaboración o distribución, la aprehensión de cantidades de

dinero en metálico en cuantía inusual, la diversidad de bienes hallados en el predio del imputado incompatibles con su situación económica, etc.

En el delito de estafa contractual, respecto de negocios civiles o mercantiles, se tiene que el contrato se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude, aun cuando formalmente correcto. En estos casos define la estafa la intención inicial, o antecedente, de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo (STSE de 17-1-1999). En tales supuestos se requiere de un juicio de inferencia, de una presunción. En unos casos, el propósito defraudatorio se deduce "*a posteriori*" de la falta de medios existentes o de la conducta observada por el reo en la fase de ejecución en la que aparece un incumplimiento total o casi total del acusado (STSE de 19-5-2008); y, en otros, el indicio se sitúa en hechos iniciales de la operación fraudulenta –se estafó a la compañía de seguros acompañando un documento de reparación inconsistente y por un monto desproporcionado–.

La habitualidad en el delito de receptación. Se demuestra en virtud de la cantidad de bienes de procedencia ilícita ocupados, la variedad de los mismos y su pertenencia a una multiplicidad de personas, así como las fechas de los delitos-fuente y las fechas de los actos de receptación (STSE de 24-1-1997).

V. EL SILENCIO DEL IMPUTADO

1. Ámbito constitucional del derecho

Un derecho instrumental que integra el contenido esencial de la garantía de defensa procesal es el derecho de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, que incluye, por cierto, el derecho al silencio: no declarar o no contestar las preguntas que se le formulen, así como las respuestas de ausencia de recuerdo sobre lo atribuido. Esta postura de pasividad constituye, sin duda, el ejercicio de un derecho fundamental, noción de la que deben extraerse las consecuencias necesarias en sede jurisdiccional: no debe producirle ningún perjuicio. La condena no puede descansar en el grado de colaboración del acusado con el objeto de imputación (STSE de 24-07-09).

Está reconocido que el derecho a guardar silencio, en concreto, su vulneración, solo puede ser examinada en relación con las consecuencias negativas que hayan podido extraerse del mismo. De inicio debe decirse que tal vulneración de esta garantía constitucionalizada será evidente si la condena se sustenta en la valoración *contra reo* de la negativa a prestar declaración, lo que implica una

lesión a la presunción de inocencia –la no declaración no puede implicar una inversión de la carga de la prueba–. Por lo demás, toda vulneración de este derecho instrumental está asociada a una regla de exclusión y la prohibición de valorar los efectos reflejos.

2. Valoración del silencio

El problema, sin embargo, no es tan simple. El TEDH en las sentencias Murray de 08-06-96 (§ 47: es incompatible basar una condena solo o principalmente en el silencio del acusado o su negativa a contestar) y Condrom de 02-05-00 (el derecho a guardar silencio se encuentra en el núcleo del concepto de un juicio justo, pero no es un derecho absoluto, y si bien no se puede basar una condena exclusiva o esencialmente en el silencio, sí cabe tomarlo en consideración cuando se está frente a situaciones que claramente demandan de él una explicación) permitió la valoración del silencio del imputado como un elemento de corroboración, siempre que existan pruebas objetivas de cargo consistentes y suficientes. Se utiliza, llanamente, como un indicio de corroboración, complementario, para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo (STED Landrome de 02-05-00). En esos casos el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación del imputado respecto de los hechos atribuidos, cuyo silencio puede tomarse como ratificatorio del contenido incriminatorio de las pruebas acopiadas, salvo que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria.

La valoración del silencio, entonces, no importaría un vacío probatorio, lesivo a la presunción de inocencia, pues el sustento de una condena estaría en las otras pruebas de cargo suficientes. Lo que interesa, en todo caso, haya silencio del imputado o una explicación inverosímil, es que con independencia de estas existan pruebas de cargo suficiente con entidad para enervar la presunción de inocencia.

Aquí se mantiene el test de la explicación [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA], en cuya virtud se permite valorar, negativamente, el silencio del imputado –incluso su declaración inverosímil– cuando las circunstancias demandan del imputado una explicación. El problema neurálgico, empero, no es tanto calificar de "indicio" el silencio o la explicación inverosímil –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en estricto sentido, no ha calificado el silencio como 'indicio'–, pues tal posición o declaración no aporta nada a la prueba de los hechos, que deben establecerse independientemente de la posición –ausente o negativamente inverosímil– del imputado. Con mayor exactitud, podrá decirse que una explicación razonable

del acusado, en todo caso, puede mermar la eficacia demostrativa de los indicios existentes disminuyendo el rigor lógico de la deducción alternativa menos beneficiosa; la ausencia de toda explicación dejaría intacto el rigor lógico que tuviera en caso una deducción incriminatoria, pero no suple la razonabilidad de lo que los indicios por sí mismos no permiten deducir (STED de 16-03-04). En consecuencia, probada una conexión espacio temporal directa del acusado con el delito, la inferencia lógica es que la participación del mismo, si este permanece en silencio, el cual no permite desvirtuar dicha inferencia incriminadora (STSE de 21-04-09) [Pastor Alcoy].

3. La versión del imputado

Como se sabe, los contraindicios consisten en una coartada que se evidencia mediante otros medios probatorios, ser falsa. Por tanto, cuando se demuestra que la coartada del causado es falsa o, en todo caso, es absolutamente imposible física o materialmente o es inverosímil, se está técnicamente ante una fuente de prueba presuntiva. Si bien esas coartadas o contraindicios, por sí solas no justifican una condena, constituyen un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Las coartadas fallidas en modo alguno se erigen en indicio de verdad de la imputación. La versión que de los hechos ofrece el acusado solo constituye un dato que el juzgador ha de tener en cuenta, no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo. Lo que hace es excluir la admisión de la tesis alternativa que podría aportar dudas a la imputación o servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad.

VI. DECLARACIONES SUMARIALES Y PLENARIALES CONTRADICTORIAS

En principio, son pruebas hábiles y auténticas las producidas en el plenario. Rigen allí las garantías del contradictorio e igualdad de armas, y los principios de inmediación, concentración, oralidad y publicidad. Las declaraciones sumariales, son actos de investigación, solo preparan el juicio, no fijan definitivamente los hechos, aportan información a la acusación y a la defensa.

Empero, como se anota en la Ejecutoria Suprema n.° 3044-2004/ Lima, de 01-12-04, no se puede negar eficacia probatoria a las declaraciones sumariales,

bajo la denominación de 'declaraciones documentadas de un testigo', aun cuando como principio se entiende que las declaraciones plenariales traslucen, como consecuencia de la vigencia efectiva de los principios del juicio oral, mayor verosimilitud y fidelidad. Dos requisitos son necesarios para su valoración y posible reemplazo respecto de la declaración plenarial de la misma persona. **A.** Que se haya practicado en sede sumarial con todas las formalidades que la ley estipula para ese acto. Las declaraciones preliminares o sumariales –sede investigativa– requieren que se garantice el contradictorio en su actuación, siempre que sea factible (STEDH Artner, de 20-09-93), para lo que es vital el previo conocimiento de las actuaciones (STSE de 18-03-97); se debe respetar el derecho de defensa del acusado, en concreto, la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada del imputado (SSTCE 344/2006, de 11 de diciembre, y 187/2003, de 27 de octubre). **B.** Que esa declaración haya sido sometida a contradicción en el plenario [las originales declaraciones han de haber sido introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral]. De ese modo se somete a contraste su contenido y se depuran las discordancias para obtener de manera directa una conclusión válida sobre la veracidad de unas y otras.

Es evidente, por lo demás, que asumir una u otra declaración es una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba; y, como tal, el Tribunal puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total o parcialmente, asumiendo, en su caso, las precedentes al juicio en función a su mayor fiabilidad (STSE 27-10-05). Pero tal asunción debe fundamentarse debidamente, explicar y argumentar las razones, que lo han llevado a considerarlo verosímil y fiable. Es de tener en cuenta que para apoyarse en una versión distinta de la prestada en sede del plenario ha de invocarse hechos o indicios externos o periféricos a tal declaración que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el juicio oral. Igual sucede con la declaración extrajudicial [CALDERÓN/CHOCLÁN].

Las declaraciones constituyen un elemento de juicio que el Tribunal debe examinar, ponderar y valorar en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. La presencia del testigo aporta no solo una declaración, coincidente o no con la sumarial, sino también unos signos –lenguaje corporal, silencios, explicaciones, etc.– que son aspectos muy importantes de la función judicial, y deben analizarse conforme a las reglas científicas de la psicología del testimonio y a los criterios de experiencia.

VII. TESTIGOS DE REFERENCIA

Son aquellos que tienen conocimiento de la noticia a través de persona o personas interpuestas: *audito proprio*: narra lo que personalmente escuchó o percibió, o *audito alieno*: narra lo que otra persona le comunicó –pero en ambos casos no han presenciado los hechos directamente–. Como tales, constituyen actos de prueba válida pues la ley no excluye su eficacia (artículo 166.2 CPP); y, si bien dicha prueba no carece de contenido probatorio –así entendido por razones de justicia material–, tiene un valor probatorio menor (SCSJC de 21-02-07). Esa intermediación respecto del testigo directo, inmediato o directo, en vista que incorpora un factor de inseguridad al no mediar inmediación respecto de la fuente directa del conocimiento del hecho –es, por ende, poco recomendable–, exige su examen con especial cuidado, por tanto, se han de establecer determinados requisitos adicionales. La regla general es que su aceptación a los fines de entender enervada la presunción constitucional de inocencia requiere de la existencia de causa legítima o de situaciones excepcionales que justifiquen la inasistencia del testigo directo en el juicio oral (fallecimiento, residencia en el extranjero, enfermedad grave, ignorado paradero), como ha sido procesado por las SSTCE 79/1994, de 14 de marzo, 68/2002, de 21 de marzo, y 35/1995, de 6 de febrero). Por tanto, si el testigo de referencia no precisa la fuente de su conocimiento, no indica de quién recibió la información –que es el dato probatorio directo– que vuelca en su declaración, su testimonio no podrá ser utilizado. Es una prueba complementaria subordinada a la posibilidad de prueba directa, lo que se explica en virtud del principio de "originalidad de la prueba", que busca que las pruebas sean de primera fuente, a fin de evitar la prueba sobre la prueba; lo que plantea el testigo de referencia no es un problema de legalidad sino una cuestión de credibilidad (STSE de 04-11-99). El testigo de oídas o de referencia, lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos, pero no, como sucedería con un testigo presencial, la verificación de los acontecimientos objeto del proceso (SCSJC n.° 10923, de 21-04-98). No se puede utilizar la testifical de referencia si no consta la existencia de causa objetiva excepcional que impidiera la identificación y/o ulterior comparecencia en el juicio del testigo directo (STCE 131/1997, de 15 de julio).

Un caso de imposibilidad material de practicar la prueba testifical directa se da en los casos de agresión sexual de menores de edad. Si la víctima es muy niña y relató los hechos a sus padres, pese a que esta no declaró en sede jurisdiccional, sus padres pueden hacerlo porque de insistir en la víctima habría sido muy perjudicial para su estabilidad emocional y psíquica (STSE de 08-03-02). Este es el resultado

del difícil equilibrio que los órganos jurisdiccionales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente responsables [RIVES SEVA].

Las condiciones para su debida valoración son las siguientes: **1)** testigo de referencia tan solo puede un testigo, nunca un imputado. **2)** la declaración será válida si el testigo directo no comparece al juicio oral –salvo el caso de prueba anticipada o de imposibilidad material de incomparecencia–, y si comparece solo servirá para controlar la veracidad de aquel, nunca para condenar sobre su base en caso de testimonio único. **3)** es claro que sus declaraciones por sí solas, no pueden desvirtuar la presunción de inocencia aunque podría coadyuvar a ello en consonancia con otras pruebas –necesita ser confirmada por otros puntos de vista importantes, si se pretende basar la sentencia en ella–; y, si existe contradicción entre un testigo directo y otro de referencia, se debe dar preferencia a la versión del primero, pues da una versión más próxima a los hechos, salvo que existan otros elementos de convicción en contrario. Con todo ello no se hace sino asumir el principio de la preferencia. La no comparecencia del testigo directo debe ser por causas absolutas y debe realizarse todas las gestiones para localizarlo; si no se conocen sus datos y personalidad, no puede ser citado el testigo de referencia, y nunca cabe admitir tal testigo si se opone a ofrecer los datos para localizar a los directos.

VIII. LAS DECLARACIONES ESCASAMENTE FIABLES

1. Planteamiento

La jurisprudencia, igualmente, ha elaborado reglas mínimas de valoración de determinados medios de prueba personales, en especial las declaraciones del coimputado y de la víctima, que presentan peculiaridades específicas en relación con el hecho y sus relaciones con el autor del mismo –propiamente no son "terceros", que es el requisito inherente de todo testigo–. Este es el caso del Acuerdo Plenario n.° 2-2005/CJ-116, de 30-09-05. Su finalidad es, sencillamente, indicar al juez los requisitos mínimos que ha de reunir una determinada prueba para que pueda convertirse en elemento de convicción suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, en tanto en nuestro sistema procesal no rige el viejo apotegma: *testis unus, testis nullus*. Desde luego el juez retiene la necesidad de valorar la prueba en un sentido o en otro, pero lo hará una vez haya constatado la presencia de los requisitos mínimos establecidos jurisprudencialmente, que no

pasan de ser meramente orientativos y en modo alguno pueden condicionar la libertad del Tribunal al momento de valorar las pruebas y formar su convicción (STSE de 14-09-94).

2. La declaración del coimputado

Una declaración de un coimputado que resulta ser incriminatoria para otro imputado –aun cuando es una prueba constitucionalmente legítima y están fundadas ordinariamente en un conocimiento extraprocesal y directo de los hechos, y que la circunstancia de la coparticipación delictiva no niega– ha de ser exhaustivamente analizada para considerarla como prueba de cargo. Su legitimidad está descontada –tuvo conocimiento extraprocesal de los hechos imputados–, pero no es una prueba autónoma, por sí sola no es prueba suficiente, bajo el entendido que la coparticipación no supone la tacha o irrelevancia del testimonio, lo que quita ser considerado medio probatorio peligroso, pues el coimputado puede mentir sin riesgo alguno para su entorno jurídico, aunque sus acusaciones inveraces serían constitutivas de acusación y denuncia falsa (STSE de 10-06-08); pues el coimputado que acusa se convierte en testigo de cargo y por tanto no le ampara el derecho a no declarar en juicio (STSE de 02-02-05), los derechos del acusado se otorgan en relación con el derecho de defensa y no como un derecho a acusar falsamente a terceros (STSE de 17-07-08).

Se requiere, respecto de la persona del declarante coimputado, **(i)** ausencia de incredibilidad subjetiva; y, respecto de su declaración, **(ii)** corroboración por elementos objetivos, valoración conjunta con otras pruebas.

A. Ausencia de incredibilidad subjetiva. Necesidad de constatar que no existen razones de peso para pensar que el reo declaró movido por motivos espurios (venganza, resentimiento, odio, soborno, obediencia a tercero, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio). Se deben evaluar existencia de razones que han de dudar de la fiabilidad de la declaración del reo, que en la causa obra objetivada por una finalidad de propia exculpación, o una relación de enemistad o resentimiento o cualquier otra finalidad espuria.

B. Corroboración. Esta ha de ser mínima –no plena–; debe estar mínimamente corroborada por otras pruebas; la incriminación no ha de ser un dato probatorio aislado (STEDH Funke de 25-02-93). Pero también, que esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente de la propia declaración que comprometa al coimputado con el hecho

delictivo. La corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena (STCE 198/2006, de 3 de julio); es la existencia de datos, hechos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, lo que ha de realizarse caso por caso (STCE 190/2003, de 27 de octubre); en concreto, no se exige que existan otras pruebas de cargo adicionales, sino elementos objetivos, externos a la propia declaración del coimputado, que avalen la credibilidad de esta, que puede continuar siendo, sin embargo, la única prueba de cargo en sentido propio en la que fundamentar la sentencia condenatoria (STSE de 23.3.1999), al punto que basta con que algunos datos confirmen algunos aspectos de lo afirmado por el coimputado delator (STSE de 17-10-01). Es un dato empírico cuando no coincide con el hecho imputado ni en su alcance ni en su fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente –no obstante ello, no cabe sentar criterios generales, sino específicos caso por caso–. Es de tener presente que la persistencia o reiteración, sin contradicciones relevantes, es sencillamente un dato más que dota de credibilidad a la declaración del coimputado. La declaración de un coimputado no puede servir como elemento de corroboración de la declaración de otro coimputado. Lo que necesita ser corroborado no puede servir como elemento de corroboración.

3. La declaración de la víctima

Similares cautelas a las de los coimputados han de seguirse respecto a las declaraciones de la víctima-testigo –ella es idónea para la indagación del hecho objeto del proceso–, que se plasma con particular énfasis en los denominados delitos de clandestinidad. Esta declaración, en ausencia de otros testimonios, puede constituir válida prueba de cargo, en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (STCE 229/1991, de 28 de noviembre). Los requisitos o criterios que el juez ha de tener en cuenta para dotar de credibilidad al testimonio de la víctima –si bien la víctima no es un testigo su declaración se equipara al testimonio, y no se convierte por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador (STSE de 30-04-07)–, son criterios orientativos que posibilitan la motivación de la convicción. Son:

A. Falta de incredibilidad subjetiva de la víctima. Inexistencia de motivos de peso para pensar que la declaración es falsa –no es resultado del propio hecho delictivo–. Debe atender para su constatación, primero, a las características propias de la víctima físicas o psicorgánicas: desarrollo y madurez mental, que sean capaces de transmitir sus percepciones, aunque sea de manera lineal; y, segundo, a la posible existencia de móviles espurios: odio, enemistad. Es de tener presente que la investigación en la esfera psíquica del testigo víctima solo es posible cuando se hayan apreciado anormalidades que justifiquen un reconocimiento pericial, pues de lo contrario se atentaría contra su intimidad.

B. Verosimilitud del testimonio. Dos aspectos deben atenderse. Primero, que la declaración sea lógica en si misma –no fantasiosa o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia–, en sí misma –análisis de su propio contenido–. Segundo, que esté corroborada por datos periféricos objetivos: presencia de más de un dato incriminador; en un dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

C. Persistencia material del testimonio. La declaración no debe modificarse sustancialmente en las diversas ocasiones en que se hace; no debe presentar ambigüedades y vaguedades; debe ser coherente, sin contradicciones en sus diversas partes.

Es preciso tener en cuenta una prevención: el contenido de un testimonio que sugiere ese triple filtro no debe ser tenido como válidamente inculpatorio. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hace tendría que ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultaría en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos (STSE de 12-05-10).

IX. PRUEBA ILÍCITA E INUTILIZACIÓN PROBATORIA

1. Preliminar

A. La operación mediante la cual una determinada *fuente-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 (*Wahrheitserforshung*)–, 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 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 está en contradicción con 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 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)** de 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)** de la necesidad de contar con un enunciado general (una máxima de experiencia) al que por razones materiales será del caso otorgarle una mayor o menor peso; o **(iii)** de la existencia de una variedad de enunciados que exigen tratamientos diferenciados, según se afirman hechos externos o hechos 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 éste] *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 pueden 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 la 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.° 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 CPP). 2.° 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 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 la Argentina, estableció que otorgar valor al resultado de una conducta delictiva o ilícita de la autoridad y apoyar sobre él una sentencia judicial, "[...] *no sólo 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 sólo 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 a 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 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 invalorabilidad 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 contenida 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, 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. 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].

2. Referencias normativas (Individualización de las prohibiciones probatorias)

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 CPP.

1. 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. 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 CPP.

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

1. Artículo VIII TP del CPP. **1.** Todo medio de prueba será valorado sólo 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 parágrafo 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. 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. 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. 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, que estipula que la restricción de un derecho fundamental con fines de esclarecimiento se ha de realizar conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

5. 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*".

El CPP, además, tiene tres reglas de prohibición de carácter específico, que asocia con la inutilización.

1. 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. Artículo 166.2 del CPP. Si el testigo de referencia se niega proporcionar la identidad de la persona fuente de su conocimiento, su testimonio no podrá ser utilizado.

3. 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.

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

1. 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. 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. 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 pariente–. Igualmente, es una norma prohibitiva y no la asocia a una ineficacia taxativa, por lo que se exigirá la ponderación.

Tres precisiones, de principio, es del caso formular:

1. 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 "*Wahrheitserforshung*"), 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 de 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. 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 debe a que 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. 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].

Lo expuesto significa:

1. Que el derecho a la prueba no es un derecho absoluto. Es relativo.

2. Que este derecho encuentra límites a la hora de su admisión, práctica y valoración, tales como el grado de pertinencia, de relevancia, de utilidad o de 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. 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 que ésta 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].

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 en cuya virtud se afecta el debido proceso y el principio de igualdad de armas (se rechaza, desde ya, contravenciones de mera legalidad especialmente triviales, desde que no se puede descartar la relevancia constitucional de 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 que 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-Cuellar].

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 las pruebas materiales o físicas, como 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 de 16-12-1990, cuando acotaba que por prueba lícita o legítima "*...no debe entenderse tan sólo 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 –circunscriptas 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 CPP)–, **(ii)** cuanto procesales –referidas, desde luego, a las reglas de admisión y actuación o ejecución de medios de pruebas: éstas, para su valoración, deben cumplir determinados principios, requisitos y condiciones procesales (artículos 155.1, 157.1 y 393.1 CPP)–, basta su infracción objetiva y su repercusión en el proceso penal [Vegas Torres]. En un sentido amplio por prueba debe 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. Empero, 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.° 1014-2007-PHC/TC, al sostener que, a los efectos probatorios, se proscribe 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.° 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.° 6712-2005-HC/TC, y 1014-2007-HC/TC–; aunque, la STC n.° 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 sólo 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.

Es 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 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 facera 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 ésta dé lugar a la comisión de un delito, basta que no respete el ordenamiento jurídico [Castillo].

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. 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 CP).

2. 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 imputados 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–.

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. 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 RN número 1615-2002/Junín, de 19-12-2003, sobre torturas al imputado declarante; y, Ejecutoria Suprema RN número 2678-2006/Huánuco, de 17-7-2006, 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. 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].

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].

Finalmente, debe diferenciarse las normas sobre "prohibiciones probatorias" de otras clases de normas referidas a la admisibilidad de prueba [Guariglia]. Son las siguientes:

1. 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. 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.

3. Régimen normativo

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

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 invalorables 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 le 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 número 16-20056-Huaura, de 12-3-2010), **(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 aquéllos, 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 de 8-5-1997).

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, empero, comprende además los actos que dependen lógica o fácticamente del acto defectuoso [Cafferata], lo cual es obvio en tanto en cuanto 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 de 29-3-1990 y de 24-1-1998); aunque, es de 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 declara 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 de 11-10-1994). 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].

La inutilización que provoca los efectos del artículo 159 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 inefectividad.

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 DLE, 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 Córdova].

En principio, el fundamento de la prueba ilícita recae en el propio derecho material vulnerado en cada caso. Empero, 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].

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.° 34/1973, de 6-4-1973, 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*". Es 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 de 25-3-1998 y Valenzuela de 30-7-1998 [ARMENTA]. De ello fluye, como apunta SCHÜTZ, que el principio de proporcionalidad ensancha el ámbito de los espacios libres de persecución a través de olas prohibiciones probatorias [GONZALEZ-CUELLAR].

Desde las normas constitucionales se establece el principio conforme al 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 a los fines legítimos del proceso penal [CONTI]. La inutilización es, en estos casos, irremediable. (Así: C. Cost. de 4-4-1973, n.° 34, sobre interceptaciones; y, C. Cost. de 7-5-2008, n°. 149, sobre videograbaciones. De igual modo, Ejecutoria Suprema RN número 3429-2002/Lima, de 19-8-2004, sobre grabaciones sin autorización judicial). Sin embargo, desde una línea fina es de 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 en que 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 Silverthone Lambert Co. vs. USA (1920) y Nardone vs. USA (1937) [Chaia].

En la Argentina, que ha seguido cuidadosamente la jurisprudencia estadounidense, el primer caso fue "Hermanos Charles" (5-9-1891), en que 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.° 114/1984, de 26 de noviembre). 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 finalidad disuasoria, 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)–. A estos fundamentos, a continuación, se agregó la visión utilitarista de costes y beneficios –*cost-beneficit 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 15 a 20) 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 de 18-6-1992, 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].

Si se trata de normas con rango de ley, como postula Conti, se ha de distinguir entre:

1.° Inutilización general o propia: para referirse a la indicada en el artículo 159 del CPP. Rige el principio de ponderación.

2.° Inutilización especial: para referirse a los casos en que la prueba se adquirió o practicó violando una prohibición probatoria concreta (vgr.: 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.° 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).

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 (Cass., sec. I, de 25-10-2004).

Para determinar si tal "poder de instrucción" existe, se instituyen cinco elementos de control. El Juez debe:

1. Localizar el interés protegido desde la norma violada –la función de la norma violada–.

2. Establecer el rango de ese interés.

3. 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 – Cass., sec.VI, de 28-11-2008).

4. Determinar la efectiva utilidad probatoria del dato obtenido.

5. 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. Éstas 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.

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, de 18-120-2008. 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 USA permitió una serie de excepciones a la regla, bajo el modelo de costo beneficio, conforme al 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, empero, 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.

Es claro, seguidamente, que si se vulnera otra norma constitucional será del caso 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 de 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 parágrafo 15, que indaga la existencia, como postula la jurisprudencia italiana, de un "poder de instrucción".

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 de 17-6-1994) –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 sólo 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 10-10-1993, 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 USA 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, empero, 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 la Nación 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" (13-5-1986), reiterado en el caso "Francomano", acotó que: "*si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél*".

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 de 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 ésta, 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 los 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.

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. Éste, 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 la 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 de 16-1-1995). 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 su la ilicitud originaria o primaria fue necesaria o esencial para lo 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].

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 en cuanto 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. Se tiene el llamado "descubrimiento inevitable" (*inevitable discovery*) –sentencia Nix vs. Williams (1984), a la que siguió la sentencia Oregon vs. Elstad (1985)–, conforme al 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" (número 4826-2005/Lima, de 19-7- 2007), que excepcionalmente justificó un registro domiciliario sin orden judicial pero con causa probable [VILLAR].

2. 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.° 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.° 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 de 8-11-1999).

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 la 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. 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 que se trate de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar la voluntariedad de la misma (v.gr.: STSE de 12-2-2014). 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. 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 inadmisible 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].

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. Leon (1984), esta última imitada por la STCE 22/2003, de 10 de febrero, y la STSE 994/1977, de 4 de julio–. En la sentencia USA vs. Leon, 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 de 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 éste 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 a 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 donde 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. Leon (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. Empero, 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*.

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 de 16-5-1996, 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 de 23-1-2013). 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 concurran 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.° 406/2010). Las limitaciones para revisar los hechos en casación rigen también para aquellos que fundan la presunta ilicitud de una prueba [Martínez Jiménez].

Otra excepción, derivada de la teoría española de la "conexión de antijuricidad" –iniciada en la STCE 81/1998, de 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, de 2-9-1999, 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 de 19-12-2013], y **(iii)** se trate de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad [SSTEDH casos JB de 3-5-2011 y Weh de 8-4-2004]–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 tesitura 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, de 13-3-1999, y 370/2008, de 19-6-2008) 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].

Empero, lo cierto es que, como plantearon las SSTSE de 17-1-2003, y n.° 160/2003, de 24-2-2003, y 1048/2004, de 22-9-2004, 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 aquélla que sirva para remediar la violación previa [Asencio]. Por lo demás, como dejó anotado la STSE 125/2010, de 16-2-2010, "[...] *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 adecuan 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 éstas 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].

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.

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 éste; la justicia no va a cuidar los derechos de los ciudadanos, más allá de que éstos estén interesados en su preservación [CAFFERATA]. Al respecto, la Corte Suprema de la 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 éste 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, de 24 de marzo)–. Tercera, tampoco se lesiona el derecho a la intimidad, en tanto 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 de 10-2-1998)–; 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 de 11-5-1994).

Empero, es de 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 mini-micrófonos, las cámaras ocultas, los agentes encubiertos y los informantes agotan la información sobre el imputado, sin dejarle siquiera la libre decisión de si hubiere deseado hacerle llegar esta información a las autoridades encargadas de la investigación o no" [Cafferata].

La doctrina de los "hallazgos casuales" incide, de uno u otro modo, en la inutilizabilidad probatoria. Ésta 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, de 4 de marzo, y 981/2003, de 3 de julio) y el de la regla de la conexidad (SSTSE de 30-3-1998 y de 4-10-1993).

Si el hallazgo fue producto de una diligencia de ingreso y registro válida legalmente en su origen; y, este hallazgo es de buena fe –no fraudulento (STCE 41/1998, de 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, de 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 éste resultado positivo, por lo que se aplican las normas sobre conexión, en consecuencia, no existe novación del objeto de investigación, sino simple adición a éste [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 y de 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].

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 subrepticiamente los resultados de una interceptación viciada en sí misma (Sentencia Cass., sec. II, de 18-3-2008). 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 de 24-9-2003 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 subrepticiamente la referida prohibición probatoria expresamente establecida.

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

1. Control de oficio. En tanto la declaración de no utilización de fuentes o de 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 sólo 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 sólo limita la acción de los poderes públicos y, más en concreto, de que los derechos fundamentales sólo 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 particular cuando actúan como instrumentos de agentes del orden público [Chaia]– 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, 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 aporta n al proceso penal sin respetar las disposiciones relativas a la forma en que deben adquirirse esas pruebas [Chaia]. El Tribunal Constitucional claramente opta por esta 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 número 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 número 1124-2002-AA/TC).

2. 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 número 4023-2007-PHC/TC-Lima, de 4-10-2007, caso García Sifuentes; y, de la STC número 655-2010-PHC/TC-Lima, de 17-10-2010, caso Quimper 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 CPP estipula que la restricción de derechos requiere de su conformidad con la ley, y el artículo 337 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 número 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 ingresa 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 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 CPP). En ambos casos será pertinente, siempre, definir si se presenta un caso de inutilización de pruebas.

Por consiguiente, es profundamente equivocada la STC número 655-2010-PHC/TC, de 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 tesitura. El CPP considera la prueba ilícita como un supuesto de ineficacia que debe decretarse y denunciarse cuando antes, tan pronto sea conocida, aunque es obvio que, en tratándose de inutilización de pruebas, no cabe la convalidación ni opera la preclusión [Campaner]. Una prueba ilícita no solo puede fundar una sentencia condenatoria, tampoco puede servir para imputar, procesar o adoptar medidas de coerción contra el encausado.

Una prueba ilícita no es que afecte el principio de valoración de la prueba –que sería el caso si se espera a la emisión de la sentencia–, sino 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 número 2333-2004/HC-TC-Callao, de 12-8-2004, 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 sólo 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 aquélla, aun cuando se reconozca determinado riesgo de una contaminación psicológica [CAMPANER].

3. 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].

PARTE OCTAVA

IMPUGNACIÓN PENAL

LECCIÓN VIGÉSIMA TERCERA

IMPUGNACIÓN PENAL

I. ASPECTOS GENERALES

1. Regulación

El CPP dedica el Libro IV a la impugnación penal. Comprende un total de 42 artículos: 404-445. Este Libro está subdividido en siete Secciones. Son las siguientes:

A. Sección I. Preceptos generales: artículos 404-412 (nueve artículos).

B. Sección II. Recursos: artículos 413-414 (dos artículos).

C. Sección III. Recurso de reposición: artículo 415 (un artículo).

D. Sección IV. Recurso de apelación: artículos 416-426 (once artículos). Se subdivide en tres títulos:

(i) Título I. Preceptos generales: artículos 416-419 (cuatro artículos).

(ii) Título II. Apelación de autos: artículo 420 (un artículo).

(iii) Título III. Apelación de sentencias: artículos 421-426 (seis artículos).

E. Sección V. Recurso de casación: artículos 427-436 (diez artículos).

F. Sección VI. Recurso de queja: artículos 437-438 (dos artículos).

G. Sección VII. Acción de revisión: artículos 439-445 (siete artículos).

2. Definición

La doctrina alemana utiliza, en un sentido más amplio, el concepto de remedios jurídicos, como un instrumento procesal que la ley pone a disposición de las partes –y también de intervinientes accesorios– encaminado a provocar un nuevo examen de los asuntos resueltos. Estos actos procesales –que importan

diversas vías que el ordenamiento jurídico reconoce a las partes para controlar la actuación de los órganos jurisdiccionales– están sometidos al principio *iudex ne procedat ex officio* [BELING].

Los *remedios jurídicos* pueden ser: **(i)** impugnación: recursos y acciones de impugnación (Libro IV CPP); **(ii)** acción de tutela del imputado contra la conducta del fiscal instructor (artículo 71.4 NC PP); **(iii)** oposición a la exhibición de bienes (artículo 224.2 CPP); **(iv)** reexamen de pruebas, de medidas de búsqueda de pruebas, de intervención de comunicaciones, de incautación de bienes (artículos 155, 204, 231.3 y 319.2 CPP); **(v)** reposición del plazo (artículo 145 CPP), **(vi)** examen judicial de disposición fiscal sobre medidas de protección (artículo 251 CPP); **(vii)** instancia de elevación de la disposición de archivo al fiscal superior (334.5 CPP); **(viii)** aclaración y corrección de resoluciones (artículos 406 y 407 CPC) y, finalmente, **(ix)** el incidente de nulidad de actuaciones (artículos 149-154 CPP).

En orden a los remedios jurídicos, debe tenerse en cuenta una regla básica: el instrumento procesal utilizado debe adecuarse al acto procesal que se cuestiona, conforme al artículo 358 CPC (Casación Civil, Sentencia n.° 1278-2004/Loreto, de 28-02-06). En especial, no resulta posible la sustitución de los medios de impugnación que la ley franquea por articulaciones de nulidad de actuaciones. Así lo tiene decidida la casación, entre otros, en las Sentencias n.° 607-99 y 1188-01. Igualmente, está prohibido el doble recurso contra una misma resolución (Casación Civil, Ejecutoria Suprema n.° 576-2001).

3. La impugnación penal

3.1. Concepto y tipología

La voz impugnar significa combatir o solicitar la invalidación de algo, en especial una decisión oficial [ALVARADO]. De esta manera, la impugnación penal es el instrumento legal puesto a disposición de las partes destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad [ORTELLS]. Su presupuesto es siempre una resolución judicial; solo los actos de decisión a cargo del tribunal son pasibles de impugnación por esta vía [D'ALBORA]. La titularidad del derecho de impugnación (*legitimatio ad causam*), la atribución de este derecho corresponde a las partes [LEONE]. Todo medio de impugnación inicia una nueva fase, que se enlaza a la que está en curso, o hace revivir dentro de ciertos límites el que ya estaba concluido –que es el caso de la acción impugnativa de revisión– [FLORIÁN].

Tratándose de sentencias definitivas, aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos solo exige que se prevea un recurso frente a las sentencias condenatorias, ese mínimo no es de recibo en nuestra Constitución que no impone límites al respecto. Por lo demás, la tutela de las garantías que asisten al acusado no es la única finalidad perseguida por el proceso penal; además de ella, la búsqueda de la verdad como elemento legitimador de la decisión judicial es una finalidad esencial, pues solo a través de la contradicción entre varias versiones de los hechos y de la revisión de los posibles errores en los que incurre la resolución judicial que resuelve sobre ellos es posible llegar a conocer la verdad [Fernández López].

Los medios de impugnación, para los que se exige una declaración expresa de voluntad por quien procura obtener un nuevo examen de lo decidido, pueden clasificarse del siguiente modo:

(i) Acciones de impugnación consistentes en la incoación de un nuevo proceso por haber adquirido firmeza la sentencia con la que se dirigen (artículos 439-445 CPP) –es una nueva acción o pretensión de carácter constitutivo–: acción de impugnación; y

(ii) Medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de las cuestiones ya resueltas mediante resoluciones no firmes (artículo 413 CPP): recursos de reposición, apelación, casación y queja –son una prolongación del derecho de acción–.

La finalidad del medio de impugnación es corregir vicios tanto en la aplicación del derecho como en la apreciación de los hechos padecidos por la resolución final y, además, analizar el trámite seguido durante el desarrollo de la causa – en este último supuesto se analiza si los actos del procedimiento se han producido con sujeción a lo previsto por la ley en lo que atañe a los sujetos, al objeto y a las formas– [D'Albora]. En suma, su finalidad es garantizar, en general, que todas las resoluciones judiciales se ajusten al derecho y, en particular, que la Sentencia sea respetuosa con las exigencias de la garantía de la tutela jurisdiccional [Gimeno].

3.2. Bases de la impugnación. Notas esenciales

Los jueces desarrollan su función de aplicar la ley en las causas de que conocen, sometidos a normas constitucionales –sustantivas y procesales–, después a normas ordinarias materiales o sustantivas, para resolver sobre el fondo y, por fin, a normas procesales, ordenadoras de la actividad necesaria para llegar a la

decisión del caso. Cualquiera de estas normas puede ser, así calificadas por las partes, incorrectamente entendida y aplicada; asimismo, el juzgador ha podido errar en la determinación de la base fáctica fundamento de su juicio. A partir de estas premisas se percibe los medios de impugnación, **(i)** como un derecho de impugnación, ligado al valor seguridad jurídica y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; y **(ii)** como necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas –o cumplan su función pacificadora–, y el derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo [BINDER].Tales son las bases que permiten a las partes cuestionar las decisiones jurisdiccionales.

A partir de lo expuesto, las partes, en tanto una resolución judicial les produzca un perjuicio o gravamen, pueden instar un nuevo examen y una nueva resolución del asunto, sobre el que recae la resolución impugnada. Si se trata de una sentencia firme, el instrumento procesal es la demanda de revisión; si se trata de una resolución no firme, el instrumento procesal es el recurso.

Desde sus notas esenciales se tiene no solo que **(i)** la parte perjudicada por la resolución ostenta legitimación para recurrirla. También que **(ii)** la interposición de la impugnación no afecta la subsistencia de los efectos procesales de la litis, permaneciendo durante su tramitación los efectos de la litispendencia, y si el recurso es devolutivo la jurisdicción pasa a ostentarla el *iudex ad quem*. Asimismo, que **(iii)** el uso de los medios de impugnación es independiente de la posición que las partes ostenten en el litigio, pudiendo ser recurrente, tanto el Ministerio Público, el querellante o el actor civil, como el imputado o el responsable civil. Igualmente, que **(iv)** a través de los mismos no cabe alterar los elementos esenciales del objeto procesal que queda delimitado con la acusación fiscal. Finalmente, que **(v)** la impugnación ha de ser interpuesta en los plazos y con las formalidades en cada caso contemplados en la Ley [GIMENO].

3.3. Recurso

De manera unánime se acepta el término recurso a todo medio de impugnación; y, de esta forma, se habla de recurso de apelación, nulidad, casación, entre otros [ALVARADO]. El recurso, entonces, es el instrumento procesal concedido a las partes en un proceso penal –es un acto de postulación de parte– para poder manifestar su disconformidad, dentro de ese mismo proceso, con las resoluciones que en él pudieran dictarse y que entendieran negativas o perjudiciales para sus intereses, pidiendo bien su modificación o su anulación [MONTÓN]. Los motivos generales del recurso son dos: ilegalidad e injusticia. Es decidido por el mismo

órgano judicial que dictó la resolución cuestionada o por otro superior, y su objeto es evitar los errores judiciales, y asegurar la aplicación correcta y uniforme del derecho [Gimeno]. En otras palabras, es el vocablo usado por el directamente afectado por una resolución judicial emitida por el juez que conoce la causa para atacarla ante el superior jerárquico, esto es, se puede impugnar toda resolución judicial, y cuyo conocimiento le corresponde al superior jerárquico del juez que emitió el pronunciamiento impugnado [Alvarado].

3.4. Fundamento

La impugnación tiene un directo amparo constitucional en el artículo 139.6 de Ley Fundamental, que garantiza la pluralidad de la instancia –como tal, es de configuración legal: para su ejercicio no basta con la invocación al citado artículo constitucional–, se precisa que el legislador lo haya desarrollado legalmente [Moreno Catena]. Su desarrollo básico –que impone necesariamente un recurso superior, jerárquico, de pleno conocimiento– en el proceso penal se encuentra en el artículo I.4 TP CPP: "Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia [las denominadas 'resoluciones de fondo'] son susceptibles de recurso de apelación [requieren ser sometidas al control de un órgano jerárquicamente superior al que la dictó]". La LOPJ estipula en su artículo 11 que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Solo la Corte Suprema falla en casación, la que, si la ley lo establece, también puede conocer en vía de recurso de apelación, pero solo cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema (artículo 141 Const.).

Cabe aclarar, sin embargo, que del principio constitucional de la pluralidad de la instancia –traducido por la LOJP como doble instancia– no se deriva necesariamente el derecho fundamental de apelar todas las providencias judiciales, pues aquel no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias –según nuestra Constitución diremos decisiones definitivas que se pronuncien sobre el objeto procesal o pongan fin al procedimiento penal–, las cuales siempre podrán ser impugnadas [Bernal/Montealegre].

El acceso al recurso, bajo una concepción amplia y favorable a su ejercicio, está protegida constitucionalmente por la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.), a partir de la cual se aplica el principio hermenéutico *pro accione*, que veda aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines

que preservan y los intereses que sacrifican. Establecido un recurso por la Ley Procesal, el ciudadano tiene derecho a que no se le prive de ese recurso previsto por el ordenamiento jurídico [BANACLOCHE].

Más allá de estas consideraciones, el fundamento de la impugnación se encuentra **(i)** en el reconocimiento de falibilidad humana –posibilidad de errores en la aplicación de las normas jurídicas y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar–; y **(ii)** en la necesidad que la certeza alcance su plenitud cuando la parte gravada por una resolución judicial la estime no adecuada a derecho –insatisfacción subjetiva de la parte perjudicada por la resolución judicial–, cuyo ejercicio incrementa el nivel de acierto en aquella [GIMENO]. Precede a todo, sin embargo, como presupuesto del fundamento del medio de impugnación, la injusticia en la decisión [GUARIGLIA].

Si la falibilidad humana es el fundamento de la impugnación, parece lógico que, teniendo la materia judicial una importancia central para la paz social, es de rigor disponer la posibilidad de impugnación de las resoluciones judiciales a cargo de alguien ajeno al Poder Judicial: los litigantes, a partir del cual el enjuiciamiento gana en reflexión, en control externo y, por tanto, en razonabilidad y perfección [NIEVA].

La impugnación, entonces, persigue:

A. Ofrecer a las partes la posibilidad de poder combatir los errores en que pudieran haber incurrido los jueces al enjuiciar por primera vez un determinado asunto.

B. Además, desde una perspectiva meramente objetiva, constituye una garantía que acrecienta indiscutiblemente el nivel de acierto en la decisión final.

C. En los medios de impugnación devolutivos se estimula, incluso, el celo y la diligencia de los jueces que hayan de resolver por primera vez la cuestión. Opera como una medida de prevención general al voluntarismo judicial [GARBERÍ].

3.5. Notas esenciales

Son cinco:

A. La regla general –con cargo a su mayor desarrollo en otro epígrafe– es que solo la parte perjudicada con una resolución judicial tiene legitimación para recurrirla.

B. La interposición de un recurso no afecta la subsistencia de los efectos procesales de la litis, permaneciendo durante su tramitación los efectos de la litispendencia –el efecto más importante es, entonces, impedir que la resolución recurrida adquiera firmeza–. Si el recurso es devolutivo la jurisdicción pasa a ostentarla el Tribunal *Ad Quem*, sin perjuicio que el juez *a quo* mantenga su competencia para la adopción de determinadas medidas provisionales.

C. La posibilidad de utilización de los recursos es independiente de la posición procesal de las partes, en tanto experimenten un gravamen. Pueden ser recurrentes tanto el acusado como el fiscal, la persona jurídica, el actor civil y el responsable civil.

D. El recurso no permite alterar el objeto procesal; impide resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente en la etapa correspondiente. La impugnación recursal determina, por tanto, la prolongación del proceso a través de un nuevo procedimiento, que sucede a aquel, que ha conducido a la decisión impugnada [Carnelutti].

E. Los recursos han de ser interpuestos en los plazos y con las formalidades legalmente previstas [Gimeno].

II. RECURSOS PENALES Y CLASIFICACIÓN

1. Clasificación

Los recursos penales son de dos clases: impugnación en sentido estricto y medios de gravamen [Cortés].

A. Medios de impugnación en sentido estricto. Recursos que están dirigidos a alcanzar la nulidad o rescisión de la resolución, ya sea por vicios de actividad o por defectos de juicio. Por ejemplo, recurso de apelación contra sentencias y recurso de casación. Los vicios y defectos son [Gorsd]:

(i) Vicios de actividad (*in procedendo*). Es la violación de normas procesales. El juez se encuentra frente a la ley procesal en una posición de destinatario de las normas. Ellas regulan su conducta y le imponen actuar de un modo determinado en el proceso. Su inobservancia origina error *in procedendo*, esto es, irregularidades en alguno de los actos externos que componen la resolución y el procedimiento que la antecede –la resolución carece de alguno de los presupuestos de su

formación procesal que vician su origen o forma [FENECH]–. Son de dos tipos.

- Defecto de tramitación o vicio de procedimiento. Inobservancia del rito establecido para llegar a la sentencia. Afecta la regularidad del juicio. Así, denegación ilegal de prueba, omisión de citación o emplazamiento, no suspensión del juicio.
- Defecto estructural de resolución o vicio por defecto del fallo. Inobservancia de las reglas de conformación de la resolución, sea en los antecedentes fácticos de la misma, en la motivación –por ausencia o por defecto–, o en la decisión –incongruencia–. Así, contradicción de hechos probados, incongruencia *extra petita, citra petita.*

Estos defectos inciden en los requisitos que debe cumplir un acto procesal: modo, contenido, tiempo u oportunidad en que debe producirse, así como al lugar, a los actos que deben precederlo o rodearlo o seguirlo, y a su compatibilidad con las conductas procesales anteriores. Este error, en suma, se traduce en la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso, la comisión de irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso [VESCOVI].

(ii) Defectos de juicio. Es la violación de normas de derecho material. El juez se encuentra frente a las normas materiales en una posición diversa. El juez interpreta, declara, aplica el derecho a los hechos. El defecto de juicio importa una desviación o equivocación lógica del fallo, una vulneración de los presupuestos que determinan la corrección de su contenido. Son de dos tipos.

- Vicio in iuris. Error en la inteligencia de la norma aplicable al hecho fijado. Puede ser: **1.** Error por inobservancia de la ley: omite el cumplimiento de lo que la ley manda en un caso concreto. **2.** Error en la aplicación de la ley: inexacta valoración jurídica del caso por defecto de selección de la ley aplicable o por defecto de interpretación.
- Vicio in factum. Error que versa sobre una fijación de los hechos que difiere de la verdad histórica. Es decir, sobre el mérito de los elementos probatorios tenidos en cuenta para determinar el

núcleo fáctico del caso –supuesto fáctico equivocado o incorrecta interpretación de la situación de hecho–.

B. Medios de gravamen. Recursos que están ordenados simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir a la primera que perjudica los intereses del recurrente, pero que no necesariamente debe ser ilegal o lícita. Sustenta la vigencia de la garantía del doble grado de jurisdicción penal.

Por ejemplo, recursos contra resoluciones judiciales de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia (reposición, apelación y queja).

2. Condiciones constitucionales del sistema de recursos

2.1. Exigencias constitucionales

Son cuatro las exigencias constitucionales del sistema recursal:

A. Control de legalidad de las resoluciones, tanto de las leyes de fondo como las de rito.

B. Garantizar el valor justicia, a través del doble grado de jurisdicción.

C. Formación de la doctrina jurisprudencial y búsqueda de la unidad del derecho.

D. Tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los jueces.

Así, corresponde a la Corte Suprema, a través del recurso de casación, la misión de uniformizar la jurisprudencia y tutelar los derechos fundamentales. Por su parte, corresponde a la Corte Superior, a través del recurso de apelación –entendido como un recurso ordinario y generalizado–, garantizar la justicia del caso concreto y tutelar la legalidad ordinaria.

2.2. Directivas en materia de recursos

Antes de ingresar a mencionar las directivas, es preciso hacer un breve resumen de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CIDH– dictada en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

2.2.1. Antecedentes: SCIDH de 02-07-04: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

El caso se refiere a violaciones cometidas por el Estado, al haber emitido el 12-11-99 una sentencia condenatoria, como consecuencia de que los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre, todos de 1995, se publicaron en el periódico *La Nación* diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa. Su contenido consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves. La mencionada sentencia, emitida por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, condenó al Sr. Herrera Ulloa como autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, por lo que se le impuso una pena consistente en una multa y además se le ordenó que publicara el "Por tanto" de la sentencia en el periódico *La Nación*. Asimismo, la sentencia declaró con lugar la acción civil resarcitoria y, por ende, se condenó al señor Herrera Ulloa y al periódico *La Nación*, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de una indemnización por concepto de daño moral causado por las mencionadas publicaciones y, a su vez, al pago de costas procesales y personales. Se ordenó al mencionado periódico que retirara el enlace existente en *La Nación digital*, que se encontraba en Internet, entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, y que estableciera una liga en *La Nación digital*, entre los artículos querellados y la parte resolutiva de la sentencia.

El defensor del querellado Herrera Ulloa y apoderado especial de este último y del periódico *La Nación* interpuso ante el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José un recurso de casación contra la sentencia condenatoria por, *inter alia*, vicios en el fundamento de la sentencia por quebranto de las reglas de la sana crítica. Con la interposición del recurso se solicitó que se procediera a la anulación de la sentencia y a la absolución del imputado. Asimismo, Herrera Ulloa interpuso de manera conjunta con el señor Fernán Vargas Rohrmoser, en su condición de apoderado de *Nación*, un recurso de casación independiente del planteado por su defensor por, *inter alia*, inobservancia del debido principio lógico de derivación y por falta de correlación entre acusación y sentencia.

El 24-01-01 la Sala III de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar los recursos de casación interpuestos. Como consecuencia de esa decisión quedó firme la sentencia condenatoria. 21-02-01 se ordenó la ejecución de la sentencia. El 3 de abril del mismo año el Tribunal Penal de Juicio de Primer Circuito Judicial de San José declaró sin lugar el recurso de revocatoria y nulidad concomitante interpuesto

por el defensor de Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico *La Nación*. El 24-04-01 el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José ordenó la suspensión de la ejecución de la sentencia y de las resoluciones que al respecto dependan de ella.

2.2.2. Análisis de la CIDH

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. El artículo 8.2h de la Convención Americana dispone que durante el proceso toda persona tenga derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. En este sentido la Corte considera que el derecho de recurrir es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Con ello se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. La Corte precisa que el derecho a recurrir el fallo consagrado por la Convención no se satisface con la mera existencia de un órgano superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Una verdadera revisión requiere que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Es de acotar que el proceso penal es uno solo a través de diversas etapas que incluye la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

En este sentido, el recurso que contempla el artículo 8.2h de la Convención debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho. Los Estados no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. No basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. Esto es, la posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Es importante, por tanto, que el recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

En el presente caso los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria no satisfacen el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permita que el Tribunal Superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el Tribunal Inferior. Lo expuesto conlleva que el recurso de casación planteado contra la sentencia condenatoria no satisface los requisitos del artículo 8.2h. de la Convención en cuanto no permitió un examen integral sino limitado.

2.2.3. Directivas a partir de lo resuelto por la Corte

La CIDH en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica de 02-07-04, fijó seis directivas en materia del sistema recursal.

A. El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial. Debe permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.

B. El derecho al recurso debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera firmeza.

C. El Tribunal Superior debe reunir las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. El proceso es uno a través de sus diversas etapas.

D. El recurso debe ser eficaz y accesible. Debe evitarse dificultades a su acceso y dar respuesta a su finalidad revisora.

E. El Tribunal Superior debe proteger las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes.

F. El recurso debe garantizar el examen integral de la causa. Es insuficiente circunscribirlo a la revisión de los aspectos formales y legales de la sentencia. Por eso la casación sin apelación previa viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Principios generales del recurso

3.1. Identificación

Son cinco los principios que deben tenerse en consideración: **(i)** principio dispositivo, que es el más trascendente y, hasta cierto punto, base de los demás; **(ii)** *tantum devolutum quantum apellation* o efecto parcial devolutivo; **(iii)** interdicción

de la *reformatio in peius*; (iv) limitación del poder de reparación o integración; y (v) renuncia, irretractabilidad y desistimiento.

3.2. Principio dispositivo

Las partes, emitido un fallo, se adueñan del proceso delimitando las pautas del juego. Rige su voluntad, que condiciona la etapa de impugnación. Solo ellas pueden impugnar voluntariamente y según sus propias expectativas procesales –el presupuesto sustancial es la disconformidad con un pronunciamiento jurisdiccional–. Cuatro son las consecuencias de este principio: **(i)** impugnar en forma parcial una resolución, aceptando los puntos no cuestionados; **(ii)** desistir del recurso interpuesto; **(iii)** renunciar a la facultad de recurrir; **(iv)** efecto extensivo del recurso en lo favorable para el no recurrente (artículo 408.1 CPP). Las partes, pues, tienen el poder de influir en el desarrollo del procedimiento recursal: nacimiento, modificación, extinción; ellas piden una determinada decisión, introducen una pretensión concreta, de ahí que se justifica que la ley pida como presupuesto básico de su ejercicio: el interés o gravamen [Leone].

Esta regla, empero, admite tres matizaciones. **1.** Recurso del fiscal a favor del reo, a pesar de la conformidad de él –es una regla de carácter excepcional y subsidiaria, por lo que es de estimar que es aplicable solo cuando el reo carece de una efectiva asistencia jurídica necesaria–. **2.** Recurso del fiscal incorporando motivos distintos del recurso del reo (artículo 405.1a CPP). **3.** Anulación de oficio. Esta última excepción a la regla general solo procede en caso de nulidades absolutas o insubsanables no advertidas por el impugnante, de relevancia constitucional y configuradas a favor de él (artículos 409.1 y 150 CPP), salvo cuando se trata de una sentencia absolutoria impugnada por el fiscal o el actor civil, pues las garantías del imputado no pueden ser utilizadas en su contra invalidando una resolución que, a pesar de la inobservancia de preceptos constitucionales específicos, le ha sido favorable. En todo caso, el fiscal no puede hacer valer la infracción de normas jurídicas establecidas únicamente en favor del acusado, para conseguir la anulación de la sentencia en perjuicio de este [Guariglia].

3.3. Limitada competencia del Tribunal Superior. Efecto parcialmente devolutivo

El *tantum devolutum quantum appellatum* es un límite de la extensión del conocimiento del Tribunal de Revisión [Fenech]. El Tribunal Superior encuentra su límite de conocimiento y decisión tanto en la propia resolución recurrida cuanto

en aquellos puntos cuestionados por el recurrente, es decir, en los motivos del agravio, aun cuando advierta errores no planteados por este (artículo 409.1 CPP). El Tribunal Superior, empero, podrá conocer de aquellos temas que por íntima conexión resultan imprescindibles para absolver la pretensión impugnativa –no se excluye, sin duda, la denominada especificación implícita, esto es, la extensión del motivo concerniente a una cuestión a todas las otras que estén lógicamente implicadas en ella– [CARNELUTTI]. Esta regla es la principal consecuencia efectiva desde los poderes del Tribunal Revisor del principio dispositivo.

Si bien el análisis recursal del Tribunal Superior se limita a los agravios hechos valer por el recurrente, es posible que pueda examinar otros puntos para mejorar y extender lo beneficioso a otros no recurrentes. La excepción a la regla se encuentra en el recurso del fiscal deducido contra el imputado, en cuya virtud el Tribunal puede modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado (*reformatio in melior*) [PALACIO]. El límite cognoscitivo que impone el principio de congruencia para el juez de primera instancia se aplica también a la alzada, cuyo conocimiento en la causa se recude, por un lado, a las peticiones realizadas en la fase de constitución del proceso, y por otro, al alcance de los recursos concedidos [DE SANTO].

Cabe aclarar que si el Tribunal detecta vicios de procedimiento que se refieren al reo –a sus garantías– y el recurso proviene del fiscal, no puede anular la decisión recurrida si esta le ha sido favorable. Asimismo, si el reo recurre un fallo condenatorio en el extremo de la configuración de una circunstancia agravante, el fiscal "a favor del reo" no puede introducir elementos que este no quiere plantear; por ejemplo, recurrir alegando vicios de procedimiento para pedir la nulidad de la resolución. De otro lado, es posible omitir el análisis de agravios notoriamente inconducentes (CSJN, Argentina de 06-06-95).

3.4. Prohibición de la *reformatio in peius*

El artículo 409.3 CPP establece que la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio –la interdicción de la *reformatio in peius* proviene de un célebre pasaje de Ulpiano: *licet enim nonunquam bene latas sententias in peius reformet*; esto es, prohíbe que la condición jurídica de un recurrente resulte empeorada por obra exclusiva de su propio recurso [ALMAGRO]; no puede pronunciarse una nueva sentencia más desfavorable al imputado sobre el mismo objeto (RN n.° 379-2015/Lima, de 24-09-15). Es una derivación del principio acusatorio y su vulneración afecta concurrentemente

la garantía de defensa procesal [Armenta], erigiéndose, en suma, en otro límite a la competencia del Tribunal Revisor, pero un límite respecto de la calidad del contenido de la resolución superior; el Tribunal Constitucional la calificó de una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, y si bien identificada con el derecho de defensa, tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios (STC 1918-2002-HC/TC). Por consiguiente, el Tribunal *Ad Quem* ha de dar a la resolución que emita el contenido que encuentre más ajustado a derecho, sin perjudicar al que interpone el recurso. No rige, desde luego, en las impugnaciones mixtas o cruzadas: varias partes enfrentadas entre sí impugnan la misma resolución, en la que exista re curso acusatorio.

El respeto de esta interdicción por parte del Tribunal Superior –basada en razones de política criminal [Fenech]– exige que los cambios que puede realizar cuando absuelva el grado no deba alterar el resultado final del juicio. Vale decir, la clase y extensión de las consecuencias jurídicas impuestas, sin perjuicio de respetar el hecho acusado –la declaración de certeza del juez *a quo*– y su propia competencia y la del juez de primer grado. El límite en cuestión se circunscribe a la pena y la reparación civil, pero no a la declaración de culpabilidad –a las categorías del delito, por lo que es indistinto en cuál de ellas se ampare el Tribunal Superior en tanto tengan el mismo alcance–. La interdicción de la reforma peyorativa debe ser observada en relación con la parte dispositiva de la decisión y no en función a su parte considerativa, y se circunscribe a los aspectos de la resolución que le resultan desfavorables al recurrente (Casación civil, Sentencias n.° 674-96/Lima, y 182996/Callao).

En tal virtud, el Tribunal *Ad Quem* puede cambiar el título condenatorio, grado del delito y tipo de autoría o participación, sin perjuicio de respetar las consecuencias jurídico-penales –no debe agravar la pena impuesta al recurrente en la instancia anterior, como por ejemplo extender el ámbito de la pena de inhabilitación, no solo la duración de esta– y, esencialmente, sin cambiar los hechos objeto de debate en la causa. Como sostiene la doctrina mayoritaria, al hablarse de perjuicio en la prohibición de la *reformatio in peius*, no se entiende por tal un concepto jurídico, como sería una calificación jurídica más grave, sino, de hecho, por lo que puede variarse la calificación jurídica a una más grave, siempre y cuando la pena no sea aumentada ni suprimidos los beneficios acordados [Llobet].

Lo que no está prohibido, en cambio, es la posibilidad de mejorar. En consecuencia, frente a un recurso acusatorio del fiscal, el tribunal puede mejorar la posición jurídica del imputado (artículo 409.3 CPP). Lo propio rige para un recurso defensivo, en cuya virtud el Tribunal Superior puede mejorar la situación

jurídica del imputado más allá de su expresa pretensión impugnativa. Lo expuesto es una expresión del principio del *favor rei*, en cuya virtud el imputado, que soporta una limitación en la esfera de su libertad jurídica, se ve favorecido por el derecho en el sentido de que dicha limitación será siempre lo menos gravosa posible en la reglamentación de los intereses opuestos [LEONE].

La prohibición de la reforma peyorativa se extiende incluso al juicio de reenvío, aún si se anula el juicio a instancia de un recurso a favor del imputado. El artículo 426.2 CPP precisa que no se podrá aplicar una pena superior a la impuesta en el primero. Así, por ejemplo, se ha pronunciado la Casación Argentina: "el Tribunal del reenvío deberá acotar su desarrollo respecto del objeto procesal contenido en el requerimiento de elevación a juicio [auto de enjuiciamiento], al material probatorio producido y al margen punitivo impuesto en la sentencia recurrida" (Sala IV, de 04-05-01.

3.5. Poder de reparación o integración

Si en el marco de un único hecho procesal, entendido como el dato fáctico íntegro que constituye el objeto del proceso penal, esto es, el acontecimiento histórico mencionado en la acusación en tanto que forma, al margen de su calificación jurídica, un todo unitario cuyo procesamiento separado dividiría de forma artificial, hechos que forman parte de una unidad [SCHLÜCHTER: BGHSt 29, 283 (293)], el Tribunal *A Quo* olvidó una calificación jurídica, el Tribunal *Ad Quem* puede reparar la omisión y, en consecuencia, integrar la decisión, pues no agrega un hecho nuevo no valorado –este es el límite planteado por el principio acusatorio–.

En cambio, si el Tribunal *A Quo* omitió juzgar un hecho procesal independiente, el Tribunal *Ad Quem* no puede subsanarlo, porque ese hecho no ha sido elevado a su conocimiento. Si el Tribunal *A Quo* juzgó un hecho sin acusación, el Tribunal *Ad Quem* debe sobreseer. No cabe acusación suplementaria con motivo del recurso o en sede recursiva, pues ello perturbaría el desarrollo de la instancia recursiva.

3.6. Renuncia, desistimiento e irretractabilidad

3.6.1. Regla general

Las manifestaciones acerca del recurso que haga la parte –como actos procesales–, en principio, son incondicionales, irretractables e irrecurribles. El

recurrente solo puede desistirse de la interposición de un recurso ya formulado (artículo 406 CPP).

3.6.2. Desistimiento

El desistimiento es la facultad que se otorga a las partes para manifestarse con eficacia plena en sentido contrario al progreso del recurso procedente o ejercitado [Clariá]. Como expresión del principio dispositivo, la retirada de un recurso legal interpuesto es plenamente aceptable; la parte tiene plena disponibilidad de su pretensión impugnatoria. Con arreglo al citado artículo 406 CPP, el desistimiento está sometido a cuatro requisitos, comunes a todas las partes: **1.** Solo están autorizados a desistirse quienes hayan interpuesto un recurso. **2.** Se presenta ante el juez que está tramitando el recurso, siempre antes que el grado haya sido absuelto. **3.** El desistimiento debe ser fundamentado, la parte debe explicar las razones del desistimiento. **4.** Si la solicitud la presenta el defensor, requerirá mandato o autorización expresa de su patrocinado, aun cuando él directamente haya recurrido. El desistimiento es personalísimo, no afecta a los demás recurrentes, adherentes y originarios, quienes en su caso cargarán con las costas; empero, el desistimiento afectará a los coimputados que hubiesen gozado del efecto extensivo del recurso [Palacio].

Una extensión del desistimiento es la denominada deserción del recurso, estimado como un desistimiento tácito que produce los mismos efectos. Tiene lugar cuando el recurrente no cumple un acto procesal de mantenimiento del recurso imperativa y taxativamente impuesto. Es el caso de la inasistencia a la audiencia de apelación o de casación (artículos 423.2 y 431.2 CPP).

La Casación n.° 22-2010/Cusco, de 23-09-10, en un caso de apelación del fiscal provincial contra un auto desaprobatorio del acuerdo de terminación anticipada, en que el fiscal adjunto superior en la audiencia de apelación expresó su disconformidad con el recurso acusatorio, por lo que la Sala de Apelaciones declaró que se había producido un desistimiento del Ministerio Público sobre el referido recurso interpuesto por el señor fiscal provincial, declaró que esa discrepancia no puede ser tomada como un desistimiento porque la ley exige que el desistimiento sea expreso y está sometido a un trámite específico. En tal virtud, decidió que la Sala Superior no había respondido los agravios del fiscal provincial y, por ende, vulneró la garantía constitucional de tutela jurisdiccional.

Es cierto que el desistimiento, como acto procesal, tiene –como se ha expuesto– un trámite estricto, legalmente formalizado, por lo que no es posible

que ante una discrepancia entre dos fiscales en el procedimiento impugnativo se entienda implícitamente que el desistimiento se ha consolidado. Sin embargo, a partir de los nuevos alcances jurisprudenciales que resultan de la aplicación del principio acusatorio, de un lado, y de los efectos procesales del principio institucional de jerarquía del Ministerio Público, de los que ya se ha dado cuenta en la parte III de estas Lecciones, otra ha de ser la tónica. En efecto, la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. n.° 1894-2014/Lima, de 18-08-15, estableció la supremacía del principio de jerarquía cuando el recurso proviene del propio Ministerio Público. Así las cosas, la posición del Ministerio Público la expresa finalmente el fiscal superior en grado, por lo que si este no se aúna a la posición del fiscal recurrente, la impugnación queda vacía de contenido, pues rige el principio dispositivo en el sistema de recursos y, de este modo, al no sostenerse el recurso en sede del órgano de apelación o casación, no es posible el control jurisdiccional, por lo que no cabe otra opción de ratificar la resolución recurrida.

Desde luego, distinto es el caso si el recurso proviene de otra parte procesal. Si la acusación ya se ejercitó y el órgano jurisdiccional emitió la correspondiente sentencia condenatoria, la posición del fiscal superior en grado no es vinculante. Al pronunciarse el juez de apelación sobre el mérito de los agravios y desestimarlos ha cumplido con absolver el grado. La vulneración del principio acusatorio se produciría si el órgano jurisdiccional de apelación asume funciones de acusación o persecutorias reemplazando a la Fiscalía, lo que no sucede en supuestos como el señalado (Ejecutoria Suprema recaída en el RQE n.° 550-2014/Lima Este, de 18-08-15).

3.6.3. Irretractabilidad

En tanto el recurrente sea procesalmente capaz y expresó su conformidad con la resolución, no es posible retractarse e intentar recurrir. La ineficacia de su renuncia a recurrir no puede sustentarse en el efecto de la sentencia o en la conmoción sufrida por la pena. Sin embargo, podrá ser aceptable la retractación si no se concedió al reo amplias oportunidades para reflexionar o asesorarse, en cuanto se adviertan lesiones al deber de asistencia del tribunal, o se acrediten engaños o amenazas para no recurrir. En todo caso, la retractación debe hacerse valer dentro del plazo para recurrir; prima, en este caso, el principio de seguridad jurídica [ROXIN].

4. Presupuestos procesales del recurso

4.1. Definición y alcance

Los presupuestos procesales han de ser observados en todas y cada una de las instancias o etapas procesales que las partes han de transcurrir a fin de obtener la tutela efectiva de sus pretensiones [Gimeno]. Los presupuestos procesales condicionan la admisibilidad de la pretensión en el ejercicio de los recursos. Son los siguientes: **1.** Subjetivos: gravamen y conducción procesal. **2.** Objetivos: objeto impugnable. **3.** Formales: requisitos de tiempo, lugar y modo.

4.2. Presupuestos subjetivos

4.2.1. Gravamen

El concepto de recurso pone de manifiesto el control que efectúa el superior jerárquico al juez que emite una resolución cuyo contenido afecta, de una u otra manera, a alguna de las partes procesales [Alvarado]. Por tanto, gravamen es el presupuesto material imprescindible para todo recurso, lógica consecuencia del fundamento del mismo, basado en la injusticia de la resolución judicial. En consecuencia, solo la parte a quien una resolución judicial le sea desfavorable –a los efectos del ordenamiento jurídico–, y con independencia de sus perspectivas de éxito, está legitimada para provocar la apertura de una nueva etapa procesal mediante el uso del recurso impugnativo (artículo 405.1a CPP).

La regla general es que el perjuicio que ocasiona una concreta resolución judicial se circunscribe a los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la misma –no en la argumentación o fundamentos de la resolución, más allá que esta resulte más adecuada a los intereses del impugnante–. Esta regla se impone aun cuando de la comparación entre la parte dispositiva y los fundamentos pudiera derivarse incongruencia; y, es esta –como luego se verá– la que determina la prohibición de reforma peyorativa –el gravamen, pues, ha de ser efectivo–. Por otro lado, pero como consecuencia del concepto de perjuicio o gravamen, es de precisar que los derechos e intereses legítimos que se hacen valer a través de la pretensión impugnativa son los propios y no los ajenos, por lo que el recurso no puede utilizarse para remediar la vulneración de los que correspondieran a otras partes [Conde Pumpido] –tema aparte, que luego se abordará, es el caso del Ministerio Público–.

El gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución [ORTELLS]. La parte no logra la tutela jurisdiccional de sus derechos o intereses legítimos o, en todo caso, no la logra en la medida solicitada o esperada [GIMENO]. Se niega la presencia de un gravamen y, por tanto, de interés directo, cuando solo se discrepa con los hechos declarados probados o con la fundamentación jurídica sobre los que se sustenta la decisión judicial –no se equipara el interés, de ordinario, con la teórica exactitud jurídica de la decisión [VESCOVI]–. En tal virtud, el acusado absuelto –por falta de interés– carece, en principio, de legitimación para recurrir una absolución o sobreseimiento; lo tendrá, por cierto, cuando la sentencia lo ha condenado injustamente o con demasiado rigor. Hay, empero, supuestos permisibles, en tanto el motivo invocado incida en la restricción de las posibilidades de tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de las personas. Por ejemplo, archivar la causa por prescripción en vez de absolver o declarar la inocencia; es posible, incluso, advertir una declaración de hechos probados que pueden perjudicar al acusado más allá de la absolución dictada, al punto que en sede de impugnación sobre esa misma base fáctica puede ser condenado –por ejemplo, cuando el *iudex a quo* absolvió sobre la base de un error de subsunción jurídico-penal o cuando se invocó equivocadamente la presencia de una causa de exención de responsabilidad, lo que presupone que cometió el hecho punible [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA]–. Es obvio, por lo demás, que no está permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate (STSE, de 22-02-00); no puede recurrir, igualmente, por no ostentar gravamen, un coencausado contra la absolución de otro encausado ni a través del recurso postular la condena para el coencausado absuelto (STSE de 09-05-01).

Distinta es la lógica del Ministerio Público. En tanto representa los intereses de la sociedad y, constitucionalmente, es un órgano promotor de la justicia, tendrá legitimación para recurrir, con independencia que la resolución satisfaga sus intereses inmediatos. Es de entender que la sola lesión del ordenamiento jurídico le concede derechos impugnativos y, por tanto, puede recurrir a favor del imputado en tanto estime que la resolución no es jurídicamente correcta. En este caso, en que el gravamen se objetiva como consecuencia de la misión constitucional del Ministerio Público, el fiscal defiende el interés del imputado en cuanto coincida con el interés público y estime que la injusticia o ilegalidad de la resolución judicial perjudica los intereses de aquel [CLARIÁ].

Así las cosas, procede el denominado "recurso parcial", en tanto sea posible separar la parte impugnada de las demás y, en consecuencia, permita una decisión

independiente del tribunal superior. Tal situación corresponderá cuando, por ejemplo, la resolución recurrida decide sobre varios objetos procesales; asimismo, dentro del mismo objeto, cabe distinguir entre la cuestión sobre la culpabilidad y la cuestión sobre la pena –incluso, en su interior, si existe divisibilidad razonable, también cabe independizar algunos extremos a los efectos del recurso–. La parte de la sentencia no impugnada pasa en autoridad de cosa juzgada.

4.2.2. Conducción procesal

El control por parte del superior debe ser solicitado solo por el propio interesado que se sienta afectado por la resolución emitida, quien deducirá el recurso idóneo y lo fundamentará sustentando las razones por las cuales invoca tal control y señalará en qué consiste el objeto de su pretensión [Alvarado]. El recurrente, empero, ha de haber ocupado el estatus de parte procesal –en sentido formal– en el proceso en que la resolución ha sido dictada, con independencia de la posición que ocupe –esa cualidad jurídica, otorgada por la Ley, es la que debe concurrir en quien pretende recurrir– [Gimeno]. También pueden recurrir, excepcionalmente, los intervinientes accesorios cuando son afectados por una resolución judicial; por ejemplo, testigos y peritos frente a requerimientos o medidas limitativas dictadas por el juez, propietarios frente a incautaciones, etcétera.

La ley menciona a las personas facultadas para recurrir (artículo 404.2 CPP): son las partes procesales, y estas solo pueden hacerlo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley (apdo. 1, artículo 404 CPP). Ello importa el acogimiento del principio de taxatividad subjetiva de los recursos, en cuya virtud una resolución es recurrible solo por aquel a quien la ley le otorga el derecho a recurrir; si la ley no distingue a qué parte corresponde el derecho de recurrir, se entenderá que este derecho corresponde a cualquiera de ellas.

El defensor de las partes privadas tiene facultad para recurrir, directamente, a favor de su patrocinado –facultad de postulación específica en materia recursal–. No hace falta su autorización expresa –el abogado como técnico en derecho tiene la representación procesal de la parte– (artículo 84.10 CPP). En caso de diferencia de criterios prima la voluntad de este último, de suerte que podrá desistirse del recurso, pero se necesitará la intervención autoritativa de un abogado defensor, el que recurrió directamente u otro que libremente designe en reemplazo del primero.

El artículo 407 CPP define el ámbito de la impugnación de las partes. Así, el imputado y el Ministerio Público pueden impugnar, indistintamente, el objeto penal y el objeto civil. Respecto del Ministerio Público, se entenderá que

la legitimación para recurrir del objeto civil está en función a la inexistencia de actor civil (artículo 11.1 CPP). El actor civil solo podrá hacerlo respecto del objeto civil. El tercero civil, por imperio del artículo 113.1 CPP, en lo que es su ámbito de responsabilidad –civil–, también tiene derecho de impugnar. El querellante particular tiene potestad impugnatoria por expresa disposición del artículo 109.1 CPP; y, también la persona jurídica, que en este aspecto ha sido homologada, en lo pertinente, al imputado (artículo 93.1 CPP).

4.3. Presupuestos objetivos

Están referidos al acto impugnable, es decir, a la resolución contra la que se dirige el recurso. Rige el principio de taxatividad objetiva del recurso. En tal virtud, se asumen dos subprincipios básicos: **1.** Solo son impugnables aquellas resoluciones que la ley declara explícitamente tales. **2.** Únicamente lo son con aquel medio que la ley misma prevé [LEONE].

La regla general del CPP es la del artículo 404.1: la ley identifica las resoluciones recurribles –y las irrecurribles en determinados casos (por ejemplo: artículo 373.3 CPP– (posibilidad jurídica)–, bajo el principio de taxatividad objetiva de los recursos, y menciona el recurso que puede interponerse (idoneidad o adecuación del recurso a una determinada resolución). De esto último dimana un segundo principio: la singularidad del recurso, que indica que en cada caso corresponde un recurso y no puede ser interpuesto sino uno por vez [VESCOVI].

Los cuatro recursos previstos por el CPP son reposición, apelación, casación y queja (artículo 413 CPP) –una limitación añadida es que el recurso de casación solo debe intentarse por motivos tasados, circunscriptos a cuestiones de derecho–. Todos ellos están dirigidos contra determinadas resoluciones –expresión del sistema de legalidad de los recursos–. Así, la reposición contra los decretos y las resoluciones interlocutorias dictadas en audiencia (artículo 415 CPP); la apelación contra los autos interlocutorios, definitivos y sentencias dictadas en primera instancia (artículo 416.1 CPP); la casación contra las sentencias y autos equivalentes dictados en segunda instancia, en función de determinados parámetros de sanción penal y cuantía civil –criterios limitativos del agravio– (artículo 427.1 y 2 CPP); y la queja contra los autos de inadmisión de los recursos de apelación y casación (artículo 437.1 y 2 CPP).

Una concepción antiformalista para la procedencia de los recursos legalmente previstos exige, en primer lugar, que la admisibilidad de los recursos procedentes está en función a la forma que debió adoptar la resolución, a su

naturaleza, no a la que equivocadamente ha podido darle el órgano jurisdiccional –criterio material–; y, en segundo lugar, que el error en la denominación del recurso por la parte recurrente no lo inhabilita –principio de canjeabilidad o fungibilidad del recurso–, por lo que su admisibilidad está en función no a la calificación del recurrente sino al cumplimiento de los presupuestos legalmente previstos del recurso que corresponda [Vescovi].

4.4. Presupuestos formales

El acto de interposición del recurso, que contiene la manifestación de voluntad de la parte legitimada, está sujeto a diversas condiciones formales.

Estas son tiempo, lugar y modo.

4.4.1. Tiempo

Por tiempo en los recursos se entiende los plazos que el CPP fija para su interposición y, en su caso, formalización o fundamentación. Las partes tienen la carga de interponerlos en el plazo fijado por la ley, cuya falta implica *ipso iure* la firmeza de la resolución impugnable.

Los plazos son distintos según el recurso intentado. Así, y como regla general, conforme al artículo 414 CPP, son: **1.** Diez días para el recurso de casación. **2.** Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias. **3.** Tres días para el recurso de apelación contra autos, recurso de queja y apelación de sentencias dictadas en proceso inmediato, conforme al artículo 448 del CPP. **4.** Dos días para el recurso de reposición.

La determinación del *dies a quo* para el cómputo correspondiente se cuenta o computa desde el día siguiente a la notificación de la resolución. Si se hubiera interpuesto aclaración se suspende el plazo (artículo 124 CPP), por lo que el día inicial del cómputo será el día siguiente hábil de conocida o notificada la resolución que recaiga en ese pedido (artículo 143.2 CPP). El *dies ad quem* viene determinado por el del vencimiento del plazo para recurrir y si este ocurre en día inhábil se prorroga hasta el día siguiente hábil.

La naturaleza de los plazos, al afectar la firmeza de la resolución recurrida, es que son de caducidad (artículo 144.1 CPP) [Gimeno]. Será posible, en casos de fuerza mayor o caso fortuito, o por defecto en la notificación, reponer íntegramente el plazo. Por lo demás, son plazos insubsanables y su presentación extemporánea determina su rechazo liminar; la vulneración del plazo, como lo ha expuesto la

Corte Suprema, es insubsanable y determina la inadmisibilidad del medio de impugnación deducido (Ejecutoria Suprema, Queja n.° 1336-2006, de 12-04-07).

4.4.2. Lugar

Hace mención a la sede del órgano judicial. El artículo 404.1 *in fine* CPP establece, como regla general, que los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida. La única excepción es el recurso de queja, que es directo y se interpone ante el juez superior del que declaró su inadmisibilidad (artículo 437.3 CPP).

Al juez *a quo* le corresponde pronunciarse sobre la admisión del recurso, en función a sus presupuestos objetivos, subjetivos y formales –la casación civil, en este sentido, tiene expuesto que al juez no le corresponde establecer si los agravios invocados por el recurrente son o no válidos (Sentencia n.° 1152-99)–.

El auto que se pronuncia sobre él se notificará a todas las partes, y si se admite o concede el recurso se elevará inmediatamente al órgano competente –la desestimación del recurso abre la posibilidad del recurso de queja por el afectado–. La decisión del juez *a quo* sobre la admisibilidad del recurso interpuesto no vincula al Tribunal *Ad Quem* –no es definitivo–, el cual, de oficio, controlará el juicio de admisibilidad y, en su caso, podrá anular el concesorio (artículo 405.3 CPP). Por lo general, entonces, en el juicio de admisibilidad la primera palabra la tiene el juez *a quo* –la última corresponde al Tribunal *Ad Quem*–, y en el juicio de fundabilidad la única palabra la tiene el Tribunal *Ad Quem*.

4.4.3. Modo

El CPP exige no solo que el medio de impugnación –acto de interposición de la instancia– se presente por escrito –primacía del lenguaje escrito– con algunas excepciones en dirección a la oralidad del mismo –interposición de la instancia–, sino que, en cuanto a su estructura, y por regla general, como acto único, debe estar fundamentado –formulación de la expresión de agravios–. Se excepciona el caso de impugnación o instancia oral, en que luego de la introducción oral del recurso, debe presentarse la expresión de agravios por escrito –formalización o fundamentación del recurso interpuesto–. El elemento volitivo es la instancia impugnativa y el elemento lógico es la expresión de agravios [MANZINI].

El artículo 405.1b CPP prescribe que el acto impugnativo, como manifestación del derecho de acción que abre una nueva etapa procesal, se formula

por escrito. Si la resolución ha sido expedida en audiencia –oportunidad en que se le da lectura–, el recurso ha de interponerse en el mismo acto y, obviamente, de modo oral. Empero, en este último caso, se requerirá un segundo acto: el escrito de formalización o fundamentación escrita del recurso, que, salvo disposición distinta de la ley, se presentará en el plazo de cinco días (artículo 405.2 CPP).

El elemento lógico o expresión de agravios está regulado puntualmente por el artículo 405.1b CPP. La expresión de agravios tiene tres componentes, que apuntan a su concreción, y tiende a evitar impugnaciones no meditadas o irreflexivas: **(i)** precisión de las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación –identificación de aquellos extremos de la resolución que importan un agravio o una lesión a sus legítimas expectativas procesales–; **(ii)** indicación de los fundamentos de hecho y de derecho que apoyen sus agravios –indicación ordenada, a propósito de la censura o crítica a la resolución cuestionada o mención de las infracciones incurridas, de las razones de orden fáctico o jurídico que la sustentan, lo que evidencia que la ley diferencia puntos de la impugnación en función a la resolución cuestionada de los motivos del recurso; y **(iii)** mención de la pretensión concreta, es decir, indicación de la decisión que se persigue, claramente relacionada con la motivación desarrollada. No cumple este requisito la formulación de juicios o fórmulas genéricas, sí en cambio la mención sintética, en forma sucinta o sumaria, de los argumentos que impulsan al impugnante a cuestionar lo resuelto por el juzgador y que, a su vez, permitan advertir al Tribunal *Ad Quem* con toda seguridad tanto el ámbito del recurso como las razones o fundamentos que deberá valorar al absolver el grado.

5. Efectos del recurso

5.1. Planteamiento inicial

Como se ha dejado expuesto, todo recurso produce los efectos de **(i)** impedir la firmeza de la resolución –que permanece hasta la decisión sobre el recurso: absolución del grado o desistimiento admitido sobre el recurso–; **(ii)** posibilitar su nulidad, anulación o reforma. Es claro que el impugnante pretende, en síntesis, la modificación de la resolución, por eso quien la critica puede llegar a obtener un resultado diverso al que obtuvo por la autoridad que emitió la decisión impugnada [Alvarado]. Esta expectativa que desencadena el recurso para dar lugar a una nueva decisión sobre el mismo objeto tiene como límite los motivos del recurso y la *reformatio in peius*, con la excepción de las cuestiones que el tribunal debe resolver de oficio. Lo que busca el impugnante es quitar todo efecto legal a la

resolución materia de impugnación [ALVARADO]. **(iii)** Suspender o no los efectos de la resolución recurrida. La afectación de la estabilidad de la resolución recurrida es propia de todos los recursos, pero la suspensión de sus efectos es contingente [ORTELLS], ya no rige de forma absoluta el principio romano de *apppelatione pendente nihil innovarum*. Además, **(iv)** la decisión del recurso puede tener efectos extensivos o comunicantes para los no recurrentes, sujeto a varias condiciones, pero bajo el influjo del principio del *favor rei*. Finalmente, **(v)** la concesión del recurso puede diferirse, posibilidad excepcional que está circunscripta a determinadas resoluciones y situaciones jurídicas.

5.2. Efecto devolutivo

Respecto del órgano jurisdiccional que conocerá del recurso interpuesto, el efecto puede ser devolutivo y no devolutivo. El devolutivo es el efecto connatural y esencial de la impugnación, conforme a la aspiración de la revisión del acto por un órgano superior [VESCOVI]. En su virtud, y más allá de su sentido gramatical histórico, la impugnación admitida traslada automáticamente el conocimiento del objeto recursal al juez o Tribunal *Ad Quem*, el cual adquiere por ese hecho competencia para tramitar, conocer y resolver el recurso dentro de los límites del acto de impugnación fijado por la parte recurrente.

Lo expuesto, sin embargo, está vinculado a los denominados recursos verticales –apelación, casación y queja–, pero no rige para los recursos horizontales, que es el recurso de reposición, en que su conocimiento corresponde al mismo órgano que dictó la resolución.

En consecuencia, existen recursos con efectos devolutivos –la inmensa mayoría– y, solitariamente, un recurso con efecto no devolutivo –la reposición–.

5.3. Efecto suspensivo

Con relación a la ejecución provisional o no de la resolución impugnada es posible entender que los recursos podrán tener efectos suspensivos y no suspensivos. El efecto suspensivo impide que la resolución cuestionada, durante la pendencia del recurso, desarrolle los efectos jurídicos que le son propios; el acto impugnado no puede ejecutarse, queda en suspenso. Esta suspensión ha de entenderse referida no solo a la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, sino también a los efectos no ejecutivos de las resoluciones. En este último aspecto, la producción de efecto suspensivo supone la suspensión del procedimiento, en la medida en que su continuación dependa de los efectos de la resolución impugnada –sea

incompatible con la impugnación o la posible revisión del acto–, la suspensión de la finalización de la litispendencia –cuando se refiera a la resolución final del proceso–, o la suspensión de los efectos declarativos o constitutivos de la sentencia [Ortells].

Siempre ha parecido claro que una resolución impugnada debía esperar su confirmación para ser ejecutada, debido a la posibilidad de error en el juez por su propia condición humana, de tal forma que, cuando se recurre una resolución, se suspende su ejecución hasta que se confirme por el Tribunal de Apelación [Alvarado]. Sin embargo, el artículo 412 CPP establece como regla el carácter no suspensivo del recurso, salvo que la ley disponga lo contrario. La excepción viene dada por el recurso de apelación contra las sentencias –salvo el supuesto de imposición de penas privativas de libertad efectivas, que se ejecutará inmediatamente–, autos de sobreseimiento y demás autos equivalentes, que pongan fin a la instancia (artículo 418.1 CPP). En todo caso, la no suspensión, necesariamente, alcanza al extremo de la sentencia que disponga la libertad del imputado y a todas las resoluciones o autos interlocutorios que la dispongan.

Tratándose de sentencias condenatorias rige la regla del artículo 402 CPP. Consagra un tratamiento de la no suspensión según las clases de penas impuestas. Todas se cumplen provisionalmente, salvo el caso de las penas de multa y limitativa de derechos (artículos 31 y 41 CP). Si el condenado estuviere en libertad y se impone una sanción efectiva privativa de libertad –pena o internación–, el juez puede optar por su ejecución inmediata, pese al recurso, o no, con la sola imposición de las restricciones propias de la medida de comparecencia restrictiva (artículo 288 CPP).

5.4. Efecto extensivo

Con relación a los no recurrentes, la tramitación y decisión del recurso por la parte impugnante se extiende a ellos, en tanto se hallen en situación idéntica de este último. Es una excepción al principio de personalidad del recurso –correspondiente al principio dispositivo–, que asume el par contrario denominado principio de la realidad, justificado en el carácter público de los intereses que se discuten en sede penal, cuya finalidad es evitar decisiones contradictorias.

Es de tener en cuenta, de un lado, el efecto extensivo de la impugnación y, de otro, el efecto extensivo de la resolución del Tribunal *Ad Quem*. El primero está referido al derecho del no recurrente, en tanto tenga interés idéntico, afín o común, de participar en el procedimiento impugnativo –para lo cual es indispensable que

el concesorio de la impugnación del recurrente le sea notificado e igualmente el traslado del mismo en sede superior, en cuyo caso si lo desea puede presentar instancias e, incluso, participar, en la audiencia–. El segundo es la decisión en virtud de la cual el Tribunal *Ad Quem* en la resolución que absuelve el grado comprende al no recurrente [LEONE].

El artículo 408 CPP prevé este efecto entre coimputados y entre este con el responsable civil. La regla es única: ha de existir una vinculación jurídica común entre ellos, que obligue a un tratamiento extensivo para garantizar la igualdad de trato y evitar una decisión contradictoria. En cuanto a los imputados, la norma se refiere al caso de coparticipación: varios imputados involucrados en un mismo hecho punible y procesados en la misma causa; y, los motivos exclusivamente personales, conciernen a las condiciones o cualidades de la persona que los propone y carecen de toda posibilidad de mejorar la situación de los no recurrentes [PALACIO], esto es, dejará de ser personal cuando en cualquier medida trascienda la esfera personal del impugnante, aunque fuere en forma mediata [CLARIÁ] –supuestos de falta de culpabilidad, por ejemplo–. Respecto del objeto civil, es obvio que, si el motivo es común al imputado y al responsable civil el efecto favorable de uno favorecerá al otro y, por consiguiente, deberá extenderse.

5.5. Efecto diferido

Este efecto tiene una regulación expresa en el artículo 410 CPP. Está circunscripto a los procesos con pluralidad de imputados o de delitos. Se refiere al recurso contra el auto de sobreseimiento, siempre y cuando esté pendiente al juzgamiento de los coimputados. En esa virtud, el efecto, limitado al trámite ante el Tribunal *Ad Quem* –recurso vertical–, se concreta en la reserva de la remisión de los actuados hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia; las impugnaciones diferidas, ha precisado la Casación civil, comportan simplemente la reserva de su trámite a fin de que el recurso sea resuelto por la instancia superior conjuntamente con la sentencia (Sentencia n.° 1228-2002/Arequipa). La excepción se encuentra en la posibilidad de que tal reserva cause grave perjuicio a alguna de las partes, se entiende, a las beneficiadas con el sobreseimiento.

El apdo. 2 del artículo 410 CPP reconoce a la parte afectada el derecho de plantear recurso de queja para cuestionar la decisión del Tribunal *A Quo* de reservar la elevación del recurso hasta la expedición de la sentencia.

El fundamento del efecto diferido reside en la conveniencia de evitar las frecuentes interrupciones que, en desmedro de la celeridad procesal, sufre

el procedimiento sometido exclusivamente a un régimen de impugnaciones inmediatas. Evita el recurso de apelación con fines meramente dilatorios, por lo que cumple una importante función preventiva [De Santo].

6. Adhesión al recurso

El artículo 404.4 CPP consagra la figura de adhesión al recurso. Estipula que las partes procesales, "cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquier de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición".

La adhesión consiste, entonces, en la facultad de una parte procesal que no impugnó oportunamente una resolución para beneficiarse con el recurso interpuesto por la otra parte –y admitido por el juez *a quo*– introduciendo, a su vez, su impugnación. Es un recurso subordinado al principal, interpuesto en forma por otra parte procesal, pues su interposición está condicionada a la existencia del recurso principal, pero tiene relativa autonomía en tanto introduce sus propios motivos de impugnación, a partir del agravio que directamente le ocasiona la resolución cuestionada; además, conforme al artículo 373 *in fine* CPC, el desistimiento del recurso principal no afecta la adhesión, lo cual se justifica porque esta institución se configura como un verdadero recurso, con subsistencia y efectos propios.

En cuanto al plazo del recurso adhesivo, este puede ejercerse luego de vencido el plazo para recurrir directamente por la parte procesal y hasta antes que la causa se eleve al Tribunal Superior, lo que significa que solo procede en los recursos verticales o devolutivos: apelación y casación –la naturaleza instrumental de la queja niega esta posibilidad recursal–.

Se discute, de cara al principio de interdicción de la reforma peyorativa, si el recurso adhesivo está facultado también para las contrapartes a fin de que estas introduzcan pretensiones impugnativas contrarias al interés del recurrente principal y, por consiguiente, para intentar afectar su situación jurídica. El caso concreto es si procede un recurso acusatorio adhesivo, vencido el plazo de impugnación legalmente previsto, para promover la revisión de la resolución contra el imputado utilizando su propio recurso. Si se tiene en cuenta que el fin buscado por el principio de interdicción de la reforma peyorativa estriba en evitar que recursos procedentes contra decisiones injustas no se interpongan por miedo a una agravación de las consecuencias, es obvio que no cabe aceptar la adhesión a las contrapartes [Guariglia]. Esta es, parcialmente, la tesitura de la jurisprudencia

española (SSTSE 07-03-88, 30-05-92, de 06-03-95 y 01-06-01), que precisó que como la adhesión no significa un recurso nuevo, por lo que los motivos propios, o argumentaciones jurídicas o razonamientos propios del adherido, deben dirigirse a un fin común con el recurrente principal, nunca a apoyar una pretensión dispar. Permitir que el adherente pueda afectar al recurrente principal significa autorizarle a interponer un nuevo recurso cuando el derecho a ejercitarlo ya ha caducado; además, no pueden confundirse las posiciones procesales y, por consiguiente, el que pretende una condena no puede adherirse al recurso del que pretende una absolución y viceversa [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA].

Empero, frente a esta posición doctrinaria existe otra, que considera, de un lado, que el fundamento de la adhesión se encuentra en el principio de igualdad procesal, pues contempla la situación de quien no dedujo el recurso tempestivamente al suponer que la contraria no lo haría; y, de otro, que la ley no limita su procedencia a las partes opuestas, en cuyo caso no rige la regla de la interdicción de la reforma peyorativa [D'ALBORA]. Esta posición tiene un franco apoyo en la jurisprudencia argentina, de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Casación Penal.

7. Clasificación de los recursos

El CPP no contiene una pauta clasificatoria preestablecida. Empero, del análisis del Libro Cuarto CPP es posible asumir una triple perspectiva clasificatoria: **1.** Según el órgano funcionalmente competente para conocer y resolver el recurso. **2.** Según la resolución atacada. **3.** Según el ámbito de la impugnación [MORENO CATENA].

7.1. Por el órgano competente

Los recursos pueden ser no devolutivos y devolutivos. Los recursos jerárquicos o verticales importan que el *Iudex Ad Quem* debe ser el superior en grado, según el cuadro orgánico de tribunales, del que dictó la decisión cuestionada. Son recursos devolutivos la apelación, la casación y la queja.

Tratándose de recursos devolutivos, se tiene lo siguiente:

A. En el caso de la apelación, frente a decisiones dictadas por el Juzgado de Investigación Preparatoria y el Juzgado Penal, conocerá la Sala Penal Superior.

B. En el caso de la casación, frente a decisiones dictadas en segunda instancia por la Sala Penal Superior, conocerá la Sala Penal Suprema.

C. En el caso de la queja, frente a decisiones de rechazo de recursos dictadas por el Juzgado de Investigación Preparatoria o por el Juzgado Penal, conocerá la Sala Penal Superior, y frente a las decisiones de rechazo de recursos dictadas por esta última, conocerá la Sala Penal Suprema.

El recurso no devolutivo es aquel que conoce y resuelve el mismo órgano que dictó la resolución recurrida. Es un recurso horizontal. El único recurso no devolutivo que reconoce el CPP es el de reposición (artículos 413.1 y 415 CPP).

7.2. Por la resolución recurrida

Los recursos, en función a las decisiones que se impugnan, pueden ser:

A. Contra decretos, que son aquellas resoluciones que impulsan el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite (artículo 121, § 1 CPC). El único recurso previsto es el de reposición (artículos 413.1 y 415 CPP).

B. Contra autos, sean estos interlocutorios o interlocutorios con fuerza definitiva –que causan gravamen irreparable o que ponen fin al procedimiento o a la instancia–, los cuales –como es obvio– requieren motivación para su pronunciamiento (artículo 121 § 2 CPC). Los recursos legalmente previstos son el de: **(i)** apelación –siempre que se dicten en primera instancia–; **(ii)** casación –siempre que se dicten en segunda instancia, pero sujeto a varios límites, siendo de destacar, primero, que se trate de interlocutorios con fuerza en definitiva, y, segundo, que cumplan con determinada *summa poena*–; y **(iii)** queja –la inadmisión de un recurso, por imperio del artículo 121, § 2, CPC, se resuelve a través de un auto–.

C. Contra las sentencias. Si esta es de primera instancia, el recurso hábil es el de apelación; y si es una sentencia de segunda instancia –sujeta al límite referido a una determinada *summa poena*–, es el de casación.

7.3. Por el ámbito de impugnación

Los recursos pueden ser ordinarios, extraordinarios –atienden a la naturaleza o alcance del gravamen: genérico o específico, respectivamente– e instrumentales.

A. Los recursos ordinarios son aquellos cuya admisión –tramitación y toma en consideración de su contenido– no depende de que se aleguen unos motivos o causales de impugnación determinados por la ley; es decir, no están limitados en su fundamentación jurídica, pudiendo basarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico o motivo de oposición, ya sea de índole formal –defectos *in procedendo*–, y sea material –vicios *in iudicando*–; los motivos, entonces, están libremente determinados por el recurrente. Es de significar que lo expuesto no implica que el *iudex ad quem* tenga respecto al asunto a resolver los mismos poderes que el *iudex a quo*, sino que están limitados por el propio ámbito establecido por el recurrente [ORTELLS]. El recurso ordinario por antonomasia es el de apelación.

B. Los recursos extraordinarios son aquellos cuya admisión depende de que se interpongan con alegación de unos motivos o causales determinados por la ley; solo pueden fundarse en aquellas causas o motivos de oposición legalmente previstos [GIMENO]; esto es, los motivos están estipulados de manera taxativa por la ley. El *iudex ad quem* tiene aquí una doble limitación para decidir: tanto por la ley cuanto por el recurrente. El único recurso extraordinario previsto por el CPP es el de casación.

C. Los recursos instrumentales son aquellos destinados a controlar la legalidad de la inadmisión por el *iudex a quo* de los recursos verticales o jerárquicos. Son medios de gravamen autorizados a que el *iudex ad quem* analice la corrección de un rechazo liminar de un recurso de su conocimiento.

LECCIÓN VIGÉSIMA CUARTA

LOS RECURSOS PENALES

I. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

1. Concepto

Es un recurso de carácter ordinario previsto en el artículo 415 CPP contra los decretos –resoluciones de mero trámite–, autos interlocutorios dictados en audiencia y decisiones del Tribunal Superior que declaran inadmisible el recurso de apelación concedido por el *iudex a quo*, que se interpone ante el mismo órgano que lo dictó y se resuelve por el mismo. En tal virtud, es un recurso no devolutivo, no suspensivo y ordinario, destinado a que el mismo juez que expidió el decreto o auto interlocutorio cuestionado la revoque o reponga por contrario imperio. La finalidad que persigue este recurso es que el mismo órgano judicial enmiende o remedie la pertinente resolución [GIMENO].

La reposición, como se ha dejado expuesto, no produce efecto devolutivo, pero abre un procedimiento, incluso con alegaciones, que da lugar a una nueva resolución sobre el mismo objeto.

Tiene el carácter de medio de impugnación en sentido estricto, pues se concentra –en su línea más evidente– en la ilegalidad de una de las resoluciones ya anotadas, y está orientado a que, en su reemplazo, se "dicte la resolución que corresponda"; esto es, busca la ordenación material del proceso.

2. Resoluciones impugnables

Procede contra tres modalidades de resoluciones procedimentales. La norma básica es el artículo 415 CPP. La regla general, con lo que se homologa en este extremo con el proceso civil (artículo 362 CPC), es que se trata de un recurso enderezado contra los decretos.

Empero, una segunda regla, vinculada a la necesidad que toda decisión, especialmente las que se dicten en audiencia –de especial trascendencia dada la opción por el principio procedimental de oralidad que se expresa a través del sistema de audiencias– sean objeto de una revisión, estriba en que también son objeto de reposición las resoluciones interlocutorias –excepto, claro está, las interlocutorias con fuerza definitiva y, mucho menos, las sentencias–.

La tercera regla, excepcional y solo referida al recurso de apelación, es la prevista en los artículos 420.4 y 421.2 CPP. Si el Tribunal de Alzada declara inadmisible el recurso de apelación, tal resolución podrá ser objeto de reposición.

3. Procedimiento

El plazo de interposición del recurso contra los decretos es de dos días, computado desde el día siguiente de la notificación de la resolución (artículo 414.2 CPP), salvo –como es obvio–cuando se trata de resoluciones emitidas en audiencia, en que debe interponerse inmediatamente, antes de que esta culmine. El acto impugnativo se formula por escrito y debe fundamentarse debidamente según las reglas generales para todo recurso. Esta exigencia, empero, solo funciona para decretos expedidos fuera de audiencia, mientras que las resoluciones: decretos y autos interlocutorios proferidos en una audiencia se deducen y fundamentan oralmente.

El recurso de reposición se resuelve sin trámite alguno, en la medida que el vicio o error es evidente –resolución estimatoria–, o cuando este carece manifiestamente de fundamento por inadmisible, es decir, carece de los presupuestos procesales correspondientes de carácter objetivo, subjetivo y formal –resolución desestimatoria–. En caso contrario, necesitará un trámite de traslado, cuyo plazo será de dos días frente a decretos expedidos fuera de audiencia, o de inmediato si se trata de una resolución: decreto o auto interlocutorio dictado en audiencia.

La resolución se dicta de inmediato, más aún si se trata de una resolución proferida en audiencia. El apdo. 1 del citado artículo 415 CPP estipula que no solo se resolverá en el mismo acto, sino que no cabe suspender la audiencia para hacerlo.

El auto que resuelve la reposición, conforme al apdo. 3 del artículo 415 CPP, es inimpugnable. No cabe apelación contra la decisión que emite el juez o tribunal absolviendo el grado, lo que se explica por la simplicidad, vigencia del principio de concentración, y relativa o poca trascendencia del mismo. Esto último permitirá sostener que tal decisión no produce cosa juzgada formal, lo que a su vez

importa admitir que la cuestión decidida puede ser replanteada al interponerse el recurso contra la decisión final.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Concepto

Es el recurso clásico y de uso más común; es, además, el más eficaz en cuanto lleva a un segundo examen, más o menos completo, de la causa. Es un medio de impugnación ordinario, devolutivo y suspensivo –de raíces muy antiguas, ya bien definido en el proceso penal romano de la época imperial [Florián]– que procede frente a sentencias y autos equivalentes, así como otras resoluciones interlocutorias –incluso las que causan gravamen irreparable–, cuya finalidad consiste, de un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida, y, de otro, provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de normas o garantías procesales invocadas. La apelación determina la prolongación del proceso a través de un nuevo procedimiento, que sucede a aquel que ha conducido a la decisión impugnada, que se realiza ante un Tribunal superior en la estructura orgánica de la justicia [Carnelutti]. En ella se repite el debate, pero solo muy limitadamente las pruebas, y solo aquellas defectuosas y las que por su pertinencia, necesidad y utilidad debieron actuarse en primera instancia. La apelación reconstruye, no constituye, aun cuando para hacerlo se valga de los mismos materiales, salvo las excepciones derivadas del *ius novorum* [Carnelutti].

En cuanto medio de gravamen la apelación está destinada simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir la de primera instancia que perjudica los intereses del recurrente, pero no necesariamente debe ser ilegal o ilícita. Esto último –en tanto se apela de una sentencia definitiva– permite hablar de doble grado de jurisdicción; su cometido es integralmente el examen y resolución de las pretensiones deducidas por los litigantes y no simplemente la revisión del procedimiento y de la sentencia de instancia. Pero, por otro lado, la apelación también funciona como medio impugnatorio en sentido estricto pues se limita a la anulación de la sentencia cuando se denuncie y adviertan vicios de actividad o defectos de juicio.

Lo expuesto significa que la apelación es bivalente: gravamen o recurso y acción de anulación. Nació como un simple recurso, presuponía decisiones válidas, pero acaso injustas; y con ella se provoca una segunda revisión, sobre

toda la causa –la *appellatio*–. Después absorbe a la acción de anulación –*querela nullitatis*– elaborada por los estatutos medievales como remedio específico para las sentencias inválidas: no son ya nulas, si no anulables. En consecuencia, el *iudex ad quem* decide de nuevo toda la causa; determinados los *vitia in procedendo*, anula la sentencia y los autos vuelven a quien la había dictado [CORDERO].

La intervención del superior inmediato jerárquico, anota Guasp, es definitoria en el recurso de apelación, que muestra así la inserción de una idea administrativa en el mundo procesal, aunque no puede entenderse como aplicación de una jerárquica administrativa estricta, sino como aplicación de un simple criterio de competencia jerárquica, limitada estrictamente a una intervención funcional dentro de un ámbito de poder [DE SANTO].

La regulación histórica de la apelación responde, tradicionalmente a alguno de los dos modelos básicos, conocidos comúnmente como de apelación plena (ZPO Alemania de 1877) y de apelación limitada (ZPO Austriaca de 1895). La apelación plena es un *novum uidicium* encaminado a obtener una segunda decisión judicial sobre la controversia inicialmente deducida ante la jurisdicción –primera instancia–, decisión que recae no solo sobre la totalidad del material instructorio aportado y debatido en la primera instancia, sino también sobre los hechos y pruebas novedosamente incorporadas con posterioridad a su finalización, y cuya admisibilidad es, en principio, ilimitada. La apelación limitada, por el contrario, encuentra su fundamento en un intento de guardar fidelidad a la condición de medio de gravamen que define la apelación, por lo que no acepta las posibilidades de introducir alegaciones, hechos y pruebas que no fueron contempladas en la primera instancia; solo abre la posibilidad del doble grado de jurisdicción, pero no supone una reapertura de otras fases del proceso que han tenido su momento en la primera instancia, con la cual ya han concluido –*revisio prioris instantiae*– [ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN].

Es, pues, conveniente que un proceso debe ser resuelto definitivamente tras un doble examen, a cargo de dos órganos jurisdiccionales distintos y de distinta instancia: la primera de la segunda. Ofrece una nueva respuesta a unas concretas pretensiones de tutela jurisdiccional, en la que se busca la detección de errores y está en función de la finalidad de respuesta a pretensiones de la tutela [DE LA OLIVA]. En efecto, el Tribunal de Apelación tiene facultad, entre otros, de examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación de derecho [artículo 419.1 CPP]. En otras palabras, la segunda instancia, con posible juicio de hecho y de derecho, se inicia con una impugnación de la sentencia o auto que pone fin a la instancia. Se califica de "abierta" la impugnación de la sentencia o

auto final de la primera instancia porque, en armonía con el ámbito de la segunda instancia, permite al recurrente atacar la resolución aduciendo cualquier motivo o fundamento [De La Oliva].

El recurso de apelación está previsto en la Sección IV del Libro IV del CPP (artículos 416 al 426 CPP). Comprende tres títulos: preceptos generales, apelación de autos y apelación de sentencias.

Cabe diferenciar entre segunda instancia o doble grado de jurisdicción y recurso de apelación. La distinción correcta depende de la diferente naturaleza de las resoluciones apelables, no de los motivos que se hagan valer. La segunda instancia es una etapa del proceso de declaración que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación contra la sentencia final de la primera instancia [Ortells]. Esto es, que el recurso de apelación genera la segunda instancia por tanto no existe segunda instancia sin un recurso de apelación. En consecuencia, la apelación es un recurso y la segunda instancia es una actividad jurisdiccional que se genera a partir de la interposición del recurso, esto es, el recurso es la causa y la segunda instancia es el efecto. La apelación no deja de ser exclusivamente el mecanismo de inicio y planteamiento de la segunda posibilidad de pronunciamiento jurisdiccional sobre un determinado caso [De La Oliva].

2. Notas esenciales

Tres son las notas esenciales del recurso de apelación. Se expresan, en primer lugar, en el ámbito de aplicación y en las resoluciones recurribles; en segundo lugar, en su naturaleza jurídica; y, en tercer lugar, en sus efectos.

2.1. Ámbito de aplicación y resoluciones recurribles

Está regulado en la Sección IV de Libro Cuarto del CPP. A tono con el principio de taxatividad, el artículo 416.1 CPP precisa los cinco tipos de resolución contra las que procede el recurso de apelación: (1) sentencias; (2) autos de sobreseimiento –resoluciones que se pronuncian sobre la pretensión procesal o el objeto procesal– y que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, así como que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o a la instancia –son resoluciones que, sin pronunciarse sobre la pretensión procesal, en caso de ser estimatorias producen la finalización del proceso pendiente; son autos definitivos, de ahí que se destaque la denominada 'universalidad' del recurso de apelación, en el sentido de que no hay sentencia

ni auto definitivo excluido del recurso, sea cual fuere el tipo de procedimiento en que hubieren recaído, siempre y cuando lo sean en la primera instancia [GIMENO]. **3)** autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y medidas coercitivas; **(4)** autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo o la conversión de la pena; y, **(5)** los que fija la ley y los que causan gravamen irreparable –son aquellas que deciden situaciones que no pueden tener una ulterior discusión en otro momento del procedimiento [VESCOVI]–. Se trata de resoluciones expedidas por el juez de la investigación preparatoria o por el juez penal, y el órgano competente para conocer de ellas es la Sala Penal Superior.

2.2. Naturaleza jurídica

Es un recurso ordinario, pues no precisa para su interposición una motivación determinada, que haya de fundarse precisamente en los motivos taxativamente establecidos, y otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *Ad Quem* para resolver cuestiones de hecho y de derecho (artículo 419 CPP). La motivación del recurso puede transitar por cualesquiera ámbitos del ordenamiento penal y procesal penal, que incluye vicios procesales o defectos materiales: subsunción de los hechos en la norma, como la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *iudex a quo*. Es, a final de cuentas, la parte quien delimita la posible amplitud del recurso [ORTELLS].

El examen del *iudex ad quem* es repetido. Es una revisión de lo que se hizo la primera vez, y para ello el objeto de la segunda instancia es la misma litis o el mismo negocio que fue objeto de la primera, de lo que surge la prohibición de la *mutatio libelli*: el recurso de apelación no autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia. Ha de respetarse los hechos jurídicos que sustentan la pretensión, no cabe cambiar los términos de la acusación, ni el objeto del proceso en la segunda instancia (*pendente apellatione nihil innovetur*). El recurso de apelación no inicia un nuevo juicio ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia [GIMENO].

El recurso de apelación penal cumple dos funciones. Cuando el Tribunal *Ad Quem* examina resoluciones interlocutorias cumple una función depuradora, al permitir la denuncia de las infracciones legales, cuya subsanación contribuye a garantizar la tutela jurisdiccional. Cuando examina sentencia o autos equivalentes abre una segunda instancia, en la que el *iudex ad quem* conocerá del proceso sustanciado en la primera con plenitud de facultades –función de revisión–. Las

facultades del Tribunal Superior son de anulación como revocación y sustitución de la resolución apelada, al punto que puede condenar a un absuelto (artículo 419 CPP). Ante la sentencia que puso fin a la instancia cabe una impugnación fundada en la infracción en dicha instancia de normas o garantías procesales; también cabe atacar la sentencia de primera instancia por disconformidad con la reconstrucción de los hechos y por disconformidad con la aplicación del derecho sustantivo [De La Oliva].

En suma, persigue obtener un segundo pronunciamiento acerca de las cuestiones objeto del mismo o lograr la nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente en términos tales que no puedan ser subsanados en segunda instancia [De Prada Bengoa].

2.3. Efectos

Son devolutivos, suspensivos y extensivos en lo favorable.

2.3.1. Efecto devolutivo

Este efecto, que en la apelación se percibe en su mayor extensión [Berdichevsky], significa que será competente para su conocimiento el órgano superior al que dictó la resolución en primera instancia –la apelación implica estructuras judiciales verticales–. El CPP establece que en materia de apelación el órgano competente es la Sala Penal Superior (artículos 27 1 y 416.2 CPP); esta competencia es funcional y consiguientemente indisponible para las partes. La interposición del recurso se realiza ante el *iudex a quo* –lugar del recurso–. Admitida la alzada, comprende el ámbito del efecto devolutivo todo aquello que en virtud del recurso es elevado al tribunal superior, de modo que la apelación versa sobre el material producido ante el inferior, en la medida de la pretensión del apelante –*tantum devolutum quantum apellatum*–: los motivos del recurso, los puntos determinados por el apelante miden el efecto devolutivo.

La apelación atribuye al *iudex ad quem* el conocimiento de la causa solo respecto a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los motivos hechos valer en el escrito de interposición –principio de congruencia–. Los motivos cumplen la función de los *petita*. En esa virtud, el apelante pide una determinada reforma y explica o razona por qué el Tribunal debe concedérselo: razonamiento y conclusiones. De esta forma determina en la decisión uno o algunos puntos, y estos a su vez pueden involucrar varias cuestiones. Así, por ejemplo, si cuestiona el *quantum* y la clase de pena –punto objeto de la pretensión impugnativa–, será del

caso examinar la tipicidad del hecho atribuido, el título de autoría o participación, el grado del delito, la concurrencia de circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad, que son cuestiones múltiples involucradas con el planteamiento del punto cuestionado del fallo de primera instancia, más allá que solo destaque una cuestión: deducida una tramite todas las posibles [CORDERO], en tanto están lógicamente implicadas en ella.

2.3.2. Efecto suspensivo

Es exclusivo de la apelación penal (artículo 402 CPP). Importa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial recurrida –incluso, el mero hecho de que una resolución sea recurrible impide que adquiera firmeza durante el plazo que la Ley establezca para recurrirla–. Determina, además, la falta de jurisdicción del órgano judicial para conocer de la cuestión principal o de cualquier incidencia que pueda plantearse en el proceso, a no ser que estas se tramiten en cuerda separada –es el caso de las resoluciones interlocutorias–.

El apdo. 1 del artículo 418 CPP consagra este efecto. El apdo. 2 aclara que si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva –se opta por el derecho del Estado de asegurar una posible condena–, la pena se ejecuta provisionalmente, la cual por decisión fundada por el Tribunal de Apelación puede suspenderla. El problema aquí es, empero, el de las medidas coercitivas personales más intensas –prisión preventiva–, por lo que al haberse dictado sentencia de primer grado ya no es del caso la subsistencia de un aseguramiento que solo sirvió para su emisión tras el juicio oral; asimismo, la absolución refleja la ausencia de fundados y graves elementos de convicción –aplicación de la cláusula del *rebuc sic stantibus*–; y, si se trata de pena ya cumplida por el transcurso de la carcelería, es de aplicación el principio de estricta proporcionalidad.

2.3.3. Efecto extensivo

Tiene una formulación genérica en el artículo 408 CPP: alcanza a los autos y a las sentencias. Está referido a la resolución que absuelve el grado –no a la impugnación, de citar y emplazar con el recurso incluso a la parte no recurrente, que es expresión del derecho de defensa–. Los demás imputados, recurrentes o no, se aprovechan del resultado favorable –nunca adverso por impedirlo la prohibición de la *reformatio in peius*, que integra el principio acusatorio [situación que se origina cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada por obra exclusiva

de su propio recurso: Suay Morey]– del recurso, siempre y cuando estén en la misma situación jurídica. Es una excepción al principio dispositivo –el hecho de recurrir responde, con carácter general, a exigencias individualizadas de quien se estima agraviada por una resolución–, en aras de evitar las contradicciones lógicas entre decisiones jurisdiccionales y situaciones procesales que puedan contraponerse a otras.

3. Modelo de la apelación en el CPP

3.1. Planteamiento

Es sabido que el concepto "segunda instancia" no es un concepto unívoco, sino que admite una diversidad de significados según la amplitud que se configure su objeto procesal, bien como *"novum iudicium"* –como una nueva primera instancia–, o bien como una *"revisio prioris instantiae"* –como un control de lo decidido y resuelto en la primera instancia–. El primer modelo o sistema es el de la apelación plena *(volle Berufung)*, inaugurado por la *Zivilprozessordnung* germana (ZPO) de 1877, mientras que el segundo es el de la apelación limitada *(berchränkte Berufung)* contemplado en la *Zivilprozessordnung* austriaca (ZPO) de 1895. Ambos modelos, lógicamente, han evolucionado y, actualmente, la recepción por los países de nuestra órbita de cultura ha sido relativa o parcial, al punto que solo puede afirmarse que a final de cuentas existen opciones predominantes por uno u otro sistema de apelación. Nuestro CPP asumió, preponderantemente, el sistema de apelación limitada "medio" [Doig], con ciertas modulaciones hacia el sistema de apelación plena.

Ambos sistemas, como se tiene afirmado, asumen dos modos de concebir la segunda instancia. Los dos modelos conllevan una doble posibilidad de enjuiciamiento del objeto litigioso a realizar por un órgano distinto y superior, debiendo dicho órgano ceñirse a lo pedido y decidido en la instancia [Armenta]. Destaca en el sistema de apelación limitada, que asume un concepto más rígido de la preclusión –no acepta nuevos medios de ataque y de defensa, identidad del objeto de la primera instancia–, no solo el carácter negativo de la competencia del Tribunal Superior sino la nula ampliación probatoria en esta sede –identidad del material fáctico–; su carácter, como diría Guasp, es revisor del proceso, es decir, se ha de entender como una depuración de sus resultados por métodos autónomos que llevan, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una revisio prioris instantiae [Álvarez]. Empero, nuestro CPP tiene una apertura hacia una lógica ligeramente más plena, pues no solo es posible, y forma parte de la lógica de las potestades de la Sala Penal Superior, amparar el recurso y sustituir la decisión de primera instancia por otra cambiando incluso la declaración de hechos probados (competencia

positiva), sino que puede realizarse una actividad probatoria alternativa a la realizada en primera instancia. En este último punto, de apertura hacia el llamado *"ius novurum"*, con exclusión de los *"nova allegata"* –materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso–, se entiende que es posible incorporar materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia *(nova producta)*, así como materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad *(nova reperta)* [GARBERI] –en pureza, "hechos nuevos" y "hechos desconocidos"–; y, además, aquellos materiales admitidos pero no actuados por causas no imputables a las partes y, relevantemente, aquellos testigos y agraviados que declararon en primera instancia, pero cuyo testimonio es necesario su apreciación autónoma por el Tribunal Superior para sustentar el juicio de hecho (artículo 422. 2 y 5, CPP).

El CPP nacional, a tono con la construcción intermedia que acoge, autoriza al Tribunal Superior a revisar el juicio de primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como jurídico, y dentro de este último, tanto respecto al derecho material como al derecho procesal –a eso se refiere la expresión de Bindig de una segunda "primera instancia"–; además, el Tribunal de apelación debe fallar a base de su propia práctica de prueba, que puede extenderse también a las *nova*, esto es, nuevos hechos y nuevos medios de prueba [BELING].

El recurso de apelación nacional apunta a una resolución de segunda instancia que sustituya la primera –el carácter sustitutivo de la apelación es lo que identifica el doble grado de jurisdicción: plenitud de conocimiento y de decisión sobre el fondo–. Adicionalmente, frente al principio de inmediación, autoriza –aunque limitadamente– la actuación de prueba en segunda instancia –esto último constituye una excepción a la regla de preclusión y una matización del principio de doble instancia, pero aceptable en cuanto no se introducen nuevas 'causas de pedir' ni alteran el proceso; no pueden deducirse nuevas excepciones y medios de ataque y defensa ni hechos [CALDERÓN]–. La exigencia al principio de inmediación se vuelve aún mayor cuando se impugnan sentencias absolutorias, en el que se aplica la regla básica: que en caso de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquellas se fundan en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *Ad Quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y contradicción –prueba personal– [STCE 167/2002]. Ello importa la búsqueda a través de la apelación de un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando lo actuado más el nuevo material

fáctico aportado a la causa; el objetivo de la apelación nacional; por tanto, no se compadece con la renovación íntegra del material probatorio, sino con la actuación de pruebas sobrevenidas, que no se han podido emplear en los juicios precedentes. Más tiende a la *crítica de la decisión* que a la *renovación del proceso* [Carnelutti]. En tanto, por el modelo asumido, se restringe la práctica de pruebas en segunda instancia, solo pueden ofrecerse en supuestos excepcionales, de interpretación restrictiva [De Santo].

En consecuencia, a la vista de las nuevas diligencias probatorias el *iudex ad quem* podrá analizar de nuevo lo apreciado en primera instancia, a la vez que tendrá la oportunidad de hacer un nuevo enjuiciamiento fáctico y jurídico sobre el material de conocimiento que se adquirió en primera instancia.

Es indispensable, por tanto, la existencia de una segunda instancia con la finalidad de reducir los errores del *iudex a quo*. En este sentido, con el fin de evitar la falibilidad, lo razonable es que la revisión que lleve a cabo el órgano de apelación pueda ser completa, esto es, que deba revisar todas las incógnitas del caso concreto, pero sin necesidad de caer en un *novum iudicium* [Nieva].

3.2. Notas esenciales

Son cinco las notas esenciales de la apelación nacional contra sentencias las cuales se explican a continuación:

A. La apelación es complementaria de la sentencia de primera instancia. No tiene el carácter de pleno. Cabe aquí apuntar la existencia de dos límites necesarios: **1.** Respeto a la pretensión impugnatoria del recurrente, en consecuencia, la segunda instancia no se abre de oficio. **2.** Respeto a la interdicción de la reforma peyorativa. El objeto del recurso de apelación es la petición impugnativa del apelante.

B. Las partes no pueden deducir nuevas excepciones y medios de ataque y de defensa. Tampoco pueden ofrecer, libre e ilimitadamente, pruebas ni alegar hechos no propuestos en primera instancia, lo que encarna la esencia del segundo grado de jurisdicción. Consagrada la prohibición de la *mutatio libelli*.

C. El *iudex ad quem* resuelve sobre la base del material que tuvo a la vista al juez penal. Está en una situación homogénea del *iudex a quo*, con la limitación que le es imposible valorar en perjuicio del acusado los medios probatorios de naturaleza personal. Realiza, según motivos propuestos, un

control negativo; esto es, si se denuncian vicios de actividad o defectos de juicio con la consiguiente pretensión anulatoria, aunque no es necesario que exista realmente una equivocación del *iudex a quo* para permitir una valoración probatoria distinta a la efectuada en primera instancia [CORTÉS]. Por su parte, el recurrente debe expresar las razones concretas por las que es más lógica una valoración distinta a la efectuada por el juez de instancia.

D. Al permitirse la actuación, condicionada, de determinadas pruebas, y cuestionarse el juicio de culpabilidad, de valoración probatoria, el *iudex ad quem* realiza un control positivo y dictará un fallo sustitutivo del de primera instancia. La actividad de valoración de la prueba del órgano *ad quem* tiene límites derivados del principio de inmediación –es el tercer límite para el *iudex ad quem*–. El hecho de permitir la complementación del ámbito de conocimiento del juez *a quo* con nuevas pruebas surgidas con posterioridad –lo que no puede hacerse es alterar o ampliar el objeto procesal, no se admite los *nova capitula*– es un índice claro de su carácter ordinario y su acercamiento a la plenitud del recurso.

E. Cuando el recurso proviene del fiscal y el imputado es parte recurrida, si bien la inasistencia injustificada de este último no impide la realización de la audiencia, se le declarará reo contumaz y se dispondrá, de ser el caso, su conducción coactiva (artículo 323.4 CPP). Esto último significa que no es posible dictar la sentencia de vista hasta que el imputado sea capturado o se ponga a derecho; la causa, entonces, se archivará provisionalmente (artículo 79.5 CPP).

4. Procedimiento

4.1. Interposición y formalización

Existen dos modalidades de trámite del recurso de apelación, según se apele autos o sentencias. En el primer caso el plazo para impugnar es de tres días, y en el segundo caso de cinco días (artículo 414.1 b y c CPP). Cuando se trata de una apelación en el curso de una audiencia judicial, específicamente de sentencia, el artículo 401.1 CPP prescribe que puede apelarse por escrito, pero la fundamentación o formalización puede hacerse en acto aparte y por escrito y cuando se trata de una sentencia emitida en audiencia de juicio inmediato, conforme al artículo 448 CPP, el recurso de interpondrá en el mismo acto de lectura, en tal caso no es necesario la formalización por escrito. En caso que el

acusado no concurra a la audiencia de lectura, el plazo para su interposición es de 3 días, conforme al artículo 414.1.c CPP. En este caso, la Sala Superior, una vez recibido el cuaderno de apelación, comunicará a las partes para que en el plazo de tres días puedan ofrecer medios probatorios. El artículo 405.2 CPP señala que el plazo de formalización es de cinco días. La apelación, con indicación precisa de las alegaciones –artículo 405.1c CPP– se presenta ante el juez penal que emitió la sentencia, quien decide sobre la admisión del mismo.

Los requisitos para apelar, desde la motivación, son las siguientes: **1.** Precisión de las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación. **2.** Fundamentos de hecho. **3.** Fundamentos de derecho. **4.** Pretensión concreta [Doig].

El auto admisorio se notifica a todas las partes, luego de lo cual, inmediatamente, se eleva los actuados a la Sala Penal Superior (artículo 405.3 CPP). Cuando la sede del Tribunal Superior es distinta del órgano de primera instancia, el recurrente debe fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio de la apelación (artículo 416.2 CPP).

4.2. Admisión

4.2.1 Decisión del *iudex a quo*

El juez de primera instancia es quien decide, inmediatamente, sobre la admisibilidad del recurso –la inadmisibilidad es una especie de invalidez de las solicitudes, legalmente conminada–. Los presupuestos subjetivos–legitimación o derecho de conducción procesal e interés para impugnar o gravamen–, objetivos –acto o resolución impugnable– y formales (modo, tiempo, lugar y motivación) del recurso son de orden público, por ello su control es obligatorio al órgano jurisdiccional. Resulta admisible la impugnación oportunamente propuesta por el legitimado, que tenga interés en ella, contra las decisiones impugnables, en los modos y con las formalidades prescritas [Cordero].

El *iudex a quo* notifica su decisión a todas las partes. Admitido el recurso el órgano de primera instancia, eleva los actuados al Tribunal de Apelación (artículo 405.3 CPP): este es el paso de "elevación de las actuaciones". No existe en el CPP el paso del denominado "emplazamiento", en cuya virtud el juez de grado hace saber a los interesados –todas las partes, recurrentes, no recurrentes y recurridas– que deberán concurrir ante el Tribunal Superior encargado de la revisión de la resolución a fin de mantener el recurso interpuesto [Berdichevsky].

4.2.2. Control del *iudex ad quem*

Recibidos los autos, la Sala Penal Superior conferirá traslado del recurso a las demás partes procesales –a todas, incluso a las no recurrentes–. El traslado es, simplemente, una posibilidad procesal para las partes no recurrentes y recurridas de argumentar a favor de su propia situación procesal, por lo que, vencido el plazo de absolución de agravios, con su contestación o sin ella, se pronunciará sobre la corrección formal de la concesión del recurso por el Tribunal *A Quo*; declarará bien concedido el recurso o, en su defecto, de estimarlo inadmisible lo anulará (artículos 405.3 y 421.1 CPP). Los presupuestos del recurso son objeto de control de oficio; en consecuencia, no puede negarse al Tribunal Superior competencia para conocer y resolver del recurso de apelación concedida por el *iudex a quo*.

Contra el auto que declara inadmisible el recurso, procede recurso de reposición (artículos 420.4 y 421.2 CPP). Este se tramita conforme al artículo 415.2 CPP: lo resuelve de plano –si el vicio o error es evidente o el recurso es manifiestamente inadmisible– o correrá traslado a las partes por dos días. La decisión sobre el recurso no es impugnable.

El trámite de admisión del recurso posee una naturaleza marcadamente formal, alejada de cualquier tipo de análisis judicial de carácter material sobre el fondo de la controversia suscitada, o sobre el acierto o desacierto de los motivos de oposición esgrimidos por el recurrente. Solo se fiscaliza el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones procesales (presupuestos y requisitos legales) del recurso interpuesto [GARBERÍ].

Lo que se cuestiona frente una inadmisión del recurso, vía queja o reposición, según el órgano y la oportunidad procesal del rechazo del recurso de apelación, es: **1.** La existencia de un defecto formal o estructural del acto impugnativo, **2.** La falta de poder para impugnar, sea por haberse producido la preclusión o la caducidad de la correspondiente facultad, **3.** La irrecurribilidad de la resolución originaria, **4.** la invocación de un motivo no permitido por la ley –supuesto solo posible en la casación–, y **5.** El no cumplimiento de una condición expresamente exigida por la ley [CLARIÁ].

4.3. Proposición de pruebas

4.3.1. Preliminar. Apelación de autos

Declarado bien concedido el recurso de apelación, el trámite se bifurca según la calificación de la resolución impugnada: auto o una sentencia. En lo que

se refiere a la apelación de autos, conforme al artículo 420.2 CPP, declarado bien concedido el aludido recurso, se cita a las partes a la audiencia de apelación, que se llevará a cabo con las que concurran. Es una simple audiencia de alegaciones orales del fiscal y de la defensa de las partes, además se escuchará al imputado siempre que decida asistir. El interrogatorio del Tribunal de Alzada se concentra en los informantes y su objeto es el esclarecimiento de su posición técnica (artículo 420.6 CPP).

No existe una fase de actuación probatoria autónoma. A lo más será posible la presentación de prueba documental y la incorporación de actuaciones de la investigación preparatoria de fecha posterior al recurso, siempre que este ofrecimiento –entendido como plazo de caducidad– se produzca antes de la notificación de la resolución que se pronuncie por la calificación aprobatoria del recurso y disponga la citación para la audiencia, para lo cual se insta un trámite previo de traslado por tres días (artículo 420.3 CPP).

El plazo general para la absolución del grado es de veinte días (artículo 420.7 CPP). El auto de vista tendrá un contenido variado en función de la cuestión procesal planteada.

4.3.2. Trámite previo

El auto que declara bien concedido el recurso, concurrentemente, emplazará a las partes –recurrentes y recurridas– que pueden ofrecer medios de probatorios en el plazo de cinco días; el apelante y el apelado tienen la carga de la proposición de la prueba. ¿Las partes adheridas pueden proponer prueba? No, solo corresponde al apelante principal y a quienes afecta el recurso: partes recurridas – de no aceptarse se incurría en indefensión–. Ello es así por el carácter subordinado de la adhesión y porque el aquietamiento a los pronunciamientos de la sentencia se entiende como aquietamiento a la actividad probatoria y a la innecesariedad de la prueba [Moreno].

4.3.3. Regulación legal

La proposición de pruebas, desde luego, está regulada –a nivel genérico– por lo dispuesto en el artículo 155.2 CPP: pertinente y no prohibida por la ley. Los literales a y b del apdo. 5 del artículo 352 CPP exigen, además, indicación del probable aporte a obtener con el medio de prueba ofrecido, la conducencia y utilidad del mismo. El artículo 422.1 CPP destaca en lo especial el aporte que

se espera de la prueba ofrecida, lo que no niega las demás exigencias, aunque expresamente sanciona con la inadmisibilidad su incumplimiento.

Solo se admiten, en atención a la clásica prohibición del *ius novurum*, la petición de práctica en la segunda instancia de las siguientes pruebas:

A. *Pruebas de hechos cuya existencia se desconocía.* La razón para la admisión de nueva prueba es objetiva: importa el desconocimiento, no las razones del mismo. Se trata de pruebas de hechos relevantes cuya existencia no conocía el recurrente y, por tanto, no pudo solicitar se practicaran, o bien aquellas otras que, conociendo su existencia, no pudo proponerla, por carecer de disponibilidad sobre la misma; en tanto en cuanto tenga relación o guarden conexión con las afirmaciones de hechos efectuados en las alegaciones finales de las partes, de lo contrario se estaría posibilitando la facultad de introducir en el proceso nuevas pretensiones. Se excluyen los medios probatorios que estaban disponibles en el momento del juicio. Se trata de supuestos de imposibilidad de proposición de prueba debido únicamente, bien a la aparición de hechos nuevos acaecidos con posterioridad al trámite procesal de prueba en el juicio (*nova producto*: hechos nuevos), bien a la existencia de hechos que, no obstante ser de fecha anterior a dicho trámite preclusivo, hubieren llegado a conocimiento del recurrente en un momento posterior, lo que debe ser justificado por la parte (*nova reperta*: hechos desconocidos o hechos de nuevo conocimiento) –este último exige un criterio de admisión más restringido que los *nova* producto por la posibilidad de fraude– [GIMENO]. Lo relevante, en todo caso, es la novedad del hecho, no la novedad del medio de prueba.

Las pruebas ofrecidas deben referirse básicamente a los mismos hechos que ya constituyeron el objeto de la acusación en la primera instancia y deben tener relevancia para poder determinar, en su caso, una sentencia de contenido diferente [DE PRADA].

B. *Pruebas indebidamente denegadas.* Se deben cumplir cuatro requisitos: **a)** que dichos medios de prueba hayan sido propuestos en tiempo y forma; **b)** que inmediatamente después de la denegación se formalice la oportuna protesta por esa decisión –la falta de protesta no puede suplirse por la Sala de Apelación, pues la protesta debe cumplirla la parte interesada, en consecuencia, debe recaer sobre el propio recurrente la responsabilidad de sus errores procesales, los que no están amparados por la tutela jurisdiccional ni la proscripción de la indefensión–; **c)** que no haya existido durante la

tramitación del procedimiento en primera instancia ningún otro momento para proponer el medio de prueba indebidamente rechazado; y, d) que el Tribunal *Ad Quem* lo estime pertinente y relevante para la decisión del recurso la práctica de la prueba propuesta. Son tres son los posibles errores que pudieron cometerse por el *iudex a quo*: el mal entendimiento de la preclusión, el de la impertinencia y el de la inutilidad [Yáñez].

La protesta en el primer momento procesal posible puede definirse como una declaración de voluntad dirigida a denunciar como incorrecta y perjudicial una actuación procesal concreta, de manera que su ausencia significa una verdadera renuncia a la petición denegatoria por aquietamiento y aceptación de la decisión (STSE de 24-01-00).

C. *Pruebas admitidas que no fueron practicadas.* Se trata de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes –no solo por el proponente en segunda instancia–, que resultaron expresamente admitidas pero que no pudieron ser practicadas por causa que no sea imputable al recurrente. La negligencia del apelante o su pasividad no justifica la actuación de la prueba no actuada, puesto que no existe indefensión, que solo se presenta cuando el órgano judicial ha negado a una parte la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos [Bermúdez]; se requiere, en todo caso, que la parte haya intentado sin éxito la práctica de las mismas. No pueden ser acogidas aquellas pruebas cuya práctica es imposible –se aceptó el medio probatorio pero su ejecución no pudo realizarse a causa de la ausencia del órgano de prueba– pero es aceptable si en segunda instancia la imposibilidad cesó.

4.3.4. Reglas generales de admisión probatoria

La admisibilidad de esas pruebas está condicionada a que se acredite la causa alegada.

Una primera regla general de admisibilidad de pruebas en segunda instancia estriba en que los medios de prueba ofrecidos tiendan a demostrar de forma directa la inocencia o culpabilidad del encausado, o que vayan dirigidas a la demostración de la veracidad de unos hechos que de forma indirecta supongan, por aplicación de criterios lógicos, la inocencia o culpabilidad del acusado. No se admitirá, fuera de ese periodo, nueva prueba documental, pues los supuestos tasados que incorpora el artículo 422 CPP no lo aceptan; su admisión supondría negar la contradicción a que tienen derecho las demás partes.

El juicio de pertinencia sobre un medio probatorio requiere que la parte interesada explicite en primer lugar lo que quiere probar –las concretas afirmaciones de hechos–, cómo intenta conseguir la prueba –el medio concreto de que quiere valerse y su contenido–, y la finalidad perseguida con dicha actividad, para que sobre tales extremos pueda pronunciarse el órgano judicial. Se ha de alegar y fundamentar la trascendencia de la prueba propuesta [BERMÚDEZ]. La idea de "necesidad de prueba", enraizada en el mismo concepto constitucional de pertinencia, está referida a la capacidad del medio probatorio ofrecido para formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo, a partir del cual es posible analizar si el indicado medio probatorio es reiterativo o inoperante (STSE de 10-03-95).

Una segunda regla general estriba en que la proposición de prueba solo tendrá lugar cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia, o cuando se cuestione algún extremo referido a la pena o reparación civil que, por su propia naturaleza, exija un debate sobre los hechos o circunstancias declarados probados o improbados (artículo 422.3 CPP).

Una excepción general a la limitación de actuación probatoria en segunda instancia se encuentra en el artículo 422.5 CPP. Importa la citación de testigos que han declarado en primera instancia, cuya presencia, por razones de inmediación y contradicción, resulta indispensable para sustentar el juicio de hecho. Tal convocatoria, primero, necesita una insistencia de las partes, ergo, no cabe una citación de oficio, en consecuencia, si no existe pedido de parte, el juicio de hecho necesariamente quedará acreditado por lo declarado en el acta del juicio; segundo, la concreción de esa posibilidad, prevista por el citado artículo 422.5 CPP, podrá producirse en los casos en que se pide la revisión de la credibilidad de la prueba testifical o de la declaración de los propios acusados, pero no cuando se discute la valoración jurídica de un hecho documentado en autos cuya existencia es recogida en la sentencia de primera instancia (SSTCE 167/2002, de 16-09-02; y, 68/2003, de 09-04-03); y, tercero, en atención a la excepcionalidad de las "innovaciones" en la apelación restringida o media, que es la base del sistema de apelación del CPP, la prueba personal ya actuada solo puede volverse a actuar cuando se alegue un interrogatorio defectuoso por incompleto o ineficaz: práctica inadecuada.

Por otro lado, se podría discutir si cabe la práctica de prueba de oficio por parte del órgano *ad quem*. El CPP solo se refiere a las partes, aunque alguno podría sostener que nada impide que el *iudex ad quem* pueda hacer uso de las facultades atribuidas en el CPP al tribunal en el juicio oral. A esa tesitura cabe contestarle que, como regla de excepción, la prueba de oficio está pensada para la primera

instancia –etapa del juicio oral–, no para la apelación, amén de la vigencia del principio *tantum devolutum quantum apellation.*

4.4. Audiencia de apelación

4.4.1. Citación (artículo 423 CPP)

Decidida la admisión de las pruebas, se convoca a las partes a una audiencia de apelación. Se emplaza también a los no recurrentes.

Es obligatoria la asistencia de la parte recurrente. Si recurre el fiscal también deben concurrir todas las partes recurridas. Si el acusado recurrente no concurre a la audiencia se declarará inadmisible el recurso que interpuso; de igual forma se procederá si no concurre el fiscal recurrente. La inasistencia de acusados recurridos no impide la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declaración de reos contumaces de los inasistentes. Lo último significaría que habrá una segunda oportunidad ante la inconcurrencia de los acusados recurridos, y en la cual la audiencia siempre se realizará.

Respecto de las partes privadas, la obligatoriedad solo se da cuando ellas son las recurrentes, bajo sanción de inadmisibilidad del recurso que promovieran. Si la apelación se refiere al objeto civil, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

4.4.2. La posición del Tribunal Constitucional

La STC n.° 2984-2011/PHC-TC, de 16-07-13, fijó un criterio interpretativo respecto del artículo 423.3 CPP. Dicha norma prescribe: "Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente".

Dice el Tribunal Constitucional que no cabe una interpretación literal (sic) de dicho precepto, pues la presencia física y personal del recurrente para que se lleve a cabo a la audiencia de apelación de sentencia no resulta necesaria ni indispensable, pues esta actuación se puede desarrollar con la sola presencia de su abogado, quien puede sustentar oral y técnicamente los argumentos del recurso para que estos puedan ser sometidos al contradictorio y al debate oral de su contraparte. La interpretación inicialmente aludida no supera el examen de necesidad. Se requiere para la declaración de inadmisibilidad del recurso la inconcurrencia adicional del defensor.

En principio no puede sostenerse que la interpretación que en su día efectuó la Sala Superior –al rechazar la apelación porque no concurrió el imputado, pese a que sí lo hizo su defensor– era íntegramente literal –esa es la opción asumida por el Acuerdo Plenario n.° 1-20012, de 18-01-13, que para el caso de apelación de autos siguió el criterio de la concurrencia voluntaria del recurrente: Sentencia Casatoria n.° 52-2009/Arequipa, de 13-07-10–. En puridad, se puede calificar de una interpretación asistemática. La interpretación de la norma en cuestión no puede ser única, pues las circunstancias pueden ser distintas.

En efecto, la fase de apelación de sentencias está sujeta a un procedimiento complejo. La lógica del mismo es la presencia del imputado en el desarrollo de la audiencia, al punto que el artículo 424.3 CPP estipula que el interrogatorio del imputado es un paso obligatorio "cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar" –lo que no es de recibo en el caso de apelación de autos–. Luego, en principio, si se trata de un cuestionamiento jurídico, si está en discusión la *questio iuris*, no es necesaria la presencia del imputado. Empero, si se debate la declaración de hechos probados que ha dado lugar a una condena o si se controvierte la medición de la pena –en tanto se requiera analizar aspectos de hecho vinculados a las circunstancias del delito u otros factores–, es indudable que la presencia del imputado es imprescindible. El Tribunal de Apelación debe fallar previo interrogatorio al imputado. Este está sujeto al órgano jurisdiccional, por lo que su concurrencia es una carga procesal cuya inasistencia injustificada le acarrea perjuicios: deserción del recurso. Podrá, luego, decir que se abstiene de declarar –ese es su derecho constitucional–, pero debe concurrir personalmente al Tribunal para hacerlo saber de modo expreso.

La presencia del imputado en la audiencia de apelación de sentencia tiene esa nota de obligatoriedad –como carga procesal expresamente afirmada– que si es parte recurrida, su inasistencia injustificada determina la declaración de contumacia –en sentido similar en el juicio de primera instancia: artículo 367°.2 y 3 CPP–, uno de cuyos efectos, sin perjuicio de la orden de conducción compulsiva, será el archivo provisional del proceso respecto de él, hasta que sea habido (artículo 79.5-6 CPP).

Por tanto, la declaración de inadmisibilidad se declarará solamente en los supuestos de inconcurrencia injustificada del imputado, siempre que se cuestione el juicio histórico: culpabilidad y/o medición judicial de la sanción penal –algún aspecto de la denominada *questio facti*–. Por cierto, no será del caso –para evitar la deserción del recurso– exigir la presencia del imputado cuando ha recurrido en la

condición de contumaz, pues se le impondría una carga irrazonable que limitaría la garantía procesal de tutela jurisdiccional

4.4.3. Realización de la audiencia (artículo 424 CPP)

La base normativa general es la del juicio oral en primera instancia. Las reglas de instalación están ya definidas por el artículo 423 CPP. Cabe puntualizar que existen dos modalidades de audiencia, siempre preceptiva: con actuación probatoria o sin ella. La primera modalidad está condicionada a la impugnación del juicio de culpabilidad o inocencia, o de la cuantía de la pena o de la reparación civil, y siempre que en apelación se inste la revisión de un aspecto de la valoración de las pruebas personales, que es su credibilidad. Si la esencia de la controversia radica, no en error en la valoración de la prueba –diferente ponderación acerca de la credibilidad de determinadas declaraciones–, sino en una inadecuada calificación jurídica de los hechos que el órgano *a quo* declaró probados; si no se discute la veracidad de específicas declaraciones asumidas por el *iudex a quo* sino se estima su impropiedad o relevancia exculpatoria, en esos casos, no cabe una audiencia con actuación de pruebas.

Evidentemente no habrá actuación y examen probatorio –no se requiere examen directo y personal de la prueba– cuando el núcleo de la discrepancia es una cuestión jurídica –sobre la base de hechos coincidentes–; la reproducción del debate, aquí, no añade nada al juicio público. Así sería el caso, por ejemplo, de la prueba indiciaria, cuando se cuestione el juicio de inferencia sobre la base de las reglas de la lógica y experiencia, más allá que los indicios que por separado se hubieran obtenido como el fruto de la práctica de pruebas necesitadas de inmediación [Garberí].

Cabe puntualizar que la jurisprudencia del TEDH es constante en el sentido de exigir, únicamente, la necesaria audiencia en apelación del acusado absuelto sin que contenga la exigencia de repetición de la práctica de la prueba que en el recurso se hubiera impugnado por considerar errónea la valoración del juez *a quo*. Exigir, en estos casos, que se vuelva a interrogar a los acusados, a los testigos o a pedir a los peritos que informen –sean objeto de un nuevo examen– lo estarán haciendo de nuevo aportando una prueba nueva y diferente a la que valoró el juez de primera instancia. Se trataría de testigos y peritos cuya declaración o informe en la alzada serán valorados por primera vez por tratarse de una declaración distinta de la que tuvo lugar en la primera instancia. Todo ello con el agravante de tratarse de declaraciones sospechosas en tanto que los que comparezcan en segunda instancia

lo harán prevenidos por las partes sobre las dudas y contradicciones que pudiera haber suscitado su declaración en primera instancia. De ser así la vía de recurso sería interminable pues siempre cabría un nuevo recurso en tanto que la sentencia de vista se habría pronunciado sobre un objeto procesal renovado con la repetición de la prueba [RICHARD].

4.4.4. Periodos de la audiencia

Tres son los periodos de la audiencia de apelación con actuación de pruebas. Así:

A. *Periodo inicial.* Consta de dos pasos. En primer lugar, el auxiliar jurisdiccional hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones contra ella, objeto de la audiencia. En segundo, se corre traslado a las partes recurrentes para que se pronuncien si se desisten total o parcialmente del recurso interpuso, o en su caso para que se ratifiquen en los motivos del recurso.

Este periodo es común a ambas modalidades de audiencias.

B. *Periodo probatorio.* Se actúan las nuevas pruebas admitidas. A semejanza del juicio de instancia, primero se examina a la agraviada, luego a los testigos, a continuación, a los peritos y, finalmente, se lee y discute la prueba instrumental. Empero, cuando se discute el juicio de culpabilidad, es obligatorio el examen de los imputados, salvo que decidan abstenerse de ser examinados –será el primer paso de la audiencia–. En la estación de lectura u oralización de la prueba instrumental, amén de ser aplicable el artículo 383 CPP, cabe la lectura del informe pericial y del examen pericial, así como de todas las actuaciones no objetadas de primera instancia.

Si no es del caso actuar pruebas, sencillamente, se supera este periodo y se abre paso al periodo decisorio: no tiene porqué leerse piezas procesales [en contra: DOIG], salvo omisión de lectura y debate de prueba documental o documentada en primera instancia y la ofrecida en segunda instancia.

C. *Periodo decisorio.* Las partes alegan por su orden, empezando por los recurrentes, que tienen la primera palabra. El imputado, siempre, tiene derecho a la última palabra. A continuación, el tribunal dará por cerrado el debate de apelación.

4.5. Sentencia de vista

4.5.1. Deliberación

Rigen las reglas del artículo 393 CPP, aunque por razones de supletoriedad rige, además y más propiamente, el artículo 392 CPP. En consecuencia:

A. La deliberación es secreta.

B. El plazo para la deliberación es de diez días, en cuyo término debe expedirse sentencia. Es de preguntarse si rige el apdo. 3 del artículo 392 CPP, esto es, si transcurre ese plazo ¿debe repetirse la audiencia de apelación? En principio, tal posibilidad solo abarca los casos de audiencia de pruebas –en las audiencias de apelación sin actuación probatoria se tratará de un plazo impropio, cuya vulneración no genera nulidad de actuaciones–; y, como el proceso es único y las reglas vinculadas a la inmediación son las mismas (artículo 424.1 CPP), en ese caso las actuaciones probatorias del juicio de apelación quedan sin efecto.

C. Finalmente, para que exista resolución, basta dos votos conformes; solo se requiere mayoría de votos. ¿Qué pasa si no hay mayoría?, ¿Cada vocal mantiene un voto distinto (anulación, confirmación y revocatoria)? Se procederá conforme a las reglas de la discordia, y el vocal discordante tendrá que repetir la audiencia de apelación.

4.5.2. Valoración de la prueba

Se presenta, en este paso, una doble posición del Tribunal *Ad Quem* respecto del tratamiento de la prueba actuada en segunda instancia y su relación con la prueba actuada en primera instancia. En principio, como se trata de un recurso de apelación que instaura el doble grado de jurisdicción y otorga una potestad de revisión total de lo actuado, el Tribunal *Ad Quem* realizará una valoración integral del conjunto de la prueba actuada, en primera y en segunda instancia.

El recurso de apelación conlleva que el *iudex ad quem* asuma plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el *iudex a quo* no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (STCE 172/1997, de 14 de octubre).

A. Los criterios básicos de valoración están previstos en el artículo 393 CPP. Así:

i. Solo se valoran los medios de prueba incorporados legítimamente al juicio.

ii. El examen de los medios probatorios se inicia individualmente por cada uno de ellos y, a continuación, globalmente, en su conjunto.

iii. Se abordarán los temas objeto de la pretensión impugnativa.

B. Las especialidades que se reconocen a la valoración de la prueba en segunda instancia son dos:

i. Valoración independiente de la prueba actuada en la audiencia, así como de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. Se reconoce en este punto el carácter 'documental' del aporte de esos medios de prueba y, por tanto, el ser ajenos a la inmediación o, por lo menos, una clara excepción por razones de no repetibilidad o disponibilidad de la prueba (preconstitución y anticipación de prueba).

ii. Respeto de la valoración realizada por el *Iudex Ad Quo* de la prueba personal: declaraciones en general (declaración del imputado y testificales). Se estima que el principio de inmediación permite al *iudex a quo* el contacto directo con el material probatorio, por lo cual puede llevar a cabo una más objetiva valoración crítica de los hechos enjuiciados –se entiende que la inmediación es una técnica que sirve para obtener de la fuente de prueba todas las informaciones relevantes [IACAVIELLO]–. La posición de imparcialidad e inmediación del juez determina una especie de presunción de acierto, sobre la que vienen razonando uniformemente los órganos jurisdiccionales, en el sentido que entienden que han de reputarse acertadas las conclusiones fácticas a las que llegue, salvo que se demuestre manifiesto error, incongruencia, contradicción o cualquier otro defecto de análoga entidad [SOSPEDRA] –por ende, es claro enfatizar que la oralidad–inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez–. Así lo entiende el CPP, aunque contemporáneamente con arreglo a las reflexiones más modernas de la psicología, del testimonio, que se basan en que lo que hay que valorar no es la persona del declarante, sino su declaración, para lo

que la inmediación dice poco, de suerte que es posible examinar otro ángulo del testimonio: su racionalidad, coherencia, precisión, y su relación con las demás pruebas actuadas. El juez, en esta perspectiva, ha tenido por probado un hecho que en realidad no ha sucedido, o viceversa; o bien ha tenido por correctamente probado un hecho, pero ha deducido de su existencia unas consecuencias fácticas que en realidad no han acaecido, creando de forma indebida, de ese modo, una presunción, al errar en el uso del razonamiento lógico deductivo [Nieva].

La posibilidad que tiene el *iudex ad quem* de apartarse de las conclusiones probatorias del *iudex a quo* en relación a las mencionadas pruebas personales está en función a las actuaciones probatorias realizadas en segunda instancia y a las pruebas documentales, preconstituidas y anticipadas. Es evidente que si las pruebas de cargo que justificaron la condena o la absolución fueron de carácter personal –aquí se incluye el ámbito perceptivo del perito, no el aspecto técnico del informe pericial– no será posible un cambio del sentido del fallo, a menos que esa prueba se repita en segunda instancia –posibilidad aceptada, excepcionalmente y con los límites ya explicados, en el apdo. 5 del artículo 422 CPP- (las SSTEDH Ekbatani vs. Suecia de 26-05-88 y Tierce vs. San Marino de 27-06-00, insisten en la necesidad del examen directo y personal por el *Iudex Ad Quem* del imputado que rechaza los cargos). Las SSTEDH Valvuena Redondo, Naranjo Acevedo, Sainz Casla y Román Zurdo, de 13-1211, 22-10-13, 12-11-13 y 08-10-13, instituyeron una delimitación de la anterior doctrina cuando el Tribunal de Apelación revoca la condena a un acusado absuelto en primera instancia, sin necesidad de haber oído personalmente al citado imputado en la audiencia de apelación, cuando para pronunciarse sobre la culpabilidad incidió en aspectos que tenían un carácter jurídico predominante o cuando se limitó a modificar la calificación jurídica del resultado de las pruebas practicadas en primera instancia; si cabe, por cierto, cuando se efectúa una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera (nueva valoración de los elementos de hecho: STEH Spíriu, de 29-04-08), situándose más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas.

La STCE n.° 47/2002, de 25 de febrero, en principio, estimó que la apelación es un *novum judicium*, por lo que cabe una nueva apreciación tanto de los hechos como del derecho; y, en tal virtud, puede llegarse con ello a un nuevo pronunciamiento contrario al que tuvo lugar en primera instancia. La STCE n.° 167/2002, de 18 de setiembre, bajo la misma perspectiva que el TEDH, acotó que para sustituir una sentencia absolutoria por otra condenatoria en fase de apelación puede ser necesaria la celebración de una audiencia para garantizar los principios de inmediación, publicidad y contradicción en cuanto la condena se vaya a fundamentar en una nueva valoración de la prueba practicada; lo cual es especialmente necesaria en los casos en lo que se pide la revisión de la prueba testifical o de la declaración de los propios acusados, pero no cuando se discute la valoración jurídica de un hecho documentado en autos cuya existencia es recogida en la sentencia.

En efecto, el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conlleve a la condena del acusado después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de los testimonios de los acusados o testigos, con la salvedad ya apuntada en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, si tal modificación no fue precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos –claro está con excepciones– [STCE n.° 124/2008, de 20 de octubre].

Por otro lado, se discute si puede dictarse, según los casos, una sentencia procesal, anulatoria, si el razonamiento judicial es contradictorio o notoriamente insuficiente (oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto o incongruente), o, también, si es arbitrario, es decir, no respeta las reglas de la experiencia, del pensamiento humano, de la ciencia y, en especial, de la psicología, así como si es dictado con manifiesto error (dice lo que el testigo no declaró, menciona algo distinto a lo que expuso un órgano de prueba, cambia el sentido de las expresiones o le da un alcance que no corresponde). En este último caso se produce una limitación en la facultad revisora de apreciación fáctica, que se concreta, en todo caso, a la estructura racional y lógica del razonamiento probatorio [SÁNCHEZ YLLERA]. Pareciera que, previa censura de la decisión de primera instancia, es posible un fallo de mérito.

El respeto a la inmediación en la apreciación de prueba personal, como límite a la amplitud del criterio fiscalizador del *iudex ad quem* –según el legislador nacional–, se justifica porque cuando el material probatorio del juicio de primera instancia se centra, primordial o exclusivamente, en las declaraciones de los acusados o en la prueba testifical, en ellos debe distinguirse las zonas opacas, de difícil acceso a la supervisión y control, y las zonas francas, que sí son controlables en la segunda instancia. (1) Las zonas opacas aparecen constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la inmediación, tales como el lenguaje gestual del acusado, testigo o perito; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempo de silencio; capacidad narrativa y explicativa, etc. (2) Las zonas francas, por su parte, están referidas a todos aquellos aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que, al resultar ajenas a la percepción sensorial del *iudex a quo*, sí pueden y deben ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos [Gimeno] se trata de las pruebas documentales –se incluye las documentadas: prueba anticipadas y preconstituida–, informes periciales documentados – que no exijan oír al perito– o las pruebas de indicios –cuando no se explicita por el juzgador de instancia el razonamiento seguido para alcanzar el resultado probatorio–, en cuya apreciación no esté en entredicho el principio de inmediación [Fernández López]. En este último sentido, tiene expuesto la Corte Suprema Argentina, en el famoso Caso 'Martínez Areco' (Sentencia n.° 3792, de 2510-05), que la inmediación no impide examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia recurrida y el procedimiento de valoración probatoria (§ 36). En consecuencia, la doctrina constitucional sobre la inmediación de la prueba en la segunda instancia ha de circunscribirse exclusivamente a aquellos aspectos de la práctica de las pruebas personales que exijan una formación del juicio de credibilidad sobre la veracidad o mendacidad de la declaración del interviniente en la prueba, el cual, si se manifestare ilógica o arbitraria, también puede ser revisado por el *iudex ad quem* [Gimeno]. Tal es la exigencia de inmediación directa y personal, que la STEC n.° 120/2009, de 21 de mayo, ni siquiera acepta que el *iudex ad quem* varíe los hechos con la sola observación del video del juicio oral [Banacloche].

Cabe señalar, sin embargo, que la inmediación como está siendo acogida jurisprudencialmente tiene sus límites: **a)** la inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se actúa ante el juez, pero no por ello debe ser considerada como un método para el convencimiento del juzgador. **b)** El principio de inmediación no debe ser una justificación al tribunal sentenciador para no motivar su resolución. En tal virtud, se puede considerar la jurisprudencia que estimaba que la convicción a través de la inmediación que se forma el Tribunal de la prueba directa practicada depende de una serie de percepciones que no son expresables a través de la motivación. **c)** La prueba valorada por el tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación, sobre la que dicta sentencia condenatoria puede ser analizada en casación como garante de toda decisión arbitraria (STE n.° 1140/2010, de 29 de diciembre).

En suma, y respecto a la valoración de la prueba, no existe vulneración de derecho constitucional alguno cuando la condena emitida en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se apunta la sentencia emitida por el *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, esta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo –en verdad, inductivo [NIEVA]– empleado y no alterados en la apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzas por el *A Quo*, pues ese proceso –en pureza, indeductivo–, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin vulneración de garantías constitucionales (STCE 272/2005, de 24 de octubre).

Está excluida de las exigencias derivadas de la inmediación la prueba documental en atención a su propia naturaleza (STCE 46/2011, de 11 de abril). También está excluida la prueba pericial, cuando en el informe pericial estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que ese informe llegue, esto es, cuando el Tribunal de Apelación valore la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que documenta (STCE 120/2009, de 21 de mayo).

4.5.3. Alcances de la sentencia de vista (artículo 425 CPP)

El Tribunal *Ad Quem* puede:

A. *Anulación, en todo o en parte, de la sentencia apelada* y disposición que los autos se remitan el *iudex a quo* que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar. Se dictará una sentencia anulatoria cuando el motivo del recurso se deba a un quebrantamiento de las normas y garantías procesales, siempre que han causado indefensión al recurrente. Está circunscripta a infracciones procesales producidas en actos precedentes a la misma sentencia de primera instancia, siempre que sean infracciones insubsanables. Ese motivo constituye, en buena cuenta, uno de los contenidos tradicionales del recurso de apelación como recurso de nulidad, que hace referencia al incumplimiento durante la primera instancia de normas procesales y de principios constitucionalizados que deben observarse en su aplicación [Varela]–.

La indefensión constitucionalmente relevante se tipifica cuando se produce una infracción de la norma procesal realizada por el órgano jurisdiccional de primera instancia que ha privado o limitado, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contraídas en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.

La anulación de la sentencia de instancia, desde luego, está condicionada a que los vicios detectados sean insubsanables. La posibilidad sanadora de esos vicios tiene como límite general y de carácter objetivo cuando impiden la integridad del procedimiento o afectan la posición jurídica de las partes, salvo que esta proceda de una conducta negligente o contumaz del afectado.

Así, un adecuado tratamiento de la resolución por la que se pone fin al recurso de apelación obliga a distinguir entre los supuestos en los que se recurre por infracción de normas o garantías procesales o aquellos otros en los que se alega infracción del derecho sustantivo o material. Dentro de los primeros cabe realizar las siguientes distinciones: A) Cuando la infracción procesal se produjo *in iudicando* o al dictarse la sentencia de primera instancia (incluyéndose aquí no solo la infracción de normas relativas directamente a la emisión de la sentencia sino también a las que disciplinan la valoración de la prueba) el Tribunal de Apelación revocará

la sentencia apelada y dictará fallo de fondo sobre las cuestiones objeto del proceso sin que quepa reenvío al juez de primera instancia. **B)** Cuando la infracción procesal no se produjo en la sentencia de primera instancia (vicio *in procedendo*) el reenvío tan solo tendrá lugar en los supuestos en que dicha infracción hubiera sido generadora de nulidad absoluta o insubsanable [FUENTES SORIANO]. La sentencia de vista, en el primer caso, es de evidente lógica, en función de que ninguna utilidad presentaría la declaración de nulidad y consiguiente reenvío, así como por la propia naturaleza de la apelación –conocimiento y poder equivalente al juez de primera instancia–; la doble instancia, por lo demás, no puede entenderse que ambos órganos jurisdiccionales tengan que decidir sobre la totalidad de los puntos inicialmente planteados en la causa [GIMENO, STSE de 12-06-89].

Es pertinente tener presente que, en materia de infracción de normas procesales, se presentan vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*. La regla es que si generan indefensión –irregularidades relevantes desde el punto de vista del derecho de la defensa– se dictará una sentencia de vista anulatoria. Sin embargo, respecto de los defectos estructurales de la sentencia no cabe la anulación cuando se trata de motivos subsanables en segunda instancia. Así, los déficits referidos a la falta de claridad de hechos probados, falta de fundamentación o infracciones en la composición del órgano jurisdiccional darán lugar a la nulidad de la sentencia; pero las vulneraciones relativas a la falta de motivación en algún aspecto de la sentencia, por ejemplo: agravantes o factores de individualización de la pena, pueden ser corregidos en la segunda instancia, pudiéndose rectificar en la sentencia de vista [SOSPEDRA]. Es de precisar que solo cabe hablar de segunda instancia cuando quepa hablar de primera instancia.

En este caso el juicio de reenvío deberán realizarlo jueces distintos de los que intervinieron inicialmente (artículo 426.1 CPP). Ello es así por la necesidad de evitar la eventual contaminación objetiva del tribunal de mérito, en tanto en cuanto sus integrantes expresaron una convicción, ni siquiera potencial, sino real y efectiva. Por otro lado, si la anulación se produjo como consecuencia del recurso del imputado –recurso defensivo–, el límite para los jueces de reenvío estará en la pena impuesta en el primer juicio.

Cabe puntualizar que, si la infracción se ha producido en la misma sentencia apelada, de modo que puede ser completamente eliminada con solo corregir

ese acto judicial, se revocará la sentencia en cuestión y se dictará una nueva rectificando la infracción procesal [Ortells].967202865

Finalmente, debe recordarse que el pronunciamiento del Tribunal Revisor está limitado, por regla general, por los agravios determinados en el recurso de impugnación formulado por una de las partes. Esta regla reconocida en el n.° 1 del artículo 409 del CPP determina la vigencia del principio de congruencia que determina que exista una correlación directa entre el ámbito de la resolución de segunda instancia y el objeto de apelación planteado, ello en aras de garantizar el respeto al derecho de defensa y a la seguridad jurídica –en puridad, ello trasunta el objeto procesal necesario en la segunda instancia, que es la pretensión impugnatoria del apelante, que se identifica, en principio, teniendo en cuenta los sujetos, lo que se pide y la causa de pedir dicha pretensión [De La Oliva]–. Sin embargo, esta regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el mismo artículo 409 en la segunda parte del n.° 1 del CPP, cuando se trata de actos procesales que tengan vicios que conlleven a nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación (Casación n.° 300-2014-Lima, de 13-11-14).

B. *Confirmación o revocación de la sentencia apelada.* Tiene lugar cuando se estima una apelación por motivos de fondo, referida a algún punto vinculado directamente al objeto del proceso. Puede tratarse de una sentencia absolutoria o una sentencia condenatoria, y en este último caso además puede aumentar o disminuir la pena o la reparación civil, según la pretensión impugnativa y el principio de correlación, así como con pleno respeto de la interdicción de la *reformatio in peius*: este es el rasgo esencial del principio acusatorio en la vía impugnatoria –si se trata de un recurso acusatorio, persiste como límite superior la petición de la acusación en cuanto a los hechos y a la calificación jurídica, petición limitada a su vez por el contenido de las pretensiones recursales sostenidas en esta fase del proceso [Conde Pumpido]. Tal posibilidad estará en función a que se acepten o no los motivos de la impugnación, pero siempre es de tener en cuenta que cualquiera que sea la solución dada por el *iudex ad quem*, las cuestiones de hecho o de derecho investidas por la impugnación del imputado o del defensor le prohíben agravar la pena estatuida en la decisión impugnada, explicable en el principio del *favor rei* [Carnelutti].

Pese al deber de congruencia y a la prohibición de la reforma peyorativa, que derivan del principio acusatorio, existen cuestiones de orden público

implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*. Así, el órgano de apelación está facultado a corregir los errores de calificación jurídica que pueda advertir, materia en la cual rige el principio de legalidad y el interés público que sirven de fundamento a las leyes penales, y que exige que no se castigue a quienes dichas leyes excluyen de la sanción [BERMÚDEZ].

Dos órdenes, genéricas, de motivos funcionan para que el *iudex ad quem* pueda revisar el juicio del *iudex a quo*: **1.** Cuestionamiento a la apreciación de la prueba, en cuya virtud en sede de apelación se efectuará un nuevo examen y valoración de la prueba practicada en primera instancia. Corresponderá al Tribunal de Apelación concebir dicho motivo con un sentido subjetivo, de valoración diferente, no como equivalente a equivocación objetiva, propio de la casación [VARELA]. **2.** Alegaciones acerca de infracciones que ha incurrido el *iudex a quo* acerca de los preceptos legales aplicados.

Una exigencia general o requisito esencial de toda sentencia es su congruencia. Debe existir una correlación entre la pretensión impugnativa, las demás peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisora o resolutoria que se plasma en la sentencia de vista. Su incumplimiento da lugar a lo que llama "fallo corto", siempre que no se resuelvan todos los puntos objeto de la controversia en sede de apelación. Se trata, desde una perspectiva constitucional, de una vulneración a la tutela jurisdiccional.

La Sentencia Casatoria n.° 413-2014/Lambayeque, de 07-04-15, resolvió que si el recurrente es el actor civil respecto de una sentencia absolutoria, consentida por el señor fiscal provincial, la plenitud de las potestades para el *iudex ad quem* se presenta solo si el fiscal superior en el procedimiento de apelación es de distinto parecer del fiscal provincial y estima que las pruebas de cargo justifican una sentencia condenatoria. Es, como se advierte, un modo de entender el principio acusatorio, que exige que la pretensión penal se mantenga en todo momento, incluso en la alzada.

Es cierto que el principio acusatorio reconoce al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción y de la introducción de la pretensión penal, pero también es verdad que la garantía constitucional de tutela jurisdiccional también le alcanza al agraviado y al actor civil, al punto que el proceso penal también está destinado a velar por su protección (artículo IX, apdo. tercero, del CPP), por lo que le reconoce, en los marcos de un derecho a la justa indemnización (artículo 98 CPP) y a la debida participación procesal, el derecho a un recurso efectivo para obtener justicia

cuando sus intereses y derechos legítimos le son negados indebidamente (artículo 104 CPP).

En estas condiciones es de rigor efectuar la debida ponderación de derechos o principios en conflicto: tutela jurisdiccional vs. principio acusatorio. Prima, por cierto, ante la inactividad del Ministerio Público, un órgano público al fin y al cabo, el derecho de la víctima frente a una regla del procedimiento –más allá de su importancia–, cuando se formuló acusación y, pese a ello, la Fiscalía no recurre de ese fallo. En efecto, la responsabilidad civil *ex delicto* requiere afirmar la realidad del hecho –amén de que sea dañoso– y la participación del imputado en su comisión, para lo cual basta el examen de la causa sin atender a la posición procesal de las copartes, por lo que, existiendo una acusación en forma y la pertinente sentencia de primera instancia y correspondiendo el examen de los motivos del recurso a la corrección de la valoración de los medios de prueba y a la adecuada interpretación y aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, es razonable y compatible con el principio de igualdad de armas –sería lesivo a la igualdad que una parte condicione la satisfacción del derecho de otra de las partes a su propia actuación–, que el órgano jurisdiccional, con plena jurisdicción, pueda examinar los motivos del recurso y dictar la correspondiente resolución fundada sobre el fondo del asunto. Por lo demás, es de aclarar que el principio acusatorio, en su esencia, busca evitar que el juez se convierta en acusador y, asimismo, que, en todo momento, se preserve su imparcialidad; en consecuencia, al absolver el grado no reemplaza al fiscal ni formula cargos–.

Así, por lo demás, se pronunció la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica Res. n.° 2004-12403, de 03-11-04, en la acción de inconstitucionalidad promovida por Joaquín Muñoz Fonseca.

4.5.4. Audiencia de lectura de sentencia

La sentencia de vista se dicta en audiencia pública (artículo 425.4 CPP). Por tanto, efectuada la deliberación y existiendo el número de votos suficientes, se cita fecha a una audiencia para su lectura. El plazo para dictar sentencia no puede exceder d ediez días. En el proceso inmediato, el plazo para dictar sentencia no puede exceder los tres días. No hace falta que concurran las partes, pues el fallo se lee con quienes concurran a la audiencia. No es posible un aplazamiento de esa diligencia.

4.5.5. Recursos

Contra la sentencia de vista solo procede recurso de casación si se cumplen los supuestos fijados por la ley. Cabe aclaración o corrección, igualmente, si se cumplen los requisitos correspondientes (artículo 425.5 CPP). Vencido el plazo para recurrir se remite al juez de la investigación preparatoria para su ejecución. Si el recurso de casación no es suspensivo (artículo 402.1 CPP), finalizados los trámites se dispondrán la remisión de copias al juez de la investigación preparatoria para su ejecución.

5. La SCIDH de 23-11-12: Caso Mohamed vs. Argentina

5.1. Antecedentes del caso

El 16-03-92, cuando el Sr. Mohamed conducía un vehículo de transporte público en la ciudad de Buenos Aires, atropelló a una señora mientras esta cruzaba sobre la senda o cruce peatonal a mitad de la avenida. La señora sufrió graves lesiones y falleció minutos después en un hospital al que fue trasladada. Ese mismo día se inició proceso contra el mencionado señor por delito de homicidio culposo. La sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Nacional en lo Correccional n.° 3, secretaría 60, Capital Federal, absolvió al Sr. Mohamed de los cargos que se le imputaban. El fallo fue recurrido por el fiscal contra el extremo absolutorio y las costas. La defensa de Mohamed recurrió contra los honorarios regulados. El representante del querellante, contra la absolución y los honorarios del abogado defensor. El 22-02-95 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió revocar la sentencia de instancia y reformándola lo condenó por delito de homicidio calificado; además impuso las costas de ambas instancias al condenado.

El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el Sr. Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El único recurso disponible contra esa sentencia condenatoria definitiva era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, supuestos de procedencia que estaban limitados a la cuestión federal y la arbitrariedad manifiesta de la sentencia. El recurso se debía interponer ante el Órgano Jurisdiccional que dictó la sentencia materia de impugnación, el cual debía admitir o no el recurso. De admitirla, se elevarían los actuados a la Corte Suprema. El 13-03-95 la defensa de Mohamed interpuso el mencionado recurso extraordinario contra la sentencia condenatoria.

El 4 de julio del mismo año la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechazó con costas el recurso extraordinario. Si bien el recurso extraordinario federal es declarado inadmisible, se puede interponer queja por recurso denegado para solicitar que la Corte Suprema otorgue el recurso denegatorio. El 18-07-95 el defensor de Mohamed interpuso la acotada queja, la cual fue desestimada por la Corte Suprema mediante resolución de 19 de setiembre del mismo año. El 27-09-95 la defensa de Mohamed interpuso un escrito ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitándole que revocara la decisión que desestimó el recurso de queja. El 19-10-95 la Corte Suprema desestimó el recurso debido que las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria.

En sede internacional tanto la Comisión como los representantes del señor Mohamed alegaron que en el proceso penal se violó el derecho a recurrir el fallo, garantía judicial protegida en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, y el deber dispuesto en el artículo 2 de la misma de adoptar disposiciones de derecho interno. Asimismo, al haberse revocado la sentencia absolutoria de primera instancia se produjo la violación del artículo 8.4 de la Convención. Además, se infringió el derecho de defensa, en relación con el derecho a ser oído y el deber de motivar.

5.2. Análisis de la Corte

La Corte entiende que el derecho de recurrir una sentencia es una garantía primordial que se debe respetar en un debido proceso, con la finalidad de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Igualmente, la Corte indica que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. En este sentido, los Estados tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas frente a actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. Las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados

por el recurrente. Lo expuesto significa que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes y de la denominación con que designen al medio de impugnación de una sentencia condenatoria, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

En este sentido, la Corte considera que el Sr. Mohamed tenía derecho a recurrir el fallo emitido en segunda instancia, toda vez que se le condenó como autor del delito de homicidio culposo. Precisa que el sistema procesal argentino, que fue aplicado al caso que es materia de análisis, no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria; además constata que los demás recursos que interpuso el señor Mohamed no constituyeron recursos eficaces para garantizar el derecho a recurrir.

En cuanto a los argumentos de Argentina sobre la evolución jurisprudencial y legal en materia de garantizar el derecho a recurrir del fallo, la Corte anota que no se pronunciará al respecto puesto que se trata de medidas supuestamente adoptadas con posterioridad a los hechos del presente caso y se refieren a normas jurídicas que regulan el recurso de casación que no fueron aplicadas en el proceso penal contra el Sr. Mohamed. En este caso, la inexistencia de un recurso judicial que garantice la revisión de la sentencia condenatoria y la aplicación de recursos judiciales que tampoco garantizaron el derecho a recurrir el fallo implicaron incumplimiento del Estado, en tanto en cuanto, debió adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida a el artículo 8.2.h de la Convención. Por lo tanto, se violó el derecho a recurrir el fallo.

La Corte sostiene, a su vez, que las violaciones al derecho de defensa, a ser oído, deber de motivar y derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, quedan comprendidas en la violación al derecho a recurrir del fallo. Es la falta de garantía de recurrir un fallo condenatorio lo que impide el ejercicio del derecho de defensa, que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente.

Por otra parte, acota que entre los fundamentos de la sentencia condenatoria para individualizar el "deber de cuidado" exigible al imputado, se hace referencia, por una parte, a "las normas de cuidado" aplicables al caso como "normas de práctica internacional" y, por la otra, a "principios" de tales prácticas contenidos en un reglamento de tránsito (Decreto Ley n.° 692/92) que aún no había entrado en vigencia al momento del hecho.

Finalmente, la Corte, estima que los temas planteados tienen relevancia penal y corresponden ser analizados por el Tribunal Superior que debe conocer del recurso contra el fallo condenatorio, como consecuencia de haber declarado que se violó el artículo 8.2h de la Convención Americana en perjuicio del señor Mohamed.

5.3. Algunas atingencias a la SCIDH Mohamed

No es posible examinar la referida sentencia sin tomar en cuenta la anterior SCIDH Herrera Ulloa –ya descrita–. La sentencia últimamente citada basó su fallo en el hecho de que la casación solo examina los aspectos formales o legales de la sentencia y, por eso, no cumpliría el estándar del artículo 14.5 del PIDCP cuando estatuyó que "toda persona declarada culpable tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley", para lo cual se sustentó, como precedente, en la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recaída en el asunto Cesáreo Gómez Vásquez, de 20-07-00. La Sentencia Mohamed, primero, no abordó los alcances específicos de una concreta regulación del recurso de casación en un país determinado –no lo hizo en el caso argentino con la Sentencia Casal de 20-07-05 bajo el argumento que se dictó con posterioridad a la sentencia examinada–, con lo que de cierto modo relativizó lo consignado en la Sentencia Herrera Ulloa; y, segundo, afirmó que un principio incorporado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos era el del doble conforme, en cuya virtud se requería que frente a una primera condena se produzca una segunda ratificatoria.

Es unánime reconocer que en el derecho eurocontinental o *civil law*, en virtud del principio de igualdad de armas, el derecho al recurso lo ostenta no solo el imputado exclusivamente ante una condena, sino también el Ministerio Público y la víctima ante una absolución indebida –que lesionaría sus derechos e intereses legítimos– [Montero]. En este sentido debe asumirse, como es claro, que el DIDH es un derecho de mínimos, por lo que una regulación nacional más amplia de acceso al recurso –tutela jurisdiccional y debido proceso– en modo alguno puede

lesionar el entorno jurídico del imputado absuelto, pues el derecho de este no ha de entenderse sobre la base del desmedro del derecho de las contrapartes. Por lo demás, llama la atención que precisamente se exija un nivel tan alto de posibilidad de revisión de una sentencia de primera instancia –en este caso, condenatoria– cuando en el derecho anglosajón, que inspiró esa disposición del PIDCP, no tienen prevista otra revisión de la sentencia más que la puramente procesal o formal, entre otras porque el veredicto de los jurados carece de motivación [BANACLOCHE].

Además, la amplitud de la revisión impugnatoria, como acota taxativamente el PIDCP, siempre que se controle recursalmente la declaración de culpabilidad y la medición de la pena –incluida, por cierto, de la medida de seguridad– se ejerce "conforme a lo prescrito por la Ley" –no se requiere una doble audiencia integral–. Esto ha permitido decir, por ejemplo, al TEDH, que en este ámbito los Estados contratantes disponen en principio de un amplio margen de apreciación para decidir las modalidades de ejercicio de ese derecho, de suerte que las limitaciones que se reconozcan deben perseguir un fin legítimo y no atentar contra la sustancia misma del derecho (STEDH Haser vs. Suiza, de 27-04-00).

La tesis que asume la CIDH es la doble conformidad judicial, esto es, que una condena siempre merece un recurso, sea cual sea la instancia que la dicte, recurso que debe ser integral y jerárquico: amplias potestades para el *iudex ad quem* a fin de revisar el hecho y el derecho, de suerte que una condena irremediablemente debe ser expedida por dos tribunales sucesivamente. Tal posición, en verdad, no es de recibo –como no lo es la amplitud del recurso que se instituya contra una condena–. Lo que el PIDCP quiere es, en pureza, dos pronunciamientos –doble decisión– sobre un mismo objeto procesal, con un debate razonable sin lesiones a los principios de contradicción e igualdad de armas y resueltas conforme a derecho (ATCE 318/1995, de 22 de noviembre). Se requiere, en suma, que el Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad o de inocencia y, en el primer caso, de la imposición de la sanción penal en el caso concreto –se ha de tener, desde luego, expedito el acceso al fondo ("mérito") de la decisión–. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran la garantía de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado o no probado (STCE 116/2006, de 24 de abril). Este ámbito, incluso, es asumido por el recurso de casación nacional al permitir –como ya se explicará– el motivo de casación referente a la vulneración

de precepto constitucional (tutela jurisdiccional –motivación–, logicidad de las inferencias probatorias y presunción de inocencia).

Es de resaltar, como enfatiza la STCE n.° 296/2005, de 11 de noviembre, que ni el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 81 y ss.), ni los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia (artículo 25) y para Ruanda (artículo 25) prevén en los procedimientos penales en los que son competentes un recurso ordinario añadido al de apelación, tampoco para los supuestos en los que la condena se impone en dicha sede tras una primera sentencia absolutoria. Criterio distinto, por cierto, tiene el Comité en su decisión 1095/2002, en la que entendía que el artículo 14 PIDCP no solo garantiza que la Sentencia sea sometida a un Tribunal superior, sino también que la condena sea sometida a una segunda instancia de revisión; comunicación que, sin embargo, carece de base jurídica pues no solo no toma en cuenta las peculiaridades del sistema procesal de cada país –a las que reconoce expresamente el PIDCP–, sino que su base o fuente matriz –el sistema anglosajón– no lo sigue, además que de ello puede derivarse una seria lesión al plazo razonable y a la seguridad jurídica por los sucesivos recursos que demandaría.

No es, pues, el doble conforme lo que exige el PIDCP sino una doble decisión sobre el caso. Al condenarse en segunda instancia a un absuelto en primera instancia, en tanto se cumplan las exigencias reconocidas, por ejemplo, en la fundacional STEDH Ekbatani vs Suecia de 26-05-98, no cabe una segunda apelación sobre la sentencia de vista, tal como lo han decidido las SSTEDH Krombach vs. Francia y Papon vs. Francia, de 13-02-01 y 25-07-02, respectivamente, así como la STCE n.° 60/2008, de 26 de mayo.

La condena del absuelto en primera instancia por el Tribunal Superior tras el planteamiento del correspondiente recurso de apelación es, sin duda, una opción polémica, pero es de considerar que las precisiones efectuadas up supra son lo suficientemente convincentes para optar por la línea seguida por el TEDH. En nuestro país, la jurisprudencia suprema, primero, se inclinó por asumir la tesis de la imposibilidad de la condena del absuelto (ver, entre otras, la Sentencia Casatoria 280-2013/Cajamarca, de 13-11-2014), incluso el Tribunal Constitucional asumió acríticamente esta posición en la sentencia 00861-2013-PHC/TC, de 23-1-2018 –en un fallo que, por lo demás, no tiene carácter vinculante–; y, finalmente, optó por la tesis contraria, compatible con lo expresamente prescribió el CPP, en las Sentencias Casatorias 1379-2017/Nacional, de 28-8-2018, y 503-2018/Madre de Dios, de 5-2-2019. En estas últimas decisiones, bajo ponencia del suscrito,

se puntualizaron las razones respectivas, se afirmó que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema aceptó esta tesitura, y fijó los requisitos en que tal posibilidad era viable.

III. RECURSO DE CASACIÓN PENAL

1. Aspectos generales

1.1. Introducción

La casación, institución de origen francés –nació en la Revolución de 1789 y en 1790, mediante Decreto de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 1790, se creó el Tribunal de Casación, pero luego el 18 de mayo de 1803 se transformó en Corte de Casación–, está plenamente incorporada en la Constitución. Los artículos 141 y 143 expresamente reconocen el recurso de casación y otorga a la Corte Suprema una importante función casacional, exclusiva y excluyente. La casación es concebida, pues, como una garantía institucional destinada a asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad –realiza un control constitucional y legal de determinadas resoluciones de segunda instancia–. Tiene como función inmanente u objetivo jurídico esencial la interpretación única de la norma jurídica que favorezca su aplicación uniforme por los demás órganos jurisdiccionales, de acuerdo con esa función protectora de la norma o nomofiláctica que tradicionalmente se le atribuye –se hace un juicio *in iure* a la sentencia de segunda instancia, esto es, se realiza un juicio técnico jurídico, de puro derecho, sobre la legalidad de la sentencia o sobre el procedimiento que la precedió–. Sus fines constitucionalmente protegidos están vinculados a la afirmación del principio de seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley como valor superior del ordenamiento jurídico o como derecho fundamental de las personas [GONZÁLES GARCÍA].

Bajo esas dos premisas, siguiendo a Calamandrei, es de entender que la casación es un instituto complejo que resulta de la combinación de dos elementos recíprocamente complementarios, uno de los cuales pertenece al ordenamiento judicial, a su vértice: la Corte Suprema, mientras que el otro pertenece al derecho procesal y debe ser estudiado en el sistema de los medios de impugnación: el recurso de casación. Esta complementariedad o binomio configura al recurso de casación como un medio de impugnación cuyas condiciones están establecidas por la ley procesal, de modo que provoquen de parte de la Corte Suprema un cierto reexamen limitado, correspondiente a sus fines constitucionales, muy

diversa a los demás órganos jurisdiccionales. La unificación de la interpretación del derecho objetivo, por razones de esencias, tiene que ser confiada a un órgano jurisdiccional, único y último [Guasp].

El recurso de casación, como instrumento procesal, ocupa una posición esencial en el sistema de garantías constitucionales. Por ello, no solo está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en derecho del obrar judicial –protección del interés público, presente en la unificación de la jurisprudencia, que se patentiza en la su función nomofiláctica y en la protección del *ius constitutionis*–, sino que, al desenvolver está función, protege también al justiciable en el caso concreto –*ius litigatoris*–, que contará, a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un Tribunal Superior. En suma, a la nomofilaquia ha de sumarse la igualdad y seguridad jurídica; a la defensa de la legalidad en la interpretación de la ley ha de asociarse el valor, por lo menos tendencial, de la igualdad de trato sobre los casos iguales frente a le ley [Taruffo].

La competencia funcional de la Corte Suprema se circunscribe a la cuestión de derecho, que tiene siempre interés general, en cuanto se refiere necesariamente a la aplicación de la ley; la solución dada a ella en un procedimiento determinado puede servir a un número indefinido de casos similares. Esta extensión no es posible en la resolución de cuestiones de hecho, en virtud a las peculiaridades de los casos singulares, que hacen imposibles las soluciones de carácter unitario y general [Manzini]. El objetivo es que los Tribunales y jueces cumplan con la estricta observación de la Ley e impedir toda falsa aplicación y su errónea interpretación, a la vez de uniformizar la jurisprudencia [Segura Alania]. El motivo en que se funda la casación es de máxima amplitud y abarca cualquier infracción del ordenamiento jurídico penal, cualquiera que sea la naturaleza vulneratoria del mismo (falta de aplicación de una norma, indebida aplicación de otra, o errónea interpretación), cualquiera que sea la fuente del ordenamiento jurídico aplicable (Ley, costumbre o principios generales del derecho) [Diez-Picazo].

El papel de la Corte Suprema es "sembrar seguridad jurídica" y, como tal, fijar la interpretación de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Por tanto, es un órgano jurisdiccional que, esencialmente, tutela los grandes principios del ordenamiento –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, publicidad de las normas e interdicción de la arbitrariedad–, fijando la exégesis de sus componentes normativos al hilo de concretos litigios [Huelin].

1.2. Concepto

Es un medio de impugnación extraordinario, que produce los efectos devolutivo, no suspensivo –salvo el caso de libertad: artículo 412 CPP– y extensivo en lo favorable, mediante el cual se somete a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento, a través de motivos o causales tasadas, de determinadas sentencias y autos definitivos dictados en apelación por las Cortes Superiores con el fin de lograr la anulación de la recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de derecho objetivo, aplicables al caso. El derecho objetivo "está constituido por el conjunto de normas jurídico-legales, que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en un país y está constituido por las normas de orden material y por las de orden procesal" (Casación Civil, Sentencia n.° 1994-2003/Piura).

El recurso de casación se configura, entonces, como un remedio extraordinario a través del cual se acude a la Corte Suprema con la finalidad de que, con ocasión de determinadas resoluciones, revise la aplicación que se ha hecho en la instancia de las leyes materiales y procesales. Es extraordinario porque opera únicamente en virtud de los motivos establecidos expresamente por el legislador, reducidos a comprobar si se ha "proveído" equívocamente (error *in iudicando*) o se ha procedido de forma indebida (error *in procedendo*) [HUELIN].

Es un medio de impugnación, es decir, no es una instancia más –la tercera– del proceso en la que se pueda obtener un enjuiciamiento fáctico o jurídico, del objeto procesal que venga a sustituir al juicio dado en apelación por la Sala Penal Superior, sino un recurso dirigido exclusivamente y directamente a anular la resolución recurrida y por haberse cometido en su elaboración algún error *in iudicando* o *in procedendo* [GIMENO].

En conclusión, el recurso de casación es, ante todo, un medio de impugnación con particularidades especiales, pero genéricamente idéntico a los demás recursos previstos en la Ley Procesal. Su particularidad esencial radica en que su ámbito se reduce exclusivamente a las cuestiones jurídicas, con exclusión –en determinados ámbitos– del juicio sobre los hechos [DE LA RÚA].

Como se sabe, el rasgo distintivo de la apelación consiste en la competencia para penetrar incluso en la valoración realizada por el juez de primer grado, parcela que escapa a la casación. En lo que toca a la *quaestio facti*, la apelación y la casación se diferencian tanto por el objeto cuanto por los efectos de su respectivo control. Si, como corresponde, se diferencia entre valoración de las pruebas, tomada en sí misma, y la justificación de la valoración, resulta que la primera se colocaría

perpendicular al punto de mira de la apelación, mientras que la casación podría fiscalizar la segunda nada más; de manera que el Tribunal de Apelación tendría en su mano revocar la valoración recurrida por errónea (sustituyéndola por otra si fuere preciso) en tanto que el Tribunal de casación solo estaría facultado para anular la decisión valorativa por infundada (no por incorrecta, en eso no debería entrar) y, en su caso, reenviarla al órgano judicial de instancia a fin de que subsane la deficiencia [Igartua].

1.3. Notas esenciales

Cuatro son las notas esenciales del recurso de casación:

A. Su carácter extraordinario. De un lado, los motivos o causas susceptibles de hacerse valer mediante su interposición aparecen tasados (artículo 429 CPP). De otro lado, el ámbito de conocimiento está limitado exclusivamente a las cuestiones suscitadas en los motivos de oposición formulados (artículo 432.1 CPP): es un recurso limitado –no es de plena jurisdicción– y, como tal, conformado no como una nueva instancia sino como un extraordinario mecanismo de ajuste a la legalidad de las decisiones judiciales adoptadas en segunda instancia. Además, el recurso de casación está sometido a especiales formalidades procedimentales, y conlleva un conocimiento muy limitado de los hechos.

B. Su carácter devolutivo. La competencia funcional, exclusiva y excluyente, corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema, órgano superior jerárquico de las Salas Penales Superiores (artículos 421 y 26.1 CPP). El efecto devolutivo alude al acto de elevación de una causa a la instancia inmediata superior de la cual fue resuelta, para que los agravios propuestos en la impugnación los examine el Tribunal Superior [Segura Alania].

C. Su carácter no suspensivo. Deriva del carácter general que se atribuye a los recursos: artículo 412 CPP; el recurso no impide la ejecución provisional de la resolución impugnada, incluso las disposiciones sobre libertad. Asimismo, tiene un carácter extensivo en lo favorable, por aplicación general del artículo 408 CPP. Se entiende que este efecto extensivo se producirá siempre y cuando los no recurrentes se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los mismos motivos alegados en virtud de los cuales se declare la casación de la sentencia.

D. Si bien el recurso de casación tiene lugar a pedido de parte, de ahí su función parciaria, pues mediante él las partes defienden sus derechos e intereses legítimos –*ius litigatoris*–, la función más relevante es la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: nomofiláctica, y unificadora de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación judicial del derecho –*ius constitutionis*: defensa del derecho objetivo–. Ambas concepciones no pueden ser separadas conceptualmente en modo alguno [SARSTEDT/HAMM]; ningún modelo es absoluto en sus finalidades. La casación es una instancia legal para la corrección de fallos legales en servicio a la unidad jurídica y justicia en el caso concreto [SCHLÜCHTER].

Cabe llamar la atención, como lo ha resaltado la Casación civil, que la Sala Suprema está llamada a decidir, más allá de los motivos del recurso, cuando en el proceso existen vicios insalvables que están por encima de los intereses de las partes –función parciaria– al advertirse que tales infracciones distorsionan el orden jurídico y sus valores: seguridad, certeza, justicia y equidad (Sentencia n.° 2197/99/Lima), aunque en clave de proporcionalidad debe ponderar la vigencia y aplicación de las reglas de interdicción de la reforma peyorativa y del rol y ámbito de los derechos fundamentales, en especial del imputado.

La finalidad primordial es, finalmente, unificar la aplicación de la ley; o, mejor dicho, asegurar la unidad del derecho penal a nivel interpretativo [VECINA] –finalidad uniformadora–. Para hacer efectiva la igualdad de todos los ciudadanos, lo que se pretende conseguir precisamente mediante el control de la aplicación del derecho –finalidad nomofiláctica– hecha por los tribunales de apelación –es lo que se denomina "control de legalidad", extensivo a toda legalidad de fondo o de forma–, y todo ello sin perjuicio del *ius litigatoris* –en la que se refugia la finalidad denominada "Dikelógica", que busca lograr la justicia en los casos concretos, exteriorizándose de esta manera la tutela jurisdiccional penal efectiva [CARRIÓN]–. La casación penal tiende a asegurar una decisión igual para casos iguales, a partir de lo cual fija y unifica la jurisprudencia mediante la emanación de su doctrina legal.

El fundamento, pues, del recurso de casación se encuentra en el principio de igualdad, ya que la uniformidad de la jurisprudencia asegura a las personas un tratamiento similar por parte de los jueces. La *igualdad* significa que todas las personas deben ser tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones; mientras que la *seguridad jurídica* –en tanto valor superior del ordenamiento jurídico– es la situación en que se encuentran las

personas cuando sus derechos y obligaciones y sus facultades e interdicciones de carácter legal están claramente determinados por leyes precisas y correctamente aplicadas por las autoridades públicas, de manera que cada uno pueda antes de obrar, prever cuáles serán las consecuencias de su conducta, libre de temor a la arbitrariedad [Chiara/Obligado].

La nomofilaxis debe entenderse, primero, como la elección y defensa de la interpretación justa de la Ley, esto es, la elección de la interpretación en las mejores razones, sean lógicas, sistemáticas o valorativas –ese es su elemento esencial–; y, segundo, asumirla como un instrumento al fin primordial de la uniformidad, en la medida que el Tribunal de casación se concibe como un órgano supremo de garantía para la justa interpretación de las normas y para la tutela general de la legalidad como principio base del Estado de derecho, por lo que, aunque no es excluyente, la nomofilaquia se orientará en la tutela del *ius constitutionis*. El *uis litigatoris* está garantizado, en tanto existe en las instancias precedentes un recurso, como el de apelación, que permite un doble juicio [Yaipén].

Por su parte, la uniformización de la jurisprudencia busca garantizar el principio esencial de la igualdad jurídica y el valor superior de la seguridad jurídica. Pretende instaurar, a cargo del máximo tribunal de justicia, una línea unitaria y constante de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía [Yaipén].

2. Límites del Tribunal de Casación

2.1. Desde su naturaleza jurídica

Desde su naturaleza jurídica, el recurso de casación, a diferencia de la apelación, en que se obtiene un nuevo examen del caso –es un recurso ilimitado, limitable por el propio recurrente [Beling]–, tanto en la cuestión de hecho, como en la de derecho, la casación está sujeta a un límite infranqueable: se circunscribe, sobre la base inmutable de los hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de este, la regularidad del proceder que haya conducido a él [Gómez Orbaneja/Herce Quemada]: artículo 432.2 NCCP). Todo ello dentro de las causales o motivos de casación expresamente invocados por el recurrente (artículo 432.1 CPP). Ello quiere decir que el recurso de casación no puede ser considerado una simple alegación de instancia [Moreno Rivera], sino debe ser entendido como un escrito sistemático que indica y demuestra, lógica y jurídicamente, los errores cometidos en la sentencia, violatorios de una norma sustancial o de una garantía

procesal, ceñida a las exigencias mínimas de la forma y el contenido que precisa la Ley [BINDER].

No es posible que a través de una infracción normativa –y mucho más si el precepto es procesal– se obtenga una modificación del material fáctico. Pero esta referencia a los hechos declarados probados tiene un sentido material; es decir, no es necesario que los hechos se contengan en el relato de hechos probados de la sentencia –en los antecedentes o fundamentos de hechos– sino que el *factum* también se integrará por los datos puramente fácticos que obren en los fundamentos jurídicos de la sentencia–. Se excluye, por cierto, los denominados "juicios de valor", que no son hechos en sentido estricto –por ejemplo, juicios de inferencia relativo a los elementos subjetivos del delito–. Solo está autorizada la revisión del error *in iudicando in iure*, esto es, el del juicio jurídico realizado al dictar sentencia, sin posibilidades de alterar los hechos probados sobre los que el juzgador de la instancia ha aplicado el derecho [BONET NAVARRO].

La casación no es, pues, una tercera instancia inexistente, o una segunda apelación revisionista del proceso; permite únicamente el control *in iure* –gira en torno a la cuestión de si la sentencia se basa en una infracción legal–, controla las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y las normas que disciplinan el proceso. El hecho de que, eventual y ulteriormente, se aplique la ley al caso concreto, no forma conceptualmente parte de la función del recurso de casación, no altera en nada su función [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

Es de aclarar que el límite de la competencia del Tribunal de Casación son los motivos del recurso, pero no los fundamentos. El "motivo" es el vicio acusado, con indicación de las normas violadas; en tanto el "fundamento" es la interpretación o argumento del recurrente para persuadir al Tribunal sobre su tesis. En consecuencia, el Tribunal puede estar de acuerdo con la existencia del vicio denunciado, pero por un razonamiento distinto (Sentencia Casación Costa Rica n.° 520-99, de 22-11-99).

En consecuencia, con lo expuesto en el párrafo precedente, se tiene que en un sistema acusatorio, las bases que tiene el juez para formular la hipótesis inicial provienen de los datos afirmados por las partes en la acusación y en la contestación de la acusación. En realidad, si la disputa versa sobre hechos, el juez debería tener en mente las hipótesis presentadas por ambas partes y formular la propia, si es que posee alguna, siempre que respete la causa de lo solicitado y lo que se solicita [MALEM].

La casación solo se ocupa de si el fallo contiene una violación de la ley. Se circunscribe a la *quaestio iuris*, y le son ajenas las indagaciones de hecho –esto último es lo que identifica como "principio de intangibilidad de los hechos"–. Su espacio natural es el control de la corrección en la aplicación del derecho, debiendo existir una conexión causal entre la lesión del derecho y el contenido de la sentencia; ese presupuesto: violación de la ley, debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo quebrantamiento contra las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicos, contradicciones y confusiones, así como lagunas [Schlüchter] –en este último ámbito, la casación en clave del criterio de "suficiencia" para una condena, examina en pureza la justificación de la valoración probatoria, esto es, la suficiencia del discurso justificatorio–. La situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida [Roxin]. Empero, la presencia de errores legales que no influyan en la parte dispositiva de la sentencia no causa nulidad; no cabe, por ende, en esos casos, en tanto no ha tenido influencia alguna para la decisión, casar la sentencia, solo determinarán –si correspondiera– su corrección en la sentencia casatoria (artículo 432.3 CPP).

Una amplitud a la cuestión de hecho sería el control de logicidad y control por infracción de presunción de inocencia (artículo 429.4 y 1 CPP), a partir del cual la Corte Suprema controlará la licitud de las pruebas practicadas en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia cualitativa para desvirtuar la presunción de inocencia, y la razonabilidad y coherencia interna de las inferencias realizadas respecto del juicio de hecho. Solo corresponde al Tribunal de Casación controlar si las pruebas son válidas, si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano –respeto del sentido común, admisibilidad lógica de los elementos probatorios– y si la motivación es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las normas prescritas (Casación Costa Rica, n.° 365-98, de 3107-98); no realiza una valoración alternativa de la prueba (Casación Costa Rica, n.° 563-98, de 17-08-98). La censura de la Corte Suprema se puede ejercer sobre el elemento lógico de la comprobación judicial, o sea, sobre la correspondencia de la conclusión con las premisas [Manzini].

La Corte Suprema de la Nación Argentina, igualmente, acotó que si bien la naturaleza restrictiva del recurso de casación no permite modificar las conclusiones de hecho, ello no impide determinar si la motivación de la decisión en el plano fáctico y en la interpretación de las normas legales, ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional (Fallos, 321: 3663, de 22-12-98). La casación no juzga cuestiones de hecho y prueba, exceptuando al concepto de arbitrariedad (Sentencia Cámara Nacional de Casación Penal Argentina, n.° 750-96, de 04-09-96), en el

cual solo se controla la observancia de las reglas de la lógica en la fundamentación de la sentencia, aunque no es de dejar de reconocer que se trata de conceptos sumamente difusos [CHIRA/OBLIGADO].

Este principio general de inamovilidad de los hechos no solo está limitado en casación con la incorporación como motivo casacional del control de la presunción de inocencia y de la motivación, sino también con la presencia de juicios de inferencia en el relato fáctico de las sentencias. Respecto a lo último, se tiene que solo es vinculante la expresión de hechos, acontecimientos o sucesos, la propia reconstrucción histórica del suceso; no lo son, en cambio, los *juicios de inferencia,* esto es, afirmaciones o negaciones acerca de un hecho subjetivo, no perceptible u observable de manera inmediata y directa. Estas afirmaciones son revisables en casación bajo la causal de infracción de ley, por su contenido jurídico (por ejemplo: la droga incautada por la policía era destinada a su venta, el comprador conocía que los bienes adquiridos procedían de un robo, o el disparó que se efectuó contra la víctima buscaba matarla), siempre y cuando en su desarrollo se suministren elementos que tiendan a destruir lo que el tribunal de mérito ha deducido para ser sustituido por lo que se invoca en casación. En estos casos no se combate el juicio de hecho por no formar parte de la reconstrucción histórica, al ser meras apreciaciones subjetivas, sino se cuestiona propiamente los fundamentos jurídicos de la sentencia [LUZÓN PEÑA].

Es de insistir que la cuestión de la credibilidad de las declaraciones prestadas ante los órganos jurisdiccionales de mérito y apreciadas directamente por estos no puede ser objeto de revisión en casación, ello por la imposibilidad técnica de la Sala de casación de ver y oír tales declaraciones en forma directa. La convicción del judicial depende de su percepción directa; por lo tanto, ella no es revisable en la medida en que no es posible la repetición de la prueba (STSE de 23-09-95). La aludida ponderación de la credibilidad, en cambio, posibilita el examen de la estructura del testimonio; es decir, que su contenido no aparezca como objetivamente inaceptable por carecer de consistencia lógica, apartarse manifiestamente de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos (STSE de 11-03-02). Está de por medio, en esta última perspectiva, la primacía del principio de interdicción de la arbitrariedad (STSE de 02-07-94). Son, pues, dos los niveles de apreciación de la prueba: el primero, dependiente en forma inmediata de la percepción sensorial, condicionada a la inmediación y ajeno, en consecuencia, al control casatorio –apreciar y valorar en su exacta dimensión los gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por los deponentes en sus dichos (STSE de 27-09-95)–; y, el segundo, que se fundamenta en una elaboración

racional o argumentativa posterior que descarta o acepta determinados resultados probatorios aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos, que sí es revisable en casación (STSE de 06-02-98). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la Ejecutoria recaída en el recurso de queja CPP n.° 248-2015/Cusco, de 31-07-15.

Incluso la casación civil, que tiene proclamada que esta vía no es competente para conocer de cuestiones relativas a hechos o a apreciación de prueba (Sentencia n.° 861-95/Lima, de 25-03-96), tiene expuesto, en algunas decisiones, a partir del motivo de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso –artículo 386,3 CPC–, **(i)** que es posible revisar la interpretación de un medio de prueba, porque ello implica establecer el correcto contenido del mismo, a partir de lo cual recién se puede válidamente efectuar la valoración del caso, sin que ello implique la revaloración probatoria del mismo (Sentencia n.° 1030-2001/Callao); y **(ii)** que cabe que se denuncie la infracción del proceso de formación del razonamiento judicial –*error in cogitando*–, que constituye un cuestión de derecho pasible de control casatorio (Sentencia n.° 137-2000/Lima).

Los motivos que habilitan el recurso de casación, desde una perspectiva general, pueden ser clasificados en vicios de actividad o vicios de juicio, o errores *in procedendo* o errores *in iudicando*; en ambos casos se configura una infracción jurídica. Esta distinción parte de la diferente posición en que se halla el juez frente al derecho, según sea material o procesal. Frente al derecho material su función es declarar el derecho, comprobando de qué manera los interesados lo han cumplido; frente al derecho procesal, su deber es cumplirlo adecuando a él su conducta y la de las partes [De La Rúa].

2.2. Desde su ámbito funcional

Respecto del ámbito del recurso de casación es posible incorporar otro límite. Este se circunscribe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes, pero no se extiende a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado en el momento adecuado para que el tribunal las hubiese resuelto debidamente en su sentencia, tras el necesario debate y la prueba correspondiente –respeto de los principios de contradicción y congruencia– [Conde-Pumpido Tourón]. Como excepciones, dimanantes del interés público que prima en el proceso penal, es posible reconocer algunas excepciones, tales como cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión, o cuando se

trate de normas materiales cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional.

3. Carácter del recurso de casación

El artículo 433.1 y 2 CPP, bajo la decisión de la Sala Penal Suprema, concederá a la casación estimada carácter rescindente y, cuando corresponda, rescisorio, "en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate".

El recurso de casación por infracción de norma material y, en determinados casos, por quebrantamiento de norma procesal en la modalidad de defecto estructural de resolución, tiene un carácter rescindente y rescisorio, de modo tal que si la Corte Suprema estimara el recurso, anulará la resolución impugnada y dictará otra ajustada a derecho. El criterio finalista de apreciación será si no resulte necesario un nuevo debate, vinculado a la actuación de pruebas ante un tribunal objetivo e imparcial; si los elementos de juicio permitan a la Sala de Casación poder resolver adecuadamente; o si debido a lo resuelto por la casación el ordenar el reenvío no tendría ningún sentido práctico, llevando simplemente a un alargamiento innecesario del proceso [LLOBET].

El recurso de casación por quebrantamiento de forma en la modalidad de vicio de procedimiento tiene un carácter únicamente rescindente. Se anulará la decisión impugnada y se reenviará de nuevo la causa al conocimiento del órgano de instancia.

4. Objeto impugnable

A. El criterio general de admisibilidad objetiva, conforme al artículo 427 CPP, se circunscribe a: **1.** Las sentencias definitivas; **2.** Los autos de sobreseimiento; **3.** Los autos que ponen fin al procedimiento o extinguen la acción penal; y **4.** Los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena. En todos estos casos las decisiones han de haber sido expedidas en apelación por la Corte Superior. Se trata de sentencias y autos de vista. La regla del artículo 427 CPP, salvo el caso del apdo. 4 –casación excepcional– constituye un supuesto de *numerus clausus* que impide toda extensión. Las cuatro primeras pueden ser entendidas como casaciones ordinarias y la última como casación excepcional.

B. Sobre esa base, se configuran dos limitaciones a dichas resoluciones. La *primera*, estriba en que los delitos objeto de imputación inicial o de

acusación, según el caso, tengan conminado, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. La segunda consiste en las medidas de seguridad, solo serán admisibles los fallos que impongan internación (¿si se absuelve al reo ante un pedido de internación o se impone una pena? En el primer caso, siempre procederá –se aplica similar criterio a la absolución por un delito grave, de suerte que tratándose de medida de seguridad el criterio será la peligrosidad del agente. En el segundo caso, se estará al delito acusado).

C. En el supuesto de la reparación civil, rige como *summa gravaminis*, al igual que el fijado en el CPC, un monto superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente (bienes culturales, por ejemplo).

D. La regla de excepción general, de apertura discrecional –es lo que se denomina 'casación excepcional', estriba en que, más allá de la entidad de la resolución impugnada y su no impugnabilidad regular, resulte "necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial". Se trata de un modelo de *certiorari*, mediante decisión motivada –de ahí su peculiaridad– que autoriza a ampliar judicialmente el acceso a la Corte Suprema. Es de preguntarse si, como presupuesto indispensable, deba tratarse de una resolución de vista (¿cabe casación *per saltum*?) –este es el criterio asumido por la jurisprudencia de la Corte Suprema–. Superado este escollo, cabe identificar o clasificar los supuestos de desarrollo jurisprudencial, esto es, fijar ciertos criterios razonables que eviten un uso indiscriminado de la institución, con infracción del principio de igualdad ante la ley. El límite es que, con independencia de la fundamentación del casacionista al desarrollo jurisprudencial que pretende (artículo 430.3 CPP), también ha de haber indicado y justificado el motivo de casación que invoca (constitucional, procesal, material o jurisprudencial).

Desde la definición de las decisiones que merecen el acceso excepcional al máximo Tribunal, la sentencia casatoria colombiana n.° 23812, de 19-08-05, señaló que corresponde al casacionista indicar si pretende fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterios de autoridad. En este mismo

sentido se orienta la Sala Penal de la Corte Suprema en el auto recaído en el recurso de casación n.° 66-2010/La Libertad, de 28-04-11, que sobre la base del interés casacional, definió los marcos de su competencia funcional excepcional. En suma, la noción de interés casacional es la clave en la regulación del acceso al recurso de casación penal [DE LA OLIVA].

Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial se exige que se trate de una situación con proyecciones a la necesidad del desarrollo-unificación de la jurisprudencia, ya sea porque existan vacíos o se requieran ciertas puntualizaciones en un tema concreto, o se pretenda, de ser el caso, variaciones jurisprudenciales. Corresponde argumentar debidamente estos extremos al recurrente [PABÓN]. Así lo entendió el Tribunal Supremo de Colombia, en la sentencia casatoria de 18-0394, en el que precisó que la discrecionalidad del Tribunal de aceptar la casación excepcional no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o de mera contingencia, por el contrario, debe entenderse a la necesidad del desarrollo jurisprudencial, debido que así lo estipula el precepto.

La unificación es un sello de seguridad jurídica, que debe entenderse como un criterio de autoridad o fuente de derecho de suma importancia, que se caracteriza por tener varios jueces que interpretan de distinta manera. La unificación conlleva que se disminuya la arbitrariedad judicial, al impedir que los jueces realicen sus propias interpretaciones. En suma, es una garantía de ciencia y claridad para resolver los procesos penales, forman parte de pautas para una adecuada y unificada interpretación jurídica [MORENO RIVERA].

5. Impugnabilidad subjetiva

La regla ha de ser que la resolución de vista ha de causar un gravamen a la parte procesal afectada: esa es su legitimación procesal para recurrir. La impugnación ha de dirigirse contra el fallo –parte resolutiva o dispositiva–, no contra sus fundamentos, fácticos o jurídicos –regla general–, en tanto resulten desfavorables a los derechos propios de quien recurra, el mismo que debe ostentar un interés legítimo, en sentido propio, cualificado y específico que debe ser valorado en cada caso. Para ello, el recurrente debe instar una alteración de la parte dispositiva de la decisión. La falta de interés, con determinadas excepciones, es predicable de todas las partes procesales, sin privilegio alguno.

La falta de interés se presenta en un supuesto adicional, previsto en el literal d) del apdo. 1 del artículo 428 CPP. Si el recurrente consintió previamente la resolución adversa de primera instancia, que luego fue confirmada por la

resolución objeto del recurso. También se producirá ese supuesto de falta de interés cuando se invoca en la casación violaciones de la Ley que no han sido deducidas en los fundamentos del recurso de apelación. La casación colombiana, por ejemplo, ha ubicado algunas excepciones a esa regla, tales como: **1.** Cuando aparezca demostrado que arbitrariamente se impidió al casacionista el ejercicio del recurso de instancia; **2.** Cuando el fallo de segundo grado modifique su situación jurídica, de manera negativa, desventajosa o más gravosa (Sentencia Casación n.° 24128, de 19-09-05).

La legitimación del Ministerio Público para interponer recurso de casación, por su condición de parte, está plenamente afirmada, pues al ser titular del ejercicio de la acción penal y promotor de la justicia puede verse lesionado o perjudicado por la resolución judicial. El problema se plantea respecto de las garantías constitucionales (artículo 429.1 CPP), a partir del cual es posible afirmar **(i)** que el fiscal no es titular de derechos fundamentales y no puede afirmarlos frente a un ciudadano, a menos que lo haga para favorecer a la persona a quien se le haya lesionado; y **(ii)** que el fiscal, no obstante ello, está legitimado para recurrir alegando infracción de preceptos constitucionales conforme al principio de igualdad de armas y como instrumento para la defensa de la legalidad y del interés público, solo respecto de los derechos fundamentales procesales –que no materiales-, especialmente de los derechos a la tutela jurisdiccional, debido proceso y defensa procesal [Moreno Catena].

Por otro lado, ¿puede el Ministerio Público interponer recurso de casación frente a resoluciones judiciales que aceptaron lo que postuló en la instancia? Es de contestar afirmativamente esta pregunta, porque: **1.** El cambio de postura del fiscal no produce indefensión alguna a la otra parte, sino todo lo contrario; **2.** El Ministerio Público constituye una estructura jerárquica, por lo que la actuación del inferior no tiene por qué ser forzosamente asumida por el superior; **3.** Los intereses que defiende no son 'parciales' por lo que la idea de 'congruencia' en su actuación debe flexibilizarse, siempre que no se ponga en peligro el principio de igualdad de armas, ni la prohibición de indefensión [Gimeno].

6. Inadmisibilidad excepcional por economía procesal

6.1. Planteamiento básico

La inadmisión de un recurso se dictará cuando se vulneren los presupuestos subjetivos, objetivos y formales (tiempo, modo, lugar y motivación). El artículo

428.1 CPP insiste en esas infracciones, y resalta en especial que se invoquen motivos no reconocidos por la ley y resoluciones no impugnables en casación.

El apdo. 2 de dicho precepto consagra dos causales excepcionales por economía procesal: falta de fundamento y presencia de precedente establecido. En puridad, se amplía las posibilidades de rechazo de la alzada, no obstante estar correctamente abierta desde el punto de vista formal, pero ya no se trata propiamente de un juicio de inadmisión, sino de desestimación [CLARIÁ].

6.2. Motivos de inadmisión excepcional

A. *Falta de fundamento.* Su fuente es la ley alemana de 08-07-22. Es un supuesto de desestimación prematura del recurso cuando el mismo, tras una primera lectura del escrito de interposición, se revela como manifiestamente infundado. Esto último se presenta cuando adolece de una evidente falta de razón jurídica de los motivos alegados, o una falta de contenido casacional, al no tener el objeto convencional de una casación. La carencia de fundamentación se presenta por la falta de un mínimo de presupuestos fácticos o de lógica jurídica en su desarrollo.

Esta causal, de recurso fatuo o indigno, permite identificar tres supuestos, según Sarstedt/Hamm: **1.** El que, adoleciendo de un razonamiento abstracto suficiente, se limita prácticamente a decir que existe violación de derecho, sin argumento serio alguno. **2.** El que es fruto de una deficiente lectura de la sentencia o de los autos, denunciando vicios que realmente no existen. **3.** El que revela un desconocimiento por parte del recurrente de las cuestiones jurídicas más básicas, en especial relacionados con la casación (Manzini diría: se pretendiera desconocer la evidencia, se supusiera una norma jurídica inexistente, se supusiera la analogía en casos que no la consienten, o en general, se fundara el recurso en un indiscutible error de derecho).

B. *Presencia de precedente establecido.* El literal b del apdo. 2 del artículo 428 CPP dice: "se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida". Se requieren tres condiciones para su aplicación: **1.** Que se haya generado sobre el punto objeto de cuestionamiento casacional una doctrina jurisprudencial consolidada. **2.** Que verse, precisamente, sobre ese punto o institución jurídica análoga al planteado y que no contenga datos

diferenciales. 3. Que, no obstante lo anterior, se propongan argumentos o motivos alternativos con entidad para ser discutidos y puedan dar lugar a la modificación de la doctrina jurisprudencial.

6.3. Algunas causales relevantes de inadmisión

Como consecuencia de lo anterior, una causal de inadmisión, ya no basada en razones estrictamente formales (denuncia casacional por causas distintas de las fijadas legalmente, contra resoluciones diferentes de las legalmente previstas, incumplimiento de presupuestos de tiempo, modo y lugar, y vulneración del presupuesto subjetivo –legitimación y gravamen–: artículos 405.1 y 428.1 CPP), sino en la propia esencia de la casación, tiene lugar en aquellos supuestos en que no se respeta los hechos que la sentencia declare probados o cuando se formulan alegaciones en notoria contradicción o incongruencia con aquellos. La infracción del artículo 432.2 CPP determina la inadmisión del recurso de casación: "*La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema* [...]. *Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o autos recurridos*". El recurso, en estos casos, no tiene contenido casacional, carece manifiestamente de fundamento, por lo que se aplica el artículo 428.2, a), del CPP.

Por lo demás, como la garantía constitucional de tutela jurisdiccional informa la admisión de los recursos legalmente previstos, en materia de casación la salvaguarda de los derechos e intereses legítimos de las partes debe prevalecer sobre las cuestiones derivadas de simples requisitos formales (STSE, Sala 2da., n.° 758/1997, de 30-5). Han de utilizarse criterios interpretativos que sean favorables a dicho acceso. No obstante lo cual, es evidente que la ponderación, el equilibrio judicial y la interpretación favorable a la tramitación del recurso, han de tener los límites que imponen la razón, la lógica y la comprensión (STCE de 10-2-1987).

Otra causal de inadmisión del recurso de casación, material o sustantiva, es el planteamiento de "cuestiones nuevas". Se sustenta en dos razones: respeto del principio de contradicción y reconocimiento de la naturaleza del recurso de casación. El criterio-base es el siguiente: la casación se circunscribe al examen y denuncia de los errores "*in iudicando in iure*" que pudo cometer el Tribunal Superior al enjuiciar las cuestiones que las partes suscitaron y mantuvieron, sin que por ello puedan detectarse aquéllos en la interpretación y aplicación de preceptos penales sustantivos o procesales no invocados, ni por tanto debatidos por las partes, ni por ende que éstas pueden reservarse tesis o cuestiones para someterlas sorpresivamente en la casación, sin haber sido propuestas, conocidos y discutida en instancia,

quebrantando los principios de rogación, contradicción, bilateralidad y buena fe (STSE, Sala 2da., n.° 92/2000, de 24-1). Tal planteamiento irregular supone un ensanchamiento de las cuestiones debatidas en la instancia, las cuales no se pueden incrementar, sorpresivamente, a través de un recurso extraordinario como el de casación, impidiendo de este modo que las contra-partes puedan conocerlas y objetarlas o rebatirlas, ni el Tribunal Superior estudiarlas, analizarlas y decidirlas (STSE, Sala 2da., de 9-2-1988). Y es que mal se puede decir que se ha infringido un precepto legal cuando no se pidió su aplicación o se invocó su inobservancia, y además no se aplicó por no haberlo introducido el Tribunal en el debate de las facultades que tiene para ello (STSE, Sala 2da., de 11-3-1987). En estas condiciones, por ejemplo, no cabe una modificación del título de imputación en el recurso de casación, pues si se permitiese cuando en la instancia no se había ejercitado la posibilidad u oportunidad procesal de formular una calificación alternativa, se produciría indefensión (STSE, Sala 2da., n.° 1913/1994, de 3-11). De otro lado, el examen casacional solo puede decidir impugnativamente sobre cuestiones jurídicas formalmente planteadas y discutidas por las partes; no puede hacerlo por primera vez, sin la oportunidad de un posterior recurso [CONDE PUMPIDO].

La regla es, entonces, que no puede ser objeto de denuncia casatoria cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación (STSE, Sala 2da., 12-2-2009).

Es posible asumir, sin embargo, como excepción a esta regla, la invocación en casación de circunstancias atenuantes, no alegadas en la instancia, cuando sus elementos constitutivos deriven de los hechos recogidos en el relato histórico de la sentencia recurrida, en que el Tribunal Superior vendría obligado, aun de oficio, a aplicarla (STSE, Sala 2da., n.° 681/2004, de 21-5). No es del caso, empero, respecto de las eximentes (STSE, Sala 2da., de 30-3-1987), al igual que la alegación en casación de "dilaciones indebidas" (STSE, Sala 2da., n.° 1231/2002, de 1-7), así como la prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito durante un plazo determinado (STSE, Sala 2da., n.° 1296/2001, de 29-6). Tampoco se acepta la invocación de circunstancias agravantes, por el riesgo de indefensión que comportaría (STSE, Sala 2da., de 2-10-1992). Sí se acepta en el caso de la invocación en casación de la excepción de prescripción, por ser materia de orden público (STSE, Sala 2da., de 11-12-1987), así como la alegación en casación de

un tipo menos grave y homogéneo, respecto al que fue objeto de casación, como, por ejemplo, homicidio por asesinato o hurto por robo [Luzón].

El principio de "unidad de alegaciones" entre preparación y formalización o entre esta última y alegatos ampliatorios (artículo 431.1 CPP), permite un rechazo liminar cuando no se respeta esa coherencia impugnativa. Debe existir, como ya se precisó, un mínimo de correspondencia entre la formalización del recurso y el alegato ampliatorio, que han de estar unidos por un principio de unidad y armonía para la buena marcha funcional de la casación (STSE, Sala 2da., de 4-10-1988). Su falta de concordancia importa rechazar de plano las nuevas alegaciones y que el Tribunal Supremo se concentre en los motivos originarios, materia de la formalización del recurso de casación.

Otra causal, no de inadmisión sino de desestimación del recurso –que no del motivo o causal–, es la que se denomina "doctrina de la pena justificada". Se presenta en el motivo casacional de violación de precepto material (artículo 429.3 CPP). Consiste en que aun cuando la violación denunciada se ha producido, la consecuencia de la vulneración detectada **(i)** no variaría la pena impuesta o **(ii)** la pena resultante sería más grave con infracción del principio de interdicción de reforma peyorativa. De igual manera, si el Tribunal Superior realizó una errónea calificación del hecho histórico en beneficio del recurrente, que permitió la aplicación de una pena menor que la que le correspondería, de tal error no puede ampararse para solicitar casacionalmente y de modo indebido una pena menor aun (STSE de 17-7-2002). Empero, es posible identificar algunas excepciones a esta doctrina jurisprudencial, que se presenta cuando si bien la pena final impuesta no ha de variar, la estimación del motivo podría repercutir en sede de ejecución de la sentencia condenatoria (STSE de 16.11.1998).

En esta misma línea, otro supuesto de desestimación del recurso de casación es la doctrina de la "falta de practicidad"; falta de trascendencia práctica del recurso de casación interpuesto. Se presenta también en el recurso por violación de precepto material cuando el Tribunal Superior aplicó indebidamente una disposición legal fundada en hechos que no habían sido debidamente probados, pese a lo cual no impuso la pena que correspondía a esa apreciación, sino otra menor, de suerte que corresponde la desestimación del recurso (STSE de 26-9-1988). También se presenta cuando se incluyó una agravante indebidamente, pero ésta no repercutió finalmente en la pena concreta impuesta (STSE de 3-10-1988).

7. Motivos de casación: artículo 429 CPP

7.1. Planteamiento general

Como el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que tiene tasados tanto las resoluciones recurribles como los vicios que el recurrente puede alegar, ello significa que la fundamentación del recurso no es libre, sino vinculada a los motivos previstos legalmente [GIMENO]. La causa de pedir se identifica con los motivos del recurso –vicio o vicios que integran el supuesto de hecho al que la Ley vincula la casación–.

La exigencia de la concreta individualización del agravio jurídico, concretado en un motivo preestablecido en la Ley procesal, proyecta importantes consecuencias. Son las siguientes: **1.** Circunscribe infranqueablemente la competencia funcional del Tribunal de Casación a los puntos del agravio sin más excepción que las referidas a las nulidades absolutas. **2.** Hace inaplicable el generalizado principio *iura curia novit*, por cuanto no está permitido suplir de oficio las omisiones –en todo caso esenciales, con las excepciones que impone la supremacía de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional– en que hubiere incurrido el recurrente. **3.** Impide toda posibilidad de ampliar el agravio a otros puntos de la decisión, salvo aquellos que puedan ser resueltos de oficio por el Tribunal. **4.** Es posible que el recurso sea concedido parcialmente con relación a los motivos regularmente invocados, al no admitirse los que fueron propuestos de manera insuficiente [CLARIÁ].

Desde el reconocimiento de que la casación también cumple con la función de velar por la garantía de tutela jurisdiccional, que obliga a una concepción menos formal y rigorista de la naturaleza de este recurso, se ha admitido la denominada teoría de la voluntad impugnativa, de origen española (SSTSE n.° 29/1999, de 23 de enero; y 1397/98, de 11 de noviembre). Esta permite resolver cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada [CONDE-PUMPIDO TOURON]. Ello quiere decir que el error en la invocación del motivo de casación no genera la inadmisibilidad del recurso. Lo expuesto no significa que el recurrente quede descargado de articular el recurso con base en las concretas infracciones, pues no cabe realizar genéricas imputaciones a la resolución que se desea casar o pedir, con carácter general, que se revise su corrección procesal [DE LA OLIVA]. Así se ha entendido por la Corte Suprema en la Ejecutoria n.° 1-2007/ Huaura, de 26 -07-07.

Los motivos o modalidades fundantes se agrupan en tres categorías: (i) violación de precepto material, (ii) quebrantamiento de precepto procesal –los preceptos legales pueden ser, por su jerarquía, constitucionales u ordinarios–, y (iii) vulneración de doctrina jurisprudencial (en relación a la *ratio essendi* de las sentencias de efectos generales o vinculantes). El CPP no distingue, al interior del quebrantamiento de precepto procesal, la infracción de las normas referidas al procedimiento previo a la emisión de la sentencia, de los vicios propios de la sentencia. Los primeros son vicios de procedimiento o tramitación, y los segundos son vicios por defecto del fallo o defectos estructurales del fallo. Respecto de la infracción de precepto material, a nivel ordinario o de normas con rango de ley, pareciera que solo contempla el *vicio in iuris*, aunque respecto de los preceptos constitucionales es posible asumir, con determinadas limitaciones, el denominado *vicio in factum* –violación de las disposiciones de supremo rango que determinaría una reconstrucción incorrecta del juicio de hecho y lesiva al valor justicia material–.

Ahora bien, el artículo 429 CPP utiliza cuatro expresiones distintas para hacer referencia a la trasgresión de la legalidad, constitucional u ordinaria, por el Tribunal Superior: inobservancia, indebida aplicación, errónea interpretación y falta de aplicación. En buena cuenta, sin embargo, todas ellas quedan comprendidas en la noción general de "violación o infracción de ley"; su diferencia –presentan varios casos– es de modo, pero no de sustancia, y desde un ángulo pragmático la distinción es irrelevante [De la Rua].

1. Inobservancia: Es un concepto amplio. Significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de un precepto legal. Omisión de cumplir la ley.

2. Indebida aplicación: Cuando el Tribunal Superior aplicó la ley a un hecho no correspondiente con la norma –falta de correspondencia de la ley aplicada con el caso concreto–. Es decir, aplicación de un precepto a una hipótesis no contemplada en él. Se trata, en un sentido más amplio, de error en la aplicación de la disposición legal, error en la existencia o vigencia del precepto o, según el caso, error en su validez.

3. Errónea interpretación: Cuando el Tribunal Superior deriva del precepto consecuencias o efectos que no son los que, de acuerdo con su recto sentido, deben resultar. Error en la interpretación del precepto.

4. Falta de aplicación: Cuando el Tribunal Superior no aplicó la ley que debía aplicar al caso concreto. Ignorancia o desconocimiento del precepto pertinente.

El CPP, según es de resaltar, emplea dos verbos: interpretar y aplicar. En la teoría del derecho se diferencian claramente. Interpretar es la actividad de descubrir o decidir el significado de un texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad, es decir, el significado al que se llega después de ella. Aplicar es la actividad de pasar de unas premisas (normativas y fácticas) a una conclusión (fallo), y también en el resultado de esta actividad (la resolución judicial), integrado por las premisas, la conclusión y la relación entre ellas [MORESO/VILAJOSANA].

Primero se interpreta el precepto legal y, a continuación, se aplica al caso concreto o supuesto de hecho pertinente. La decisión judicial (resultado de la actividad judicial, consistente en decidir casos individuales a partir de normas generales) ha de estar motivada o justificada. La resolución judicial está justificada cuando lo está internamente –cuando la conclusión o fallo se derive lógicamente de las premisas (normativas y fácticas)– y externamente –cuando las premisas, normativa y fáctica, sean sólidas; esto es, cuando se sustente en una norma jurídica correctamente aplicable y una proposición verdadera (que hayan superado los llamados "problemas de prueba" y, luego, los "problemas de calificación") [MORESO/VILAJOSANA].

7.2. Casación Constitucional: vulneración de precepto constitucional

7.2.1. Alcance

El artículo 429.1 CPP utiliza la expresión "garantías constitucionales", que deben entenderse como preceptos de la Ley Fundamental –como legalidad constitucional– destinados a tutelar o garantizar el sistema penal –de por medio está, directa o indirectamente, el contenido de un derecho fundamental–, en tanto que el objetivo de esta modalidad de casación es garantizar la correcta interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales en juego –en pureza, se trata no solo de los derechos consagrados por nuestra Carta Política, sino también de los derechos consagrados por ordenamientos internacionales de los cuales el Perú es suscriptor [CARRIÓN]–. Así, por ejemplo, normas materiales: legalidad penal, libertad personal, inviolabilidad de domicilio, derecho a la intimidad; o normas procesales: tutela jurisdiccional, presunción de inocencia, defensa procesal y debido proceso. El único campo que queda relativamente

vedado por este motivo es el control de la legalidad ordinaria, sin perjuicio de considerar la interpretación constitucional de dicha legalidad [Ramos Méndez]. Las pautas propiamente constitucionales han sido desarrolladas, en su esencia, en el Título Preliminar del CPP, por lo que la invocación a esas normas se entenderá como afectaciones a la Constitución.

Las normas constitucionales probablemente más invocadas serán la presunción de inocencia y la motivación –esta última tiene una causal específica: artículo 429.4 CPP, y está comprendida en la garantía genérica de tutela jurisdiccional y en un precepto propio: artículos 139.3 y 4 de la Constitución–.

Desde la legitimación de la Fiscalía para interponer esa modalidad de recurso de casación, es de estimar que está autorizada para hacerlo en la medida en que le está encomendada –tiene por obligación institucional- la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley –es, por ello, el portador del interés público en la integridad y efectividad de los derechos fundamentales, decía la STCE 86/1985, de 10-07-85–, lo que no supone lógicamente, que pueda esgrimir determinados derechos, como, por ejemplo, el de presunción de inocencia, que benefician exclusivamente al acusado, en contra del mismo –no cabe el recurso de casación basado en una invocación de la presunción de inocencia 'al revés', como ha resuelto la STSE de 19-10-88- [Luzón].

7.2.2. Presunción de inocencia

Informa todo el proceso penal: antes de iniciarse hasta que se dicta sentencia [Nieva]. Tiene una naturaleza y carácter procesal, no incide sobre la calificación típica de los delitos ni sobre la responsabilidad penal de los imputados –elementos del delito–, solo sobre la determinación de la intervención material de aquellos en el resultado típico. Al Tribunal de casación le corresponde, en este ámbito, determinar si se han cumplido con las reglas probatorias y de juicio que exige esta garantía.

No obstante el principio general de la casación de inamovilidad del relato de hechos probados, reconocido por el artículo 432.2 CPP, que incide, por su ubicación sistemática, en los motivos por vulneración de precepto material y por quebrantamiento de precepto procesal (artículos 429, incisos 3 y 2, CPP) –dice el citado artículo 432.2 CPP: "*La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema* [...] *Está sujeta de manera absoluta los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos*"–, presenta dos precisas limitaciones: 1.° Por medio de la invocación de la garantía constitucional o derecho fundamental procesal de presunción de

inocencia. **2.°** A través de la inobservancia de la garantía constitucional o derecho fundamental procesal de motivación –defecto de motivación–, que incluye el error de hecho y la negación de los juicios de inferencia incorporados en el relato de hecho.

Queda claro, sin embargo, que a través del recurso de casación el Tribunal Supremo revisa errores alegados por la parte recurrente como motivos de casación; no realiza una revisión integral ni del fallo condenatorio ni de la pena impuesta, sino a lo sumo una revisión parcial del fallo y, siempre, de modo indirecto [NIEVA].

La garantía de presunción de inocencia se desarrolla legalmente en el artículo II.1 del TP CPP. Esta disposición exige, en su primer extremo, una sentencia condenatoria firme debidamente motivada. La motivación, empero, desde una perspectiva pública u objetiva es un derecho fundamental procesal que integra la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución) y se proyecta tanto al juicio de hecho como al juicio de derecho, que no puede confundirse e integrarse con esta otra garantía genérica, y tiene una proyección general a las decisiones judiciales, cuya última razón de ser radica en la eliminación de la arbitrariedad (STSE de 6-4-1990).

La motivación es un mandato constitucional incondicionado (para todo tipo de procesos, para todo tipo de sentencias –absolutorias y condenatorias– y para todo tipo de pruebas [ANDRÉS]–; y, debe expresar una valoración judicial de acuerdo a criterios racionales que permita deducir la culpabilidad del acusado, lo que importa un examen que no solo comprende la interpretación de la prueba, sino también la valoración de la misma, en orden al cumplimiento de las reglas de la sana crítica racional [VECINA] (véase, al respecto, los artículos 158.1 y 393.2 CPP). La STCE 63/1993, de 1 de marzo, acotó que, en este ámbito, solo cabe examinar si los criterios utilizados por el juez de mérito para la apreciación de la prueba resultan manifiestamente arbitrarios por conculcar alguno de los valores, principios o derechos constitucionales.

El segundo extremo de la norma es el relevante, pues incorpora reglas de prueba básicas: **(i)** suficiente actividad probatoria de cargo; y, **(ii)** obtenida y actuada con las debidas garantías procesales –como dijo la STCE 44/1989, de 20 de febrero: "*adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías*"–. En pureza son cuatro las reglas de prueba de esta garantía:

1. Prueba en sentido formal –prueba plenarial y, en su caso, prueba anticipada y preconstituida–. Cinco artículos de la Ley Procesal Penal son de invocar en su desarrollo: artículos 375.1, 376.2, 378, 382 y 383.1 CPP.

2. Prueba de cargo. Como la presunción de inocencia es un derecho reaccional, de naturaleza y carácter procesal, y exclusivo del imputado, no necesita de un comportamiento activo por parte de este último, de suerte que los hechos incriminadores deben ser probados por la fiscalía o acusación.

3. Prueba suficiente. El control de esta regla no se realiza a través de un nuevo examen crítico de la prueba realizada. Su espacio solo abarca dos extremos fácticos: (i) la existencia real del delito (específicamente de los elementos objetivos del delito –necesitados de prueba–, pues los elementos subjetivos constituyen verdaderos juicios de valor o inferencia –STSE de 21 de julio de 1992–, a los que alcanza la exigencia de logicidad de motivación); y, (ii) la culpabilidad del acusado (sinónimo de intervención en el hecho, que es el sentido anglosajón del vocablo, no de juicio normativo de reprochabilidad penal –sentido germano del mismo–). De suerte que en el examen de esta regla solo cabe un análisis abstracto, esto es, si razonablemente el conjunto probatorio, que cumple el carácter de tal, permite sustentar una convicción de culpabilidad (STSE de 23-12-2013). El juicio de suficiencia se centra en el análisis de la aptitud de la prueba para suministrar a la Sala Sentenciadora la "certeza" de la culpabilidad del acusado; y, como tal, permite a la Sala de Casación, no la valoración, sino la interpretación de la prueba, cuyo contenido ha de ser objetivamente incriminatorio; prueba como actividad, no como valoración [Vecina].

4. Prueba lícita. La obtención de la fuente de prueba y la actuación o práctica del medio de prueba debe cumplir los requisitos legales –de legalidad constitucional y de legalidad ordinaria en su lógica de garantías básicas–.

La motivación, por cierto, en lo pertinente, debe comprender estas cuatro reglas de prueba. Está descontado el respeto e incensurabilidad de la libre y razonada valoración de la prueba realizada por el Tribunal Superior (artículo 393.2 CPP).

Debe quedar claro que la exigencia convencional del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se cumplió con el recurso de apelación, generalizado en nuestro sistema procesal. Por tanto, no existe necesidad de ampliar, y, en todo caso, de desnaturalizar la esencia institucional del recurso de casación a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal Superior, como correspondería en aquellos sistemas en que no existe recurso de apelación, que es el caso por ejemplo, antes, del español (véase, al respecto, la STSE número 740/2010, de 6 de julio).

En los casos en que existe sucesivamente recurso de apelación y recurso de casación, como el nuestro, desde luego, la delimitación de la competencia funcional en materia de presunción de inocencia debe variar. Su intensidad se ha centrar en otros parámetros. Se entiende, como premisa, que la triple comprobación de la prueba ya se hizo por el Tribunal Superior; esto es: **1.** Comprobación formal de existencia de prueba. **2.** Comprobación sobre los dos extremos fácticos: hecho e intervención delictiva; y, **3.** Comprobación de licitud de la prueba. Se cumplió, con ello, el doble examen exigido por el artículo 14.5 PIDCP: "*...derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto [a la persona declarada culpable] sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*".

Siendo así, siguiendo a MARCHENA/GONZÁLEZ-CUÉLLAR, el control del Supremo Tribunal se ha de concretar en cuatro puntos: **1.°** Si el Tribunal Superior, al examinar la sentencia del Juzgado Penal (Unipersonal o Colegiado), se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden. **2.°** Si el Tribunal Superior aplicó correctamente las exigencias de la motivación al valorar la prueba, tanto al resolver sobre el motivo de falta de motivación en el recurso de apelación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones. **3.°** Si el Tribunal Superior respetó la doctrina acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y actuación licitas de las pruebas. **4.°** Si el Tribunal Superior ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de valoración de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (En: LA REFORMA, pp. 542-543).

La STSE 98/2020, de 5 de marzo, insistió en la tesitura anteriormente expuesta, sosteniendo que en el análisis de esta garantía no puede obviarse que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados internacionales. En estos casos, el Tribunal Supremo insiste en su doctrina jurisprudencial de que la comprobación que a través del recurso de casación debe hacerse se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina jurisprudencial correspondiente sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. Así: **(i)** si el Tribunal Superior, al examinar la sentencia de primera instancia se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponde; **(ii)** si la Sala motivó debidamente sus decisiones –aunque, como hemos expuesto, se trata de un aspecto propio de otra garantía: tutela jurisdiccional y motivación, que tiene un cauce casacional propio en nuestro Código–; **(iii)** si la prueba obtenida y actuada ha cumplido con la legalidad, constitucional y legal, correspondiente; y, **(iv)** si

las inferencias probatorias cumplen con la sana crítica racional –criterio último, asimismo, propio de la garantía de motivación, aunque por su vinculación asumido por el artículo II del TP del CPP–.

Desde luego, esta doctrina es de recibo en todo lo que implica, limitadamente por cierto, el examen parcial de alguna de las cuatro reglas de prueba y, además, de la regla de juicio (*in dubio pro reo*) que integran la presunción de inocencia (puntos 1.° y 3.° precedentes: revisó lo que debía revisar en orden a la actividad probatoria y a la valoración probatoria, y si se cumplió las reglas de admisión y práctica de las pruebas). Empero, en lo relacionado a la falta de motivación y al análisis de la racionalidad o logicidad de la sentencia –motivación constitucionalmente defectuosa–, como existe un motivo específico, de raíz o fuente en el CPP Italiano (artículo 4429.4 CPP), no puede ser abordado, técnicamente, en el examen de la garantía de presunción de inocencia.

En esta misma perspectiva, el *in dubio pro reo* constituye la regla de juicio de la presunción de inocencia [Fernández]. Específicamente es un principio general de derecho positivizado como derecho fundamental procesal o garantía institucional, por lo que pertenece a la premisa mayor, y se trata de una clara cuestión de derecho; además, como cualquier norma jurídica, tiene influencia en la premisa menor, dado que obliga al juez a partir de una situación de hecho: la no culpabilidad del acusado.

El *in dubio pro reo* no es una regla de carga de la prueba en su vertiente subjetiva u objetiva –la noción de "carga" está inspirada en la idea de obligación y muy propia de los principios dispositivo y de aportación de parte–, que se aplican cuando no existe prueba –las situaciones de *non liquet* se resuelven, en el proceso penal, a través de la presunción de inocencia–. Por tanto, no se puede pedir pruebas al imputado para poder absolverlo, no se puede repartir la carga de la prueba atendiendo al criterio de facilidad probatoria. La presunción de inocencia orienta toda la actividad probatoria, suficiente o insuficiente. Solo se puede condenar si no se tiene dudas razonables, porque si se las tiene el Juez debe absolver. Ésta es la orientación, el mandato que debe seguirse en la valoración de la prueba. Si el Juez no estima que no tiene pruebas suficientes ni para declarar la inocencia ni para declarar la culpabilidad, debe absolver [Nieva].

Cuando se denuncia la vulneración de esta regla de juicio (*in dubio pro reo*), el Tribunal Supremo debe analizar si de la prueba examinada por el *Iudex a quo* en la sentencia recurrida, éste concluyó por la condena en base a un razonamiento que pueda considerarse suficiente respecto del juicio de culpabilidad declarado, es decir,

que lo explicado o justificado –sin realizar un nuevo análisis crítico de la prueba practicada– no tenga lagunas o quiebres argumentales que permitan abrigar dudas razonables de la convicción judicial acerca de la culpabilidad del acusado, quien por tal razón debió merecer una absolución. Corresponde al Tribunal Supremo, entonces, determinar si el *Iudex a quo* se inclinó, al momento de la sentencia, por la opción más razonable, y si son igualmente plausibles la opción de la culpabilidad como la de la inocencia, sin absolvió como correspondía.

Por último, queda claro, como ha precisado la STSE 87/2020, de 3 de marzo, que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional de inobservancia de la garantía de presunción de inocencia no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de dicho Tribunal por la del recurrente o por la de la Sala de Casación, siempre que el Tribunal de apelación haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

7.2.3. Motivación

7.2.3.1. Ámbito de la motivación

La sentencia es la decisión que pone fin al proceso, por tanto, se exige como requisito formal una fundamentación sólida y reflexiva, en la que se debe poner en conocimiento la norma y los criterios de razonabilidad destinadas a valorar el conjunto de pruebas. Si ello no es así, constituye una denegación a la justicia [MORENO RIVERA]. Por tanto, se exige que el Tribunal resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, razonadamente, pero no solo de forma interna, sino expresando externamente el razonamiento. No basta que exista actividad probatoria. En sede de casación, por tanto, corresponde realizar un control sobre la suficiencia cuantitativa y, también, cualitativa de la motivación fáctica.

La motivación debe abarcar: **a)** la fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; **b)** la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, **c)** la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. La motivación puede ser escueta siempre que suponga una aplicación

razonable y reconocible del ordenamiento jurídico (STSE 509/2005, de 22 de abril). La extensión de la motivación dependerá de las circunstancias del caso concreto (STSE 59/2003, de 22 de enero). La mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas (STSE 1192/2003, de 19 de setiembre).

La motivación está sujeta a requisitos. Ha de respetar cierta forma y debe tener cierto contenido. La forma comprende lo relativo al modo de emisión de la sentencia (deliberación, votación, escritura y lectura) y al modo de emisión de los votos. El contenido importa que la resolución ha de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica [De La Rúa].

Aspectos vinculados al control de la motivación:

A. La ausencia total de motivación o falta de motivación es constitucionalmente relevante –falta del todo la exposición sobre los motivos sobre un punto de la decisión: carencia formal de un elemento estructural de la resolución–, en la que se incluye, por ejemplo, la mera enunciación de la prueba en la sentencia, a modo de índice, sin analizarla. Se trata, en rigor, de la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho; la cual ha de ser la no consignación de las razones que determinan al juez a declarar una concreta voluntad de la ley que aplica ni razonar sobre los elementos introducidos en el proceso; como tal, puede ser total o parcial, según que falte la motivación para todas las cuestiones relevantes o que el defecto sea atinente solo a una o alguna de ellas [De La Rúa, Sabatini]. También lo es la insuficiencia de la motivación, que se presenta cuando la aludida motivación no tenga en cuenta todos los extremos que la Ley obliga a tomar en consideración, no resuelve todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio; la motivación imperfecta o defectuosa, desde luego, es ajena a este vicio. Asimismo, la incongruencia de la motivación trae su causa en ese supuesto, que tiene lugar cuando la motivación no guarda relación con la temática planteada por las partes y a la que debe referirse el fallo –mera existencia formal de argumentaciones, pero realmente inexistentes para el caso concreto–. En síntesis, se presenta cuando no se exponen las razones probatorias ni los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión de la sentencia [Moreno Rivera].

Así, por ejemplo, para que la narración histórica de una sentencia absolutoria se ajuste a las exigencias de plena motivación debe declararse probada una

resultancia que constituya adecuado soporte fáctico, bien de la atipicidad de dichos hechos, bien de la concurrencia de alguna causa de exclusión del injusto, bien de la ausencia de participación en tales hechos por parte del imputado, o bien, finalmente, de la no deducción de la culpabilidad de ellos.

B. La motivación también ha de ser lógica o razonable. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está en cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El Tribunal de Casación, en este caso, custodia la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se ha observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

El juez debe expresar no solo el *iter* lógico seguido por el juez, sin saltos ni lagunas, sino también debe hacerlo sin contradicciones –esto es, cuando dos o más partes de la motivación son incompatibles entre sí, o cuando la motivación es incompatible con la parte dispositiva-. La sentencia es una estructura lógica, en ella el juez arriba a una conclusión de certeza: hecho-participación-imputabilidad-culpabilidad. Los razonamientos armónicos deben estar exentos de violaciones a las leyes del pensamiento. La logicidad entraña la observación de las reglas lógicas y de la experiencia, así como los principios de la psicología; es una cuestión jurídica, referida a la naturaleza jurídica de un hecho. El control, en este caso, se refiere al procedimiento exterior que conduce a la formación del convencimiento del juez, a la coherencia lógica del razonamiento [LEONE].

En este ámbito, por consiguiente, la función de la casación penal será la de controlar el juicio de valoración en la apreciación de la prueba; si esta, expresada en la motivación, se corresponde con criterios racionales. No comprende la revaloración del material probatorio, solo su aptitud lógica. La contradicción debe manifestarse entre dos partes del mismo hecho probado, de manera que la contradicción no permita conocer el razonamiento judicial sobre los hechos esenciales [NIEVA].

La logicidad debe respetar las leyes del pensamiento: coherencia y derivación (concordancia o conveniencia entre sus elementos, y que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado), y los principios lógicos de identidad, contradicción, tercio excluido –deducidos de la ley de coherencia–, y razón suficiente –deducido de la ley de derivación–.

- Identidad: cuando en un juicio el concepto sujeto es idéntico al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero.
- Contradicción: los juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos verdaderos.
- Tercio excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos: uno es verdadero y ninguno otro es posible.
- Razón suficiente: que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad.

C. Más allá de las reglas de la lógica formal, en la selección de las pruebas incorporadas debe aplicarse los principios de la psicología: los testigos no se cuentan, se pesan. También deben aplicarse las reglas de la experiencia, que son nociones de dominio común, verdades indiscutibles, que incluye el hecho notorio [Gonzáles /Figueroa].

Se trata, entonces, de controlar la racionalidad del juicio histórico del Tribunal de Apelación, que debe hacer su juicio histórico fundándose en la razón, las pautas normales del comportamiento humano y el manejo de las máximas de experiencia [Cortés].

D. Se discute si constituye un vicio de ilogicidad de motivación si existe una notoria y manifiesta –sin lugar a dudas ni a interpretaciones diversas– contradicción, no ya entre varias partes de la motivación, sino entre la motivación y la clara y no opinable realidad procesal, referida a un hecho decisivo para el juicio. La desviación absoluta entre resultancias procesales y reconstrucción del hecho no constituye una prohibida indagación de hecho sino un supuesto de contradicción interna del fallo.

Constituyen requisitos necesarios de una contradicción en el relato fáctico de la sentencia:

i. La contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre el hecho que se afirme y otro que también se sostenga. Se trata de una contradicción en sentido propio, gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implica necesariamente la negación del otro de modo irreconciliable y antitético. No es una mera contradicción ideológica o conceptual.

ii. La contradicción debe ser insubsanable, pues aun a pesar de la contradicción material, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia. Es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

iii. La contradicción debe ser interna, en el hecho probado. No cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. La contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos.

iv. La contradicción ha de producirse respecto de algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma –con relevancia constitucional–.

v. La contradicción debe ser esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío que determine la falta de idoneidad del relato para llevar de soporte a la calificación jurídica debatida (STSE 408/2006, de 12 de abril). Un precepto constitucional puede ser lesionado por:

- Inobservancia: omisión en su aplicación. No aplicación del precepto en los casos en que debiera aplicarse. El juez no lo considera aplicable al caso juzgado.
- Indebida o errónea aplicación. La norma invocada no ha sido justamente aplicada por una inexacta interpretación de su contenido. Se produce una interpretación equivocada, desacertada o errónea del precepto constitucional.

7.2.3.2. Recurso de casación y motivación fáctica. Adiciones

A. Datos necesarios

El recurso de casación nacional reconoció como un motivo específico de casación, integrante de la **pretensión casacional** –la *causa de pedir* y la *petición*– la violación de la garantía de motivación, de típica relevancia constitucional. Su fuente es el artículo 606, apartado 1, literal e), del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988. Recuérdese que la exigencia de una sentencia fundada en derecho integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía genérica de

tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.), y que la motivación, además, ha sido prevista como una garantía específica (artículo 139.5 Const.).

La Ley Fundamental fue muy precisa al considerar el requisito interno de las resoluciones judiciales. Exigió que éstas, **formalmente**, han de ser escritas (con la intención de que su contenido se mantenga inalterable y sea susceptible del análisis tanto-recursal como social); y, **materialmente**, han de incorporar los fundamentos de hecho en que se sostengan y han de hacer mención expresa de la ley aplicable, es decir, han de estar **motivadas**. En buena cuenta, la Constitución ordena que la resolución judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente, en todas y cada una de las instancias.

La **motivación**, como imperativo constitucional, comporta, entonces, como mínimo, acota Igartua Salaverría, dos consecuencias relevantes: **1.** Es de una obligatoriedad universalizada; el deber de motivar es indisponible. **2.** Representa un principio jurídico político de controlabilidad, no solo institucional o burocrático (mediante los recursos), sino generalizado y difuso o democrático, pues va dirigida, no solo a las partes, sino también al público.

A partir de este enfoque, el artículo 122, inciso 3, del CPCivil (**Ley Procesal Común**), de 4-3-1992, señaló: **A)** desde una perspectiva **formal**, que las consideraciones de la resolución deben expresarse en un orden numérico correlativo, así como, la sentencia, específicamente, debe contener la separación de sus partes **(i) expositiva** –relato de la pretensión, de la resistencia y del itinerario del procedimiento–, **(ii) considerativa** –argumentación racional en clave lógica, como coherencia formal del razonamiento, y en clave propiamente jurídica, como incorporación de los elementos y razones de juicio (*ratio decidendi*) que permita conocer cuáles han sido las premisas, debidamente existentes y correctamente formuladas, de las que parte, y los criterios jurídicos que la fundamentan– (STCE 75/2005, de 4 de abril), y **(iii) resolutiva** (artículo 122, inciso 7, 3er párrafo, CPCivil); y, **B)** desde una perspectiva **material**, que debe comprender los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos [fundamentos] de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

El artículo 12 del TUO de la LOPJ, aprobado por Decreto Supremo 017-93- JUS, de 2-6-1993, (la LOPJ fue aprobada por Decreto Legislativo 767, de 4-12-1991), agregó un dato relevante para los jueces de apelación. Instó una motivación propia, es decir, una resolución que se pronuncie sobre los motivos de impugnación. Mencionó que *"[...] la reproducción de los fundamentos de la resolución*

recurrida, no constituye motivación suficiente". Tal disposición se incluyó en la reforma operada por la Ley 28490, de 12-4-2005.

Empero, el artículo 142 del TUO de la LOPJ, no modificado, para el caso de la Corte Suprema, acotó que "*[...] si el fallo se dicta de conformidad con el dictamen fiscal en el caso que proceda, los fundamentos del mismo se consideran como su motivación; si se resuelve con lo expuesto por el Fiscal, es indispensable consignar la fundamentación pertinente.- En todo caso, el fallo contiene el análisis de las cuestiones en debate y de los argumentos del impugnante*". Este precepto, sin embargo, solo podría tener sentido cuando el fiscal interviene como "auxiliar ilustrativo" de la Corte, no cuando en la causa el Ministerio Público ha sido parte.

Ahora bien, desde una perspectiva temporal y especial –la LOPJ, sus disposiciones procesales, solo se aplican supletoriamente, conforme a la 23.° Disposición Final, a las normas procesales específicas–, es obvio que toda resolución, salvo claro está los decretos, debe cumplir con lo que exige la Constitución y el artículo 122, inciso 3, CPCivil.

Por lo demás, el artículo 123.1 CPP, de 2004, norma específica o especial en materia penal, estatuye que las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener **(i)** la exposición de los hechos debatidos, **(ii)** el análisis de la prueba actuada, **(iii)** la determinación de la ley aplicable y **(iv)** lo que se decide, de modo claro y expreso. En lo concerniente a las sentencias, el artículo 393.3 CPP, formalmente, dispone la inclusión de siete puntos (cuestiones incidentales, hechos y circunstancias fácticas adicionales, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, calificación legal del hecho cometido, individualización de la sanción penal, pena o medida de seguridad, consecuencia accesoria, reparación civil, y costas); mientras, el artículo 394 CPP, estipula, materialmente, la incorporación de las pretensiones y, en especial, la motivación de los hechos y valoración de las pruebas, así como la expresión de los fundamentos de derecho (artículo 394 CPP).

B. Motivación y casación

Esta generalidad de la motivación; es decir, que se expresa en todas y cada una de las instancias o grados de la jurisdicción–, tiene un significado autónomo a propósito de las sentencias de la Corte Suprema sobre la base de la función de guía unificadora que aquellas deben realizar. La motivación en este nivel jurisdiccional es trascendente, primero, porque sus sentencias sirven como precedentes jurisprudenciales que tienen de facto autoridad, si y en la medida en

la que contengan la explicación y la justificación de la solución interpretativa que se adopta; y, segundo, porque permiten la identificación del principio de derecho destinado a valer para el juicio de reenvío [Taruffo].

Así las cosas es posible sostener dos bloques de afirmaciones:

Primer bloque. Destacan dos ideas fuerza. **1.** Que la motivación consiste en justificar una decisión mediante argumentos jurídica y racionalmente válidos –solo cuentan las razones valorables en sí mismas–. **2.** Que los requisitos de la motivación, desde Wrobleswski, son de carácter interno y externo; el primero, interno, exige que el juicio haya sido correctamente inferido de las premisas, de la cadena de opciones, que lo sustentan –la corrección de las premisas es lo relevante–; y, el segundo, externo, requiere que' el juicio sea **(i) congruente** (y, *a fortiori*, no contradictorio), esto es, que todos los argumentos sean recíprocamente compatibles, **(ii) completo**, vale decir, que se motiven todas las opciones que influyen en la decisión final para uno u otro sentido; y, **(iii) suficiente**, o sea, que las opciones han de estar justificadas adecuadamente, especialmente las premisas que no son obvias, que son inhabituales [Igartua Salaverria].

Segundo Bloque. La concepción racionalista de la motivación asumida conforme al primer bloque, para la cual motivar es justificar la decisión, es la expresión o discurso lingüístico de las razones que justifican la decisión adoptada en el sentido de Wrobleswski. Ahora bien, tratándose de las **premisas fácticas**, éstas deben ser verdaderas, y lo serán si existen en la causa elementos de juicio suficientes a su favor que atribuyen a la hipótesis sobre los hechos un grado de probabilidad inductiva que supere el estándar de prueba legalmente exigido. Y, respecto de las **premisas normativas**, es claro que no puede exigirse que sean verdaderas, pues no son susceptibles de valores de verdad, por lo que se ha de acudir a la noción de validez o con mayor propiedad a la de aplicabilidad según el ordenamiento jurídico correspondientes; luego, las premisas normativas han de estar correctamente seleccionadas, y lo serán si y sólo si las normas que se incorporen en la decisión judicial son aplicables al caso [Ferrer].

La motivación, en cuanto es casacionalmente relevante, se expresa en lo siguiente:

Primero, tanto en el ámbito de la declaración del hecho objeto del proceso penal cuanto de la interpretación y aplicación del Derecho penal aplicable. Esto es, **motivación táctica**, en función a la *quaestio facti*, y **motivación jurídica**, en función a la *quaestio iuris*.

Segundo, la infracción normativa –en el caso de la motivación– solo será determinante cuando el error importa una decisión que no se ajusta a derecho (artículo 397, *in fine*, CP Civil: "*La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivado, si su parte resolutiva se ajusta a derecho. Sin embargo, debe hacer la correspondiente rectificación*"); esto es, como estatuye el artículo 432.3 CPP: "*Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causal nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria*" –la fuente más directa es el artículo 619.1 del Código de Procedimiento Penal Italiano–.

Tercero, el error jurídico en materia casacional estriba en la presencia de un defecto constitucional de la motivación, .no cuando se denuncia un simple error (error inocuo) o se censura una motivación equivocada o injusta; la casación solo examina infracciones normativas, no revalora los medios de prueba.

El **antecedente** de estas consideraciones está en la función asignada a la Corte Suprema a través del recurso de casación. Ésta no solo tiene establecido el control sobre el grado de coherencia lógica de la motivación, sino va ínsita en su función llamada nomofiláctica o nomoprofilaxis y de unificación de la jurisprudencia (vid.: artículo 384 CPCivil), al que se asocia el papel fundamental de la propia Corte. El control nomoprofiláctico, desde luego, sólo puede ejercerse cuando la sentencia revisada contiene el razonamiento interpretativo, es decir, cuando se encuentre motivada. Existe, pues, una conexión entre la obligación de motivación y el control de legalidad por parte de la Corte Suprema, en tanto que la obligación de motivación es el instrumento que sirve para garantizar que el control de legalidad sea posible [TARUFFO].

La **motivación fáctica**, incide, respecto de la parte considerativa de la resolución, en los denominados por nuestra legislación "fundamentos de hecho"; esto es, en la declaración de los hechos objeto del debate -si están probados o no-, para lo cual inevitablemente se aprecia el **material probatorio**.

Dos momentos tiene este paso.

Primero, la determinación de los medios de prueba pertinentes o relevantes en relación al *thema probandum* y la inutilización de la prueba ilícita (cuyo efecto es la exclusión probatoria) -siguiendo a CARNELUTTI, obtención de la fuente de prueba y actuación del medio de prueba-.

Segundo, la apreciación de los medios de prueba, que importa, primero, la actividad de **interpretación o traslación de los mismos** (qué dice o informa el medio de prueba); y, segundo, la **valoración** (operación intelectual que exige

determinar la eficacia del material probatorio, su fiabilidad, y el aporte informativo que presenta desde la perspectiva de un análisis individual de cada medio de prueba y, acto seguido, uno conjunto o contextual de la totalidad de la prueba relevante.

Una prevención. Es de entender, con Marinoni, lo siguiente. 1. Que los "hechos del caso" son indispensables para la interpretación del derecho. Si se quiere absolver el grado y, más aún, dictar un precedente determinado, es necesario tener presente las circunstancias concretas sobre las cuales la resolución de la cuestión de derecho opera, pues sitúa la cuestión jurídica en un específico contexto, indispensable para comprender cómo el texto de la ley fue interpretado. 2. A su vez, que los "hechos del caso" pueden ser encuadrados en categorías o grupos, lo que depende de la comprensión del lenguaje, de los conceptos jurídicos, de la cultura y de los valores que lo determinan. Por tanto, a los efectos casacionales, antes de iniciar el análisis del recurso, el Tribunal Supremo debe delimitar las circunstancias fácticas en donde la decisión recae, dejando claro el caso que desea revolver.

C. Declaración de hechos probados. Control casacional

De otro lado, como ya se indicó, la declaración de los hechos está sometida a reglas, a prescripciones, fijadas por el derecho probatorio (con carácter general: artículos II y VIII del TP, 155/158, 392, 393.1 y 2, y 394.3 CPP: nueve artículos). Éstas tienen carácter imperativo y su incumplimiento trae aparejado sanciones procesales.

Desde una perspectiva constitucional, son dos las garantías que lo informan:

1. Presunción de inocencia, en su ámbito de reglas sobre el juicio de hecho. Este ámbito comprende tanto reglas de prueba cuanto una regla de juicio. La primera, requiere: (i) prueba formal –legalmente configurada y actuada con contradicción e inmediación en el plenario, con la aceptación limitada de la denominada prueba sumarial (anticipada y preconstituida), (ii) prueba ofrecida por la acusación, (iii) prueba inculpatoria o de cargo referida a todos los elementos esenciales del delito, (iv) prueba lícita, y (v) prueba suficiente. La segunda, está referida al estándar de pruebá más allá de toda duda razonable o de verosimilitud objetiva, *in dubio pro reo*. Esta garantía indica los presupuestos probatorios para una correcta declaración de los hechos, para su verificación.

2. Motivación. Ésta ha de ser (i) existente, (ii) completa, (iii) suficiente, (iv) pertinente, (v) precisa y categórica o concluyente, y (vi) racional respecto de las inferencias probatorias. Esta garantía define cómo debe explicarse y explicitarse, en concreto, la argumentación fáctica.

El control **casacional del juicio de hecho** es compatible con el rol asignado a la Corte Suprema. La exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso probatorio del juez con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal [ANDRÉS]; legalidad que se expresa como garantía en los tres clásicos brocardos: *nula poena sine crimine, nullum crimen sino lege y nullapoena et nullum crimen sino iuditio.* Se trata, según se apuntó anteriormente, de un área determinada por las normas legales, lo que es un postulado de todo sistema que se base en el principio de legalidad [WROBLESWSKI].

Como ya se tiene reconocido, no todo el componente del juicio jurisdiccional recae en el **juicio de derecho**, de carácter deductivo. También existe la lógica inductiva, que se centra en la adecuación del **juicio de hecho** –este juicio, acota TARUFFO, tiene una naturaleza fundamentalmente inferencial y corresponde que el juez racionalmente justifique la labor de verificación de los hechos–. Es decir, sobre la carencia de confirmaciones (o pruebas) por *modus ponens o sobre la presencia o no experimentación de contrapruebas por modus tollens* [FERRAJOLI]. La observancia de las leyes del razonamiento es inmanente a la apreciación de la prueba [WALTER]. Los jueces deben ofrecer una justificación intersubjetivamente verificable.

En **casación**, entonces, la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 429.1 CPP: artículos 2.24.e de la Constitución y II TP del CPP) y por medio del examen de la motivación (artículo 429.4 CPP: artículos 139. 3 y 5, de la Constitución y 158, 393, 394 y 397del CPP –este último artículo incluye la congruencia, como un principio que integra el derecho a una sentencia fundada en derecho, derivada de la garantía genérica de tutela jurisdiccional– del CPP).

En el primer ámbito –presunción de inocencia– el Tribunal Supremo solo controla la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. A nivel de **suficiencia**, solo se controlará si, a la vista de la motivación de la Sala Superior efectuada del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la declaración de los hechos probados es más improbable que probable (STCE 123/2006, de 24 de abril). No es posible, en este ámbito –en la presunción de inocencia–, dilucidar cada elemento probatorio, sino realizar un examen general y contextualizado de la valoración probatoria (STCE 124/2001, de 4 de junio). No se decide el hecho, solo control que su declaración ha sido jurídicamente correcta (STSE 162/2019, de 26 de marzo).

En el segundo ámbito –**motivación**– el Tribunal Supremo controla, dos niveles.

Primer nivel. Que la motivación sea **(i)** existente, **(ii)** no incompleta – completa en lo esencial, no necesariamente pormenorizada y exhaustiva a todos argumentos o alegaciones empleados por las partes para apoyar tales pretensiones, pudiendo bastar una con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de algunas alegaciones concretas no sustanciales (STCE 99/1999, de 31 de mayo)–, **(iii)** suficiente, y (iv) que no sea aparente –motivación impertinente, motivación vaga o genérica, motivación hipotética o dubitativa–. Se requiere, en suma, que el conjunto de la motivación incorpore las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, bastando que cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STCE 128/2002, de 3 de junio).

Segundo nivel. Que la motivación sea racional. Se trata de una motivación que, al valorar los medios de prueba pertinentes y útiles, respete las reglas de la sana crítica racional (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos) (artículos 158 y 393.2 CPP).

1. Conocimiento científico es el saber racional, objetivo, fundad, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable sobre la realidad. Se trata saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina y que por regla común son conocidos de un modo general por los legos.

2. Leyes de la lógica, del pensamiento lógico formal, que utiliza la inferencia o deducción y que consiste en la combinación de dos proposiciones, llamadas premisas, que causan una conclusión como consecuencia de aquellas. Se trata de cuatro principios. Siguiendo a Couture, son los principios de **identidad** (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de no contradicción –una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí–; de **razón suficiente** (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia –razón suficiente para existir–); y, de **tercero excluido** (si una cosa solo puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a los dos precedentes).

3. Máximas de la experiencia, son juicios fácticos que descansan en la experiencia humana. Son normas de valor general, independientes del caso especifico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre

en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie. Expresan nociones de sentido común.

El examen casacional de la motivación, como garantía procesal, no comprende la denominada *"motivación errónea"*. No se deriva de esta garantía un derecho de los justiciables al acierto de las sentencias. Sólo se exige que no se trate de una motivación, amén de incongruente, que sea omitida, incompleta, insuficiente, hipotética o dubitativa, impertinente, vaga o genérica e irracional.

D. Efectos del defecto de motivación

Finalmente, ¿Cuál es el efecto de una sentencia que no cumpla con las exigencias de motivación antes indicada? Se puede sostener que como la motivación es un requisito de forma de las resoluciones (autos y sentencias), su afectación genera únicamente una sentencia rescidente. La respuesta estará, en todo caso, condicionada, al nivel o entidad del error o defecto de motivación. El principio de trascendencia marcará la tónica y la necesidad de establecer si se produjo o no indefensión material.

Es obvio que ante un vicio de motivación como la motivación omitida y la aparente no cabe otra opción que proceder a una casación con reenvío. Pero ante una motivación incompleta e insuficiente es posible, según la entidad del vacío, y siempre que exista una válida línea de argumentación que pueda seguirse, que se podrá censurar la sentencia y solo limitarse a completarla o corregirla. De igual forma cabe proceder en los casos de motivación irracional o ilógica; todo depende de la magnitud del error y si el razonamiento en su conjunto está comprometido o no.

7.3. Casación procesal: quebrantamiento de forma

7.3.1. Alcance

Consiste, en general, en la infracción de normas procesales –aquellas que establezcan o determinen una forma procesal (requisitos que debe cumplir un acto), de acatamiento imperativo, cuya violación sea expresamente prescripta bajo alguna sanción: caducidad, preclusión, inadmisibilidad o nulidad–, tanto las que prescriben el rito establecido para obtener la sentencia o para llegar a ella, en tanto ocasionen indefensión –*vicios in procedendo*–, cuanto las que se refieran a la deficiencia estructural de la decisión (normas procesales reguladoras de la sentencia) –*vicios in iudicando*–; el primero es el denominado *error in procedendo* (es decir, en

la tramitación del proceso), y el segundo es el denominado *error in iudicando* (al resolver el asunto) [Banacloche]. Todos los quebrantamientos de forma tienen su fundamento en la indefensión que produce a la parte el vicio procesal que se denuncia. Es trascendental, por tanto, que se cause una real y efectiva indefensión a la parte [Martínez].

No debe perderse de vista que no toda incorrección procesal implica, de modo automático, quebranto de la tutela jurisdiccional ni tiene acceso indiscriminado a la casación. Esto último permite sostener que las lesiones de normas del procedimiento que están previstas únicamente a favor del acusado, tales como la necesidad de defensa o el derecho a la última palabra, no pueden ser hecha valer por la Fiscalía con el fin de obtener la anulación de la sentencia en perjuicio del acusado [Roxin].

7.3.2. Infracción de las normas sobre el régimen de los actos procesales

En este supuesto se estará, por ejemplo, cuando se denieguen indebidamente diligencias de prueba –en tanto sea pertinente, necesaria y posible, que son requisitos materiales [Gimeno]–; cuando no se cite a las partes para una diligencia o acto esencial, cuando no se suspendió el juicio oral pese a que debía hacerse para garantizar el derecho a la prueba pertinente y el derecho a la tutela jurisdiccional –el no comparecido haya sido citado; que el tribunal, antes de pronunciarse, haya oído a las partes; que el acuerdo sobre el mismo, con las razones, conste en el acta del juicio; que existan elementos suficientes para juzgar separadamente a los acusados; que tal decisión no cause indefensión a los acusados comparecidos (STSE de 07-07-03)–; o cuando intervino un órgano judicial objetivamente incompetente. Salvo el literal d del artículo 150 CPP, que por razones de especialidad es un motivo de casación constitucional, rigen los supuestos previstos en los literales a, b y c de dicho precepto ordinario. No es indispensable, en este caso, admitir toda la diligencia de propuesta de prueba o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento ante la imposibilidad actual de la práctica de la prueba, por el contrario, la pertinencia sobre la admisión o la suspensión ha de ser objeto de ponderación de decisión del Tribunal entre el derecho a la defensa y la pertinencia de la prueba, así como la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora [Martínez]. Es de precisar que la omisión de citación al juicio oral encuentra su sustento en asegurar la correcta celebración del juicio oral con todas las partes, con la finalidad de evitar la indefensión de los que, aún con la condición de parte en el proceso, no fueron citados en el contradictorio [Martínez].

7.3.3. Infracción de las normas reguladoras de la decisión

En este supuesto se incluyen motivos tales como los de:

A. *Predeterminación del fallo.* Se circunscribe a la utilización en la narración fáctica de frases descriptivas del tipo legal que tengan carácter eminentemente técnico jurídico, cuya supresión produzca un vacío que no se pueda sustituir con un razonamiento lógico; esto es, cuando los conceptos jurídicos sustituyen a los hechos, de suerte que falta la premisa menor del razonamiento o juicio correspondiente. Tiene que tratarse de palabras o frases propias de fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que produce indefensión; es decir, de expresiones técnicos -jurídicas no pertinentes al lenguaje común, sino reservados para la comunidad jurídica [MARTÍNEZ]. La descripción del hecho se reemplaza por su significación, se utilizan expresiones no compatibles en el uso del lenguaje común, cuya eliminación dejen el hecho histórico sin base alguna (STSE n.° 75/1997, de 24 de enero).

Falta de claridad en la narración de los hechos de la sentencia que impidan su comprensión. Sucede cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa o imprecisa, de modo que, por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarlos en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o dubitativa, puede conducir a subsunciones alternativas. En este caso el tribunal emplea expresiones ininteligibles u oscuras que hacen difícil la comprensión del relato o incurre en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de hechos, al punto de generar una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica (LUZÓN PEÑA). Ello implica que la redacción de la sentencia contenga el hecho probado que conduce a la absolución o condena, sin que exista imprecisión en la expresión de los hechos declarados probados y por ende impida su comprensión [MARTÍNEZ]. Este motivo también incluye la omisión de hechos probados, en tanto ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido (STSE n.° 1061/2005, de 30 de setiembre).

B. *Infracción del principio de respuesta integral del fallo.* Se infringe el deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, descendiendo a todos y cada uno de los extremos planteados y dando respuesta, positiva o negativa, a los mismos. Se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones sostenidas por las partes. Tres son los requisitos para su apreciación: **1.** Que

la omisión o silencio verse sobre cuestiones o pretensiones jurídicas –que no sobre argumentos jurídicos, cuya omisión no altera los términos del debate–, en consecuencia, están excluidos los problemas de hecho; 2. Que las pretensiones se hayan formulado en el momento procesal oportuno, de suerte que se estima inexistentes pretensiones planteadas fuera de las previsiones legales que las regulan; y 3. Que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o manifiesto, ya de modo indirecto o implícito.

C. *Emisión del fallo por menor número de jueces al legamente previsto o sin la concurrencia de votos necesarios.* A este respecto debe tomarse en cuenta lo previsto, de un lado, en el artículo 392.4 CPP, y, de otro lado, las normas pertinentes de la LOPJ, entre ellas, los artículos 38.2 141, 144 y 145. Se trata de respetar un requisito trascendental, cuyo momento procesal se ve materializado al dictarse la sentencia. Es un defecto en los presupuestos procesales y en la composición del órgano sentenciador [Montón Redondo].

La congruencia de la sentencia, ubicable en este motivo casacional, en relación con el principio acusatorio exige que se cumpla con **(i)** un elemento objetivo: el hecho por el que se acusa, o lo que es lo mismo, el conjunto o complejo de elementos fácticos que sustentan la realidad de la existencia de la concreta y pasada infracción delictiva, en vida y perfección con sus circunstancias modificativas; y, **(ii)** un elemento subjetivo, consistente en la participación del acusado en tal hecho –que es lo que le confiere su legitimación pasiva– (STSE 223/1994, de 5 de febrero).

Se excluyen los hechos que no han sido objeto de consideración por la acusación (STSE 1666/2000, de 27 de octubre). De otro lado, el Tribunal, sin variar los hechos causados, es posible que condene por un delito distinto, siempre que sea homogéneo con el delito acusado y que condene más gravemente que lo que legalmente corresponda, ni apreciar circunstancias agravantes ni grados de ejecución superiores a los que la acusación haya expresado –esas son las limitaciones al principio de legalidad penal– (STSE 1073 1073/1998, de 29 de setiembre). El objeto procesal no es, pues, un crimen, sino un *factum* (STCE 43/1997, de 10 de marzo). Se entiende que el juicio de congruencia está referido a la acusación oral, no a la escrita (STSE 1093/2002, de 11 de junio).

En cuanto a determinados cambios o modificaciones, no vulnera el principio de congruencia: **(i)** la inclusión de detalles o datos para hacer

más completo y comprensivo el relato –periféricos, no esenciales e, incluso, no determinantes de ningún cambio del efecto jurídico–, la identidad y correlación no ha de ser estrictamente matemática (SSTSE 5592/1998, de 23 de junio, y 2084/2001, de 13 de diciembre); y, **(ii)** la determinación en la sentencia de un elemento subjetivo del tipo legal no incluido en la acusación, en tanto que se trata de una inferencia que debe alcanzar el tribunal a partir de los hechos objetivos –en estos casos, por lo general, la prueba de cargo se reconduce a la verificación de la corrección de la estructura lógica de la inferencia, lo que constituye un debate más jurídico que fáctico (STSE 2084/2001, de 13 de diciembre). En todo caso, cuando la defensa propone un tipo subjetivo alternativo, que es el acogido por la sentencia, no existe lesión por esa circunstancia (STSE 1875/2003, de 14 de febrero).

El concepto de "homogeneidad" –es una categoría con claras implicaciones sustantivas, pero destinadas a cumplir un papel eminentemente procesal (STSE 1109/2004, de 5 de octubre)– importan modalidades distintas pero cercanas de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo –el condenado– en el tipo delictivo objeto de acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse, en el sentido de que aquellos elementos no comprenden solo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen y que no podrían bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo acusado cuando esa genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno frontal acerca de su concurrencia (SSTCE 35/2004, de 8 de marzo; 225/1997, de 15 de diciembre; y, 4/2002, de 14 de enero).

7.3.4. Valoración

El quebrantamiento de normas y de garantías procesales, por su esencialidad, no es susceptible de subsanación, y debe acarrear la declaración de nulidad respectiva, que solo recaerá cuando se haya producido indefensión, valorada según las circunstancias de cada caso. Se trata, en principio, de las denominadas por el CPP nulidades de carácter absoluta, cuyos vicios no pueden ser saneados [CARRIÓN].

El análisis del quebrantamiento de forma, desde luego, no impide interpretar los "hechos del proceso" –diferente a la indagación, prohibida, de los hechos de

la causa y de la valoración interna de las pruebas sobre ellos, propio de un recurso ordinario–. Se entiende por "hechos del proceso" los acontecimientos procesales cuya regularidad o irregularidad puede corresponder controlar en función de las normas jurídicas que los estructuran como actos del proceso y determinan sus diversas circunstancias de manera imperativa [Clariá].

7.4. Casación sustantiva: Infracción de ley material

7.4.1. Análisis

El juez, ante una determinada situación fáctica, debe elegir la norma a aplicar, de tal manera que el hecho se adecue en la descripción típica; empero, el proceso de selección puede resultar errado [Moreno Rivera]. Es considerado el motivo más genuinamente casacional: *error iuris*, pues afecta el razonamiento jurídico que debe hacer el órgano judicial (en la hipótesis que contiene el artículo 229.3 CPP media siempre, y exclusivamente, un *error iuris*).

Su estimación requiere tres condiciones: **1.** Respeto a los hechos probados, a partir de los cuales se realiza el juicio de subsunción normativa; lo que se discute es si el juicio penal se ha llevado a cabo a razón del resultado del juicio histórico que contiene la sentencia [Cortés], por lo que no se puede hacer cuestión de la certeza de los hechos al socaire de la denuncia de una infracción penal. **2.** Violación de una norma jurídica –una interpretación más amplia permitiría utilizar el término: *fuentes del derecho*, con exclusión de la jurisprudencia que tiene una vía propia, y así comprender la costumbre, ampliada por la Constitución en atención a la pluriculturalidad del país, y los principios generales del derecho–, defecto que comprende tanto su no aplicación como su aplicación incorrecta. **3.** La norma infringida debe ser un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica –no penal– del mismo carácter, sustantivo, que deba ser observada en la aplicación de la ley penal (así, en el caso de tipos penales que se complementan por heterointegración con una norma administrativa, la infracción de ley alcanza a la norma administrativa de carácter sustantivo que complementa el tipo).

Una concepción más amplia cabe aún. Es posible que se invoquen por este motivo todas aquellas normas que se deben tener en cuenta para la determinación del hecho. Ellas deben considerarse como normas sustantivas, que deben ser observadas en la aplicación de la ley [Bacigalupo].

El que la casación material comprenda normas no penales ha sido aceptado a partir de lo que dispuso el artículo 524.1 del Código Italiano de 1930, que

incluyó en el término tanto aquellas normas que sirven para la aplicación de la ley penal –y principalmente, las que, aun teniendo carácter civil o administrativo, integran normas penales que son en sí mismas incompletas y, por ello, inaplicables sin la integración: "normas penales en blanco"–, como aquellas otras que deben observarse con ocasión de la aplicación de la ley penal –principalmente, a causa de la acumulación fundada en la conexión de la acción civil: las normas del derecho civil que regulan las obligaciones *ex delicto*– [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

La denuncia de este motivo casacional requiere que exista una adecuada correlación entre el precepto procesal que se alegue para amparar este recurso, el precepto sustantivo infringido y el fundamento que se exponga para defenderla tesis que se argumenta, todo lo cual implica además la necesidad de explicitar y fundamentar suficientemente la mencionada correlación.

Por lo demás, en este apartado resulta imprescindible el respeto a tres criterios básicos: **1.** El recurso debe dirigirse contra el fallo, y no contra los fundamentos de derecho; **2.** No debe entremezclarse la aplicación indebida de un precepto sustantivo con la interpretación errónea, pues son cuestiones diversas que precisan de formulación separada; **3.** No cabe plantear cuestiones nuevas no aducidas en segunda instancia, pues de lo contrario se quebrantarían los principios de igualdad, contradicción, lealtad y buena fe [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO], salvo que los presupuestos de la impugnación novedosa consten entre los hechos probados en la sentencia cuestionada, de modo que pueda considerarse que forma parte de la voluntad impugnativa expresada por la parte recurrente (STSE de 30-03-00).

Es de referirse a una posible causa de desestimación aun cuando el motivo invocado tenga fundamento, sustentada en el denominado "principio de pena justificada", en cuya virtud, por falta de practicidad del recurso, aceptándose el error del *iudex a quo* correspondería a final de cuentas la misma pena [LUZÓN]. Esta teoría se deriva de la necesidad que el perjuicio, como presupuesto subjetivo de la impugnación, debe ser inmediato, de donde se ha deducido, además, la teoría de la limitación del perjuicio a la parte dispositiva de la sentencia [LLOBET].

La infracción de ley material se expresa a través de tres supuestos: indebida aplicación, errónea interpretación e inaplicación.

A. La indebida aplicación supone que se han subsumido los hechos que se han estimado probados, dentro del ámbito de una norma inaplicable (Casación civil, Sentencia n.º 1301-96-Lima –errónea o defectuosa calificación jurídica de los hechos–). En este caso se efectúa una falsa adecuación de

los hechos probados a los supuestos contemplados de los hechos probados a los supuestos contemplados por la disposición, en este caso el error recae en la norma aplicable que se escogió [Moreno Rivera].

B. La errónea interpretación importa que el juez da a la norma correctamente elegida un sentido equivocado, haciéndole producir consecuencias que no resultan de su contenido. Es, por tanto, el error del contenido o sentido de la norma en virtud del desconocimiento de los principios de interpretación de las normas (Casación Civil, Sentencias n.° 165-2000/Lima y 272-95/Ayacucho, de 30-12-97). En otras palabras, los procesos de selección y adecuación que se aplica al caso son correctos, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido [Moreno Rivera].

C. La inaplicación de una norma material requiere que los hechos declarados probados guarden relación de identidad con determinados supuestos fácticos de una norma jurídica material, y pese a esta relación de identidad el juez no aplica esta norma sino otra, decidiendo la controversia de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, lesionando el valor justicia (Casación Civil, Sentencia n.° 1232-04/Lima). Se presenta cuando no se emplea la norma que corresponde, debido a una equivocación acerca de su existencia, por ignorancia o desconocimiento del precepto; ello quiere decir, si la desconoce o si la conoce no la aplica [Moreno Rivera].

Cabe insistir, desde este motivo casacional, que el Supremo Tribunal no debe valorar de nuevo y, según su criterio, todo el material probatorio a los efectos de la subsunción normativa planteada. La casación material es un instrumento procesal que permite examinar si a la vista de los hechos –en principio inmodificables– es correcta la apreciación jurídica y solución contenida en la resolución recurrida (STSE de 06-11-08).

7.4.2. Las normas procesales y casación sustantiva

Es de aclarar, sin embargo, que el error *in iudicando in iure* es toda infracción en que incurre el órgano jurisdiccional, referida a las normas jurídicas de aplicación en el fallo, y que estas pueden ser materiales o procesales. Normalmente, como es obvio, el error se comete al interpretar o aplicar equivocadamente al supuesto controvertido una norma jurídica sustantiva de naturaleza ordinaria –también puede ser constitucional, que tiene un motivo propio de acceso–, pero aunque

resulte menos frecuente incluso las normas procesales pueden resultar infringidas al interpretarlas y aplicarlas en la resolución del conflicto, por lo que debe entenderse que también, en tales casos, resulta admisible la interposición de este motivo de casación [GIMENO].

El punto es que, en primer término, existen normas procesales reguladoras de la sentencia que disciplinan los requisitos de forma, los del objeto al que ha de referirse el pronunciamiento –límites de la potestad de resolver–, el número de jueces para la adopción de la resolución; y, en segundo, normas procesales aplicables en el momento del enjuiciamiento que influyen en el propio sentido –condenatorio o absolutorio– del pronunciamiento sobre la pretensión punitiva, del mismo modo que las normas de derecho material. En estos casos, por una parte, no bastará con anular la decisión impugnada y retrotraer las actuaciones, sino que la estimación del recurso ha de implicar la modificación del contenido de la resolución. De otro lado, esta clase de normas procesales son aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso [ORTELLS].

7.5. Casación jurisprudencial: Infracción de doctrina jurisprudencial

El artículo 433.3 CPP autoriza a la Corte Suprema establecer precedentes vinculantes, en igual sentido hace lo propio, en materia constitucional, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional – también lo hacen, en temas de derecho ordinario, los artículos 22, 80.4 y 116 LOPJ, y el artículo 392-A del CPC con la reciente reforma de la Ley n.° 29364, de 28-05-09–. Cuando se interpreta un instituto jurídico, material o procesal, y se declara su obligatoriedad, este debe ser acatado por todos los jueces. En consecuencia, si existe tal precedente y sus alcances han sido inobservados o erróneamente aplicados, basta referirse a ese motivo para sustentar el recurso de casación. En este caso, el recurso es admisible cuando exista una contradicción de la sentencia con la jurisprudencia vinculante [NIEVA].

8. Casación y condena del absuelto en segunda instancia

La sentencia Mohamed vs. Argentina estableció, como ya se precisó, que lo importante en la condena del absuelto en segunda instancia es que un recurso ulterior garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. Las formalidades para el recurso deben ser mínimas y no un obstáculo para que el recurso cumpla con el fin de examinar y revolver los agravios. Además, debe ser eficaz, esto es, un medio de control adecuado para procurar la corrección de

una condena errónea. En este sentido, no cuestiona que se condene en segunda instancia al absuelto, pero para ello se tiene que cumplir, a nuestro juicio, con las siguientes exigencias:

A. Los Estados deben conservar la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión (STEDH, de 30-05-00 y STCE n.° 70/2002, de 3 de abril).

B. La casación penal permite, a través de una correcta interpretación, que este recurso cumpla con las exigencias de revisión tanto de la declaración de culpabilidad cuanto de la pena por un Tribunal Superior derivadas del artículo 14.5 del Pacto. De una lectura del referido artículo se desprende claramente que no se establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal Superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito en la ley. La doble instancia que se proclama, según entiende la CIDH, es pues el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias.

C. El recurso de casación debe cumplir las exigencias del PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal Superior, tal como ha establecido la CIDH; y, por tanto, el cumplimiento de la garantía constitucional a un doble grado implícita en el derecho al debido proceso. En efecto, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 del PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición integra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Interpretación que es perfectamente posible de conformidad con el artículo del pacto y conforme a la efectuada por el (STEDH de 1302-01 y STSE n.° 237/2014, de 25 de marzo).

Es de precisar que la casación penal no constituye una tercera instancia o una segunda apelación revisionista del proceso, por lo tanto, solo se encuentra autorizada la revisión del error *in iudicando in iure*, es decir, el juicio jurídico. En suma, la casación es un recurso que por su propia naturaleza está limitado y en donde la cuestión de hecho se encuentra procesalmente excluida del objeto de casación (en Parte: STCE 124/2008, de 20 de octubre). Esta afirmación –que niega en lo absoluto el control de los hechos en sede casacional–, actualmente no puede ser sostenida, a partir –entre otros– del precedente Casal (Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 20-09-05), en que la Corte Suprema de ese país estimó el derecho al recurso o la garantía de la doble instancia y casó el caso, bajo los siguientes fundamentos: **i)** La casación seguía una postura restrictiva basada en concepciones históricas y tradicionales sobre el rol de un tribunal de casación que era la unificación de las leyes penales y procesales. En este sentido se plantea, por imperiosa necesidad, una interpretación progresiva y actual, más aún si se tiene en cuenta que la casación penal corresponde a un modelo procesal penal europeo, que desde una perspectiva histórica tenía un contexto distinto y era necesario compatibilizar con la Constitución y la Convención Americana (artículo 8.2h). **ii)** La Corte Suprema admite, correctamente, una interpretación progresiva y exegética, a partir de lo cual estima que en su recurso extraordinario no es un recurso apto para garantizar el derecho al recurso del condenado, tanto más si dicho recurso solo habilita la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único y preponderante de unificar la interpretación de la Ley. Interpretación que, tal como se describe a los fines de un proceso penal en curso, vulnera lo dispuesto en los instrumentos internaciones con vigencia interna. **iii)** El texto del artículo 456.7 del Código Procesal de la Nación no impedía una interpretación más amplia de la usual (de carácter restringida). Por tanto, se debe considerar razonablemente que si en una sentencia no se valoran las pruebas conforme a las reglas de sana crítica –ilogicidad de la sentencia– o se aplique erróneamente en la fundamentación de la sentencia, es razonable señalar que es motivo del recurso de casación. **iv)** La teoría alemana de la *Leistungsfàhigkeit*, significa que el Tribunal de Casación debe realizar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, es decir, por emplear todos los medios para revisar de lo que sea posible examinar. El único límite de lo no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación.

La jurisprudencia española, por su lado, ha señalado que en todo lo relacionado con las pruebas practicadas y su valoración, el recurso de casación tiene la función de declarar la correcta aplicación de la ley y solo puede tener por objeto:

a) problemas de interpretación de la ley; b) problemas de subsunción del hecho; c) problemas de determinación del hecho que no requieran una repetición de la prueba bajo la aplicación de los principios de oralidad e inmediación. Las cuestiones de hecho solo pueden objetarse en casación a) que el Tribunal de instancia en su razonamiento ha infringido las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, o ha desconocido los conocimientos científicos; y, b) exponiendo de qué manera el razonamiento infringe o se aparta de lo antedicho [López Barja De Quiroga].

Lo expuesto permite afirmar que la casación penal, así entendida, cumple con las exigencias del derecho al recurrir el fallo condenatorio de segunda instancia que revocó el absolutorio de la primera instancia, ya que instituye un recurso efectivo, eficiente y adecuado que garantiza la doble conformidad, siempre y cuando se invoque para su admisibilidad y procedencia, a partir del Caso Mohamed, la casación excepcional (artículo 427.4 del CPP), y las únicas causales que se puede demandar es si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías, así como con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación (artículo 429.1 y 4 del CPP). En este sentido, conforme se indicó en los párrafos precedentes, por el interés público que prima en el proceso penal, es posible reconocer algunas excepciones al límite de la casación, tales como cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan causar indefensión, o de normas materiales cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas en el trámite casacional. En este caso, corresponde aceptar una casación amplia en donde, incluso, el Tribunal Supremo revise la Sentencia de vista y conozca los hechos según la perspectiva ya trazada. Ello es perfectamente permisible por imperio de la vulneración de precepto constitucional: Garantía de presunción de inocencia, garantía de tutela jurisdiccional y control de logicidad.

Es de precisar que, si se desea alegar la revisión del error y este no se encuentran dentro del listado de motivos, basta con alegar o bien una infracción a la tutela jurisdiccional, que incluye todas las infracciones relevantes. Lo mismo sucede con relación a cuestiones probatorias. En principio, están excluidas de casación; ergo, si se alega la vulneración de la garantía de presunción de inocencia se fuerza al Tribunal de casación a revisar la hipótesis fáctica de la sentencia impugnada, en el que evaluará si la prueba practicada constituye suficiente sustento para esa hipótesis, lo que implica un examen de la prueba actuada [Nieva].

El único límite, esto es, lo no revisable –como se anotó oportunamente con los pertinentes reparos– es aquel dato que surgió única y directamente de la

inmediación. Principio que es acogido a partir de una sentencia del TCE que situó a la inmediación en el núcleo de las garantías exigibles en segunda instancia (STCE 167/2002), lo que llevó a construir su doctrina a partir de la enumeración de distintos supuestos excluidos del ámbito de aplicación, en nuestro caso del recurso de casación, en función a la necesidad de la inmediación para poder proceder a la revisión de los hechos [ALCÁCER].

El principio de inmediación opera radicalmente como límite y determina el objeto de casación: todo lo que requiere valoración directa del juez está excluido de la casación, esto es, por revisión de hechos se entiende únicamente la evaluación sostenida a partir de la percepción directa y personal de los medios de prueba por parte el Órgano Jurisdiccional [BACIGALUPO]. En efecto, la casación penal debe entenderse como un recurso que habilita una revisión amplia de la Sentencia de vista, esto es, el Tribunal Supremo lo revisará en toda su extensividad que sea posible, conforme a las posibilidades y de acuerdo a cada caso concreto, y considerar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas [CAFFERATA]. La casación penal debe interpretarse permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida a través del amplio conocimiento de la causa. El único límite será aquello que surja de manera directa y excluyente de la inmediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada [Caso Casal, Voto de la DRA. HIGHTON DE NOLASCO]. El control de la estructura racional de la prueba se encuentra en función a comprobar la motivación de la sentencia que se configura como el principal elemento de la sentencia de instancia y a través de ella el tribunal de casación va a comprobar la lógica y la acomodación a las reglas de la ciencia y de la experiencia de una convicción plasmada en una sentencia penal. Es la garantía que tiene toda persona ante el ejercicio arbitrario que pueda emitir el órgano jurisdiccional. El juez es libre de un sistema de prueba legal pero no de una valoración racional de la prueba, esto es, tiene que motivar. Esta concepción de lo que supone el control casacional de la presunción de inocencia es un avance que obliga a señalar la ruptura del dogma que existe en que solo el tribunal de instancia puede valorar la prueba, función que ahora, conforme a lo expuesto, corresponde al Tribunal Supremo con la excepción antes señalada: inmediación [MARTÍNEZ].

La casación penal está facultada, por ende, para la revisión de la prueba que sustenta la condena, a excepción de lo que no puede revisar por carecer del principio de inmediación [ALCÁCER].

En cuanto a la tutela jurisdiccional, esta requiere una efectiva lesión del derecho de defensa, lo cual debe ser causante de indefensión. Este aspecto tiene

mayor importancia cuando la sentencia es condenatoria que cuando es absolutoria, toda vez que en el primer caso el derecho a la tutela se ve reforzado por el derecho a la presunción de inocencia [Martínez]. El derecho a recurrir en segunda instancia cuando esta fuera revocatoria de absolución tiene como finalidad una mayor protección de los derechos e intereses del imputado –más aún si estamos ante una sentencia condenatoria–. En consecuencia, cualquier límite a la revisión en segunda instancia de una sentencia condenatoria –sin caer en el *novum iudicium*– implica una restricción no justificable a la tutela jurisdiccional [Nieva].

En síntesis, se debe descartar el análisis formal en la evaluación de los motivos de la casación. La concepción construida a partir del caso Casal y de últimas jurisprudencias españolas, obliga a nuestro sistema a revisar el concepto estricto de casación, para que cumpla con los estándares internacionales.

La casación nacional, lamentablemente, no ha seguido el criterio esbozado líneas arriba. Si bien reconoció que la Sala Penal Superior está autorizada a condenar a un absuelto en primera instancia, empero estimó que contra ese fallo se necesita de un nuevo recurso de apelación –¡una segunda apelación!–, pues entiende que existe un derecho de todo imputado de recurrir contra la sentencia que lo condena, para lo cual cita el tantas veces mencionado artículo 14.5 del PIDCP. Frente a esa omisión del legislador del CPP, y mientras no se implementen Salas Revisoras en todos los distritos judiciales, será del caso anular la sentencia de primera instancia incluso en busca del denominado "doble conforme". Así resolvió en las Casaciones n.º 385-2013/San Martín, de 05-05-15, y 194-2014/Áncash, de 27-05-15.

Tal tesitura es errónea, pues no solo da lugar a instaurar otros tribunales, esta vez de segunda apelación, incluso en la Corte Suprema para aforados, sino que entiende inadecuadamente los alcances del artículo 14.5 del PIDCP pues esa norma solo reconoce el derecho de impugnación al imputado condenado, mientras que nuestra Constitución es más amplia, pues admite el recurso tanto acusatorio como defensivo, con lo que respeta con más fuerza el principio institucional de igualdad ante la Ley. Si la amplitud del recurso es dejada a cada derecho interno y solo impone que se pueda revisar la declaración de culpabilidad y la medición de la sanción penal, cumplido ese baremo no es posible cuestionamiento alguno en clave convencional, como lo ha venido sosteniendo el TEDH.

Cabe enfatizar, de otro lado, que aun cuando se reconozca la necesidad de un tercer recurso en caso de condena del absuelto en segunda instancia, la casación nacional, con la amplitud que la caracteriza, cumple acabadamente con el estándar exigido por el PIDCP. Liberado, por decisión judicial convencional,

el recurso de casación de las limitaciones para acceso –precisamente por lo dispuesto por las SSCIDH Herrera Ulloa y Mohamed–, a partir de la invocación de los motivos de debida motivación, ilogicidad de motivación y presunción de inocencia, el Tribunal Supremo puede analizar la corrección del juicio de condena –tanto en lo que se refiere a la interpretación de los medios de prueba actuados, legitimidad de la obtención de las fuentes de prueba y legalidad de su actuación, como en la correcta aplicación de las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia–; y, asimismo, con el motivo de infracción de la ley material, la Sala de Casación puede examinar si la sanción penal impuesta cumple con los requisitos de proporcionalidad y legalidad.

En síntesis, por lo ya expuesto, se debe destacar el análisis formal en la evaluación de los motivos de casación. La concepción construida en la Argentina, a partir del precedente Casal, y lo que desde hace buen tiempo viene desarrollándose en España con los fallos ya citados, obliga a los juristas nacionales y a la Corte Suprema a desechar el concepto estricto de Casación, para que cumpla con los estándares internacionales.

9. El principio de inmediación y control casacional

El artículo 425.2, oración final, del CPP estatuye: "*La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia*". Esta es una regla de limitación en el derecho probatorio penal, respecto de la valoración de la prueba personal, en relación al Juez de Revisión. Como tal, su inobservancia puede ser denunciada y censurada en casación a través del inciso 4) del artículo 429 o del inciso 1) –debido proceso– del mismo artículo.

Se parte de un dato clave. La inmediación judicial (presencia del juez en la práctica de la prueba) favorece a la naturaleza cognoscitiva del proceso. Optimiza el rendimiento de la prueba en el esclarecimiento de la verdad, y coloca al juez en mejores condiciones para apreciar la prueba –aunque solo en algunos aspectos, no todos, de la interpretación y valoración de la prueba–. Es evidente que la premisa mayor viene integrada por una máxima de experiencia referida normalmente, en el juicio de interpretación, al uso del lenguaje, y, en el juicio de valoración, a la fiabilidad de las fuentes de prueba; mientras que la premisa menor viene integrada por un enunciado relacionado con el caso que puede ser subsumido en la referida norma probabilística.

Sin embargo, la elección por el juez de la máxima de la experiencia que ha de figurar en la premisa mayor y el paso lógico que conduce de las premisas a la conclusión constituyen actividades mentales ajenas a la inmediación judicial y, por tanto, perfectamente controlables en casación. Además, cuando la premisa menor del silogismo probatorio no está conformada por una constatación (resultado de una percepción judicial: tono de voz, gestos o balbuceos), sino por una hipótesis (hecho del paso obtenido a partir de otros enunciados a través de una inferencia de tipo inductivo: edad del testigo, grado de parentesco en el acusado, contradicción o coincidencia de su declaración con la presentada en el sumario, etc.), el control debe ser pleno y extenderse también a ella al estar al alcance de la Sala de Casación todos aquellos elementos que pudieron servir racionalmente al tribunal sentenciador para apreciar la prueba practicada [Vecina].

10. Tramitación

10.1. Aspecto básico

El procedimiento casatorio aparece estructurado en torno a tres grandes fases: interposición, sustanciación y decisión.

10.2. Fase de interposición

Consta de tres pasos: acto de interposición, calificación y elevación.

10.2.1. Acto de interposición

Presenta tres notas: el recurso puede interponerse por escrito y en el plazo de 10 días (artículos 405.1b y 414.1a CPP). También puede interponerse oralmente en la audiencia (artículos 401.1, 405.1 b y 425.6 CPP), oportunidad en que asimismo es posible que se reserve el derecho de impugnar el fallo de segunda instancia. Cuando se recurre oralmente, la formalización puede realizarse en acto aparte, siempre por escrito, en un plazo de diez días por imperio del artículo 414.1a CPP; como se trata de un plazo más lato se impone al de cinco días fijado en el artículo 405.2 CPP, que lo condiciona a "disposición distinta de la Ley".

Las formalidades son las generales de todo recurso impugnatorio, previstas en el artículo 405 CPP. En lo específico, el artículo 430.1 CPP incide en la necesidad de la autosuficiencia del recurso de casación, a cuyo efecto estatuye que se debe: **1.** Precisar separadamente cada causal invocada; **2.** Citar concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados; **3.** Indicar

el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión; **4.** Expresar específicamente cuál es la aplicación que pretende. Cualquier omisión, en tanto se cumplan los presupuestos del artículo 405 CPP, puede ser subsanada dentro del plazo judicial que fije el Tribunal.

Rige, por consiguiente, el principio de unidad de alegaciones, en cuya virtud se debe invocar con precisión el motivo de casación. El planteamiento de la pretensión casacional exige una exposición razonada de la argumentación correspondiente en el escrito de interposición o de formalización en su caso. Sin embargo, si se apreciare una falta de mención específica a un motivo que puede derivarse de la argumentación propuesta, para evitar caer en desproporción entre el aludido principio y la sanción de inadmisión, es posible –según los casos– disponer que el recurrente subsane la omisión o entender, derivado de su texto, que un motivo concreto ha sido invocado y tratarlo como tal [CONDE PUMPIDO].

10.2.2. Acto de calificación

La calificación por la Sala Penal Superior, conforme al artículo 430.2 CPP está condicionada al cumplimiento de dos tipos de presupuestos: **1.** Los fijados en el artículo 405 CPP: legitimación para recurrir, gravamen, plazo, modo, lugar, objeto impugnable (artículo 404.1 CPP), y motivación genérica (precisión de los puntos objetados, motivación del recurso y pretensión impugnativa); **2.** Invocación de los motivos previstos por la ley: artículo 429 CPP. Cuando se invoque el apdo. 4 del artículo 427 CPP debe incorporarse una motivación adicional: razones que justifiquen el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. El *iudex a quo* no se convierte en juez de su propio fallo, solo participa en la habilitación de la instancia superior en la medida que el propio Código así lo establece (Casación Argentina, n.° 1032, de 08-08-96).

A efectos del juicio de admisibilidad la Sala Penal de nuestra Corte Suprema aceptó la teoría de la "voluntad impugnativa", en cuya virtud es posible conocer cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se en entiendan comprendidas tácitamente en la impugnación formulada. Esta concepción permite reconducir el motivo de casación y no hace falta reseña expresa del motivo aludido, en tanto la casación vela también por la tutela jurisdiccional. Rige, entonces, el principio *iura novit curia*, reencausamiento que se hace a condición de que el agravio se encuentre clara y suficientemente expuesto (Casación Argentina n.° 3295, de 18-04-01)

Dictado el auto que concede el recurso de casación por la Sala Penal Superior, el concesorio se notificará a todas las partes y se las emplazará que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema, emplazamiento que las instruirá, además, para que fijen domicilio procesal en el radio urbano de la propia Corte Suprema, que tiene un ámbito territorial específico (Resolución Administrativa n.° 101-2011-CE-PJ, de 12-12-11).

Hasta antes que el expediente se eleve al Supremo Tribunal, las "copartes" podrán adherirse al recurso de casación interpuesto, cumpliendo con las formalidades correspondientes: artículo 404.4 CPP. Esa adhesión tiene un trámite de calificación similar al recurso principal. Por otro lado, es de enfatizar que no se puede convertir la adhesión en un recurso principal, como una oportunidad que se le ofrece al apelado para impugnar la resolución, pero solo en función de que se ha abierto por otra parte procesal el cauce del recurso –él pudo recurrir en tiempo oportuno, pero no lo hizo–, por lo que no puede tener ahora una nueva oportunidad para discutir por entero –deduciendo consecuencias legales diferentes–, y de acuerdo con sus exclusivos intereses, el contenido de la decisión judicial –no puede ensanchar el ámbito impugnativo para añadir nuevos motivos o temas distintos a los planteados por el principal recurrente, aunque puede incluir algunas omisiones de la propia impugnación principal– [Moreno Catena].

El recurrente adhesivo no puede apartarse ni un ápice o maniobrar en contraposición de la pretensión impugnatoria contenida en la impugnación principal. Debe referirse a esta, aun cuando se apoye en motivos diferentes, es decir, solo podría añadir nuevos motivos, nuevos razonamientos, nuevos puntos de vista, pero, siempre con la misma finalidad del recurso principal al que viene a ayudar [López Barja De Quiroga]. En esta línea, por ejemplo, la STSE n.° 996/2001, de 01-06-01, tiene expuesto que adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se producía adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo había caducado.

10.2.3. Acto de elevación

Cumplido el décimo día de la notificación del auto concesorio del recurso de casación –que es el término de espera para que se cumpla con el emplazamiento dispuesto por el Tribunal Superior–, se elevan los actuados a la Corte Suprema.

10.3. Fase de sustanciación

Consta de cuatro pasos: traslado, juicio de admisión, alegatos ampliatorios y audiencia.

10.3.1. Traslado

La primera resolución ordenatoria que dicta la Sala Penal de la Corte Suprema es el traslado a las partes no recurrentes por el plazo de diez días, para que se pronuncien acerca del recurso concedido y los motivos del mismo. Emplazamiento solo se hará efectivo si las partes han fijado domicilio en el radio urbano de la Corte Suprema –solo rige para los distritos judiciales distintos de Lima–; en caso contrario se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones respectivas (artículo 430.5 CPP).

10.3.2. Juicio de admisibilidad

La segunda resolución, vencido el trámite anterior, es decidir –y lo hace de oficio– si el recurso de casación fue bien concedido o no por la Sala Penal Superior. La Sala Penal Suprema tiene amplia potestad para revisar el concesorio dictado por el Tribunal Inferior. Aplicará con toda amplitud el artículo 428 CPP. En esa norma constan supuestos a los que no puede referirse el Tribunal Superior en su calificación (artículo 430.2 CPP): objeto impugnable, interés para recurrir –en función a la posición del impugnante respecto de la resolución de primera instancia–, y los supuestos de inadmisibilidad por economía procesal. El rechazo del recurso puede ser total o parcial, conforme al artículo 428.3 CPP. Esta segunda resolución se expide sin trámite previo: no requiere vista de la causa, ni se aceptan por consiguiente informes orales.

10.3.3. Alegatos ampliatorios

En caso de declarar bien concedido el recurso de casación, en esa misma resolución se instruirá a las partes –a todas ellas– para que, dentro del plazo de diez días, presenten alegatos ampliatorios. Se entiende por alegatos ampliatorios, la incorporación de argumentos –razones de impugnación complementarias de las expuestas en los motivos principales– que deben referirse a los extremos o puntos impugnados en los motivos de la casación interpuesta y admitida; se entiende por motivos, el vicio acusado, con indicación de las normas violadas –que es a lo que la Sala Penal de la Corte Suprema está vinculada–, en tanto

que el fundamento del recurso –que se explicita a través de la formalización–es la interpretación o argumento del recurrente para persuadir al Tribunal de Casación sobre su tesis (Sentencia de Casación de Costa Rica, n.° 520-99, de 22-11-99). No cabe que se introduzcan nuevos agravios una vez vencido el término legal (Casación Argentina, Sentencia n.° 429, de 17-05-95). Se pueden ampliar los fundamentos de los motivos –completados, ampliados y, aún, reemplazados por otros, pero no alterarlos-, no los motivos mismos; una cosa es la ampliación de fundamentos y otra la de motivos (Sentencia de Casación Argentina, n.° 2417, de 16-09-99. Sentencia Casación de Costa Rica, n.° 79-98, de 30-01-98). Las nuevas razones, criterios, argumentos o apreciaciones legales, jurisprudenciales o doctrinales deben apoyar los motivos ya introducidos definitivamente con el acto impugnativo producido ante el *iudex a quo*, y circunscriptos a los puntos de la decisión a los cuales se refirieron los agravios en aquella oportunidad procesal; por ejemplo, si se alegó motivación contradictoria, no puede ampliarse alegando nulidad del acta del debate, o si se atacó la reparación civil no puede ampliarse el recurso al extremo penal [Clariá].

Las características definitorias de los motivos del recurso de casación son su esencialidad –como requisito de admisibilidad–, única oportunidad –se proponen cuando se formaliza el recurso de casación- y efecto limitador de la competencia. Por su parte, las características esenciales de los fundamentos son las siguientes: esencialidad –como requisito de admisibilidad–, dependencia –con respecto a los motivos–, congruencia –con los motivos correspondientes–, doble oportunidad –pueden agregarse, precisamente en este momento, nuevos fundamentos, y efecto no delimitador de la competencia: puede acogerse un motivo con otros fundamentos– [Llobet].

10.3.4. Citación a la audiencia de casación

Vencido el plazo del trámite de alegatos ampliatorios se emite un decreto de señalamiento de día y hora para la audiencia de casación, que se notificará a todas las partes personadas. La audiencia se instala con las partes que asistan –no hace falta trámite de declaración de ausencia o contumacia–. La falta de asistencia del recurrente –fiscal o abogado de la parte impugnante– determina la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación.

Instalada la audiencia, dedicada a los alegatos orales, que es el paso de discusión. Primero expone el abogado de la parte recurrente; si existen varios recurrentes, lo harán el fiscal, actor civil, tercero civil y defensa del imputado. A

continuación, informar los abogados de las partes recurridas. Finalmente, si asiste el acusado, hablará en último término. Esa lógica del desarrollo de la audiencia de casación, sin ofrecimiento previo ni actuación de pruebas, se explica porque la Corte Suprema está vinculada a las comprobaciones fácticas del Tribunal Inferior y por la evidente naturaleza de los motivos que pueden ser invocados: de derecho. En otros Códigos, como el de Costa Rica, artículo 449, por ejemplo, se permite ofrecer y actuar pruebas para determinar el quebranto a la ley procesal o demostrar un vicio procesal.

10.4. Fase de decisión

Consta de tres pasos: deliberación, audiencia de lectura de la sentencia de casación y la sentencia casatoria propiamente dicha.

10.4.1. Deliberación

Las reglas de la deliberación son, a final de cuentas, las previstas para el juicio de primera instancia. La deliberación se realiza en sesión secreta. No podrá extenderse más de veinte días; pero, como no se actúan pruebas, se trata de un plazo impropio; el exceso del plazo no determina la repetición de la audiencia. Emitidos los votos, para que exista resolución se requieren cuatro votos conformes en todo; en consecuencia, de no lograrse se procede al trámite de discordia (artículos 141 y 144 LOPJ). La deliberación se circunscribe al campo delimitado por los motivos, excepción hecha de las cuestiones de derecho que deban ser denunciadas y decididas aún de oficio (artículo 409.1 CPP).

10.4.2. Audiencia de lectura de sentencia

Anunciada la conclusión de la votación, la sentencia se pronuncia siempre en audiencia pública, a cuyo efecto se expedirá la resolución de citación respectiva. La audiencia se realizará con las partes que asistan. No es posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.

10.4.3. Sentencia casatoria

Puede ser estimatoria o desestimatoria. La sentencia de rechazo implica siempre un examen y una deliberación acerca del contenido (motivos), esto es, respecto del mérito del recurso, una declaración de infundabilidad de los motivos aducidos en el recurso.

Cuando el recurso de casación se sustenta, simultáneamente, en infracción de la ley material y contravención de la ley procesal, los fundamentos en que se apoya deben ser objeto de verificación siguiendo un orden de prioridad, esto es, examinando primero lo relativo a las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, de modo que en caso de comprobarse dichas violaciones se invalida el fallo, haciendo abstención del análisis sobre la ley material, conforme al artículo 396.2 CPC (Casación Civil, Sentencia n.° 148-94/Lima).

A veces puede dictarse una sentencia de rectificación (artículo 432.3 CPP). Se dicta cuando la decisión impugnada resulta viciada por errores no esenciales que puedan ser prontamente corregidos sin ninguna previa indagación de hecho, de suerte que la Corte no se pronuncia por su anulación, sino que se limita a disponer la necesaria rectificación, siempre dentro de los límites de la impugnación. La rectificación puede ocurrir en la hipótesis de motivación jurídicamente errónea en ámbitos no decisivos o determinantes de la decisión, en la hipótesis de errónea indicación de textos de ley –no es que no se aplicó una norma que debió aplicarse–, en la hipótesis de error en la especie o cantidad de la pena –error de denominación o de cómputo–, o en la aplicación de nuevas disposiciones de ley más favorables al imputado –en tanto no sea necesarias nuevas comprobaciones de hecho– [Manzini].

La sentencia estimatoria o de anulación se emite cuando la Corte considere fundado y acoja alguno de los motivos propuestos con el recurso. Puede ser con o sin reenvío: la anulación total o parcial se puede disponer pura y simplemente, esto es, sin reenvío, o también con reenvío a nuevo juicio de mérito o para otra nueva providencia. Una vez que se declara fundado el recurso de casación, que importa la anulación de la resolución recurrida, se decide si se procede al reenvío o no. Para ello, como se ha dejado expuesto, se tiene en cuenta si es necesario o no un nuevo debate; "si existen elementos de juicio suficientes para que el Tribunal de casación esté en condiciones de asumir sin dificultad esa operación, más aún si las partes han tenido cabal derecho de audiencia durante el trámite casatorio" (Casación Argentina, Sentencia n.° 1933, de 08-10-98).

Cabe puntualizar que la nulidad de la sentencia no debe necesariamente ser total. Por razones elementales de economía procesal y el principio del interés jurídico como requisito para la procedencia de las sanciones procesales, la medida de su nulidad debe estar dada por el agravio y se la debe anular parcialmente si el agravio acogido por el tribunal solo afecta parcialmente su legalidad y estabilidad respecto desfondo de la causa. Así, por ejemplo, si la falta de motivación alcanza a la pena impuesta, pero la fundamentación carece de vicios respecto a la prueba

de los hechos imputados, la responsabilidad del imputado o bien la calificación de los hechos, en cuyo caso corresponde remitir la causa al órgano jurisdiccional competente solo para que, en nuevo debate, proceda a establecer la pena aplicable; en igual sentido debe alcanzar la nulidad cuando el vicio se concreta al daño material [DE LA RÚA].

La casación sin reenvío importa que se dicte sentencia sobre el fondo: fallo reemplazante (por ejemplo: el hecho es atípico, extinción de la acción penal, la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, delito de conocimiento del tribunal militar, vulneración del *ne bis in idem*). El efecto de una sentencia sin reenvío, si se anula una sentencia de condena penal, la sentencia de casación importa la liberación del imputado, así como el cese de las demás medidas de coerción (artículo 435 CPP).

La casación con reenvío se ordena cuando, casada en todo o en parte la decisión impugnada, es necesario proceder a un nuevo examen del hecho o dar en otra forma una providencia que implica apreciaciones de hecho: el Supremo Tribunal no tiene capacidad para alterar los hechos objeto de pronunciamiento por el Tribunal de II Instancia. En la sentencia se indicará el acto procesal que debe renovarse y el Tribunal de Instancia que lo hará (un caso en que procede, por ejemplo, es el de incompetencia objetiva del tribunal de mérito). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia Arnasson vs. Islandia, de 15-07-03, precisó que no cabe una sentencia condenatoria impuesta directamente por la Corte Suprema –se entiende, bajo la técnica de casación sin reenvío– cuando se trata de cuestiones de naturaleza fácticas a partir de la valoración de prueba personal, pues para ello se necesita escuchar al imputado y algunos testigos, una apreciación directa de sus declaraciones; no puede elaborarse un hecho probado sin que previamente exista una audiencia oral [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA].

El juez de reenvío ha de ajustarse a la sentencia de casación en lo que concierne a toda cuestión de derecho con ella decidida: es un caso de preclusión. El juicio de reenvío, en puridad, es una fase autónoma de la relación procesal que tiene por objeto la sustitución de una nueva disposición a la casada por el juez de apelación, por parte de un juez distinto, pero del mismo grado –es una fase vinculada al juicio de casación del cual toma vida y recibe también los límites [LEONE]–. La sentencia casatoria tiene eficacia vinculante al nuevo juez, puesto que la Corte Suprema tiene una función de máxima reguladora de la aplicación del derecho –con esta vinculación obligatoria se logra la unidad de la jurisprudencia–; este debe juzgar sobre la huella y los rieles, de hecho y de derecho, indicados por la casación (Casación Italiana, Sentencia de 16-12-47); solo puede juzgar sobre

los puntos que fueron objeto de la anulación y sobre los que estén, con los puntos anulados, en relación de conexión o de derivación (Casación Italiana, Sentencia de 23-01-52).

Como el juicio de reenvío no es un nuevo juicio de primera o de segunda instancia, sino más bien una fase que se vincula a la sentencia de anulación, no cabe la reforma peyorativa (aplicación supletoria del artículo 426.2 CPP). La sentencia pronunciada en el juicio de reenvío solo puede ser impugnada por motivos que no se refieran a los puntos ya decididos por la Corte de Casación o bien por inobservancia de la regla de tener que ajustarse a la sentencia de casación en los puntos ya decididos. En todo caso, el tribunal de casación está también, a su vez, vinculado por la decisión anterior; a ello se califica 'autovinculación del tribunal de casación' [Roxin, BGHSt 33, 356].

11. Sentencia vinculante

Se puede definir la jurisprudencia como el conjunto de fallos del único y supremo órgano jurisdiccional. Las líneas jurisprudenciales son los fallos repetidos, uniformes, constantes. Si la misión de la Corte Suprema es la uniformidad de las decisiones jurisprudenciales y su función, es precisamente, ser el órgano unificador que garantiza el principio de seguridad jurídica [López Barja De Quiroga], es evidente que en aras de garantizar la igualdad y la seguridad jurídicas, sus fallos, en determinados supuestos y bajo específicas características, deben tener efectos vinculantes. Es decir, sus pautas hermenéuticas, al desarrollar una concreta institución jurídica y fijar lineamientos para su debida interpretación y aplicación, deben ser seguidas, obligatoriamente, por todos los jueces del país.

La existencia de precedentes vinculantes no vulnera la alegada independencia de los jueces, puesto que este es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios [Valverde Gonzáles]. Por lo demás, es de destacar dos razones fundamentales para su aceptación: 1. La ley solo es cognoscible mediante su interpretación, el juez está vinculado a una ley cuyo texto debe ser necesariamente interpretado, y la seguridad jurídica exige que algún órgano judicial establezca cuál interpretación de las que permite el ordenamiento es la que debe prevalecer. 2. La vinculación del juez a la Ley no es un derecho individual de los jueces, sino una condición institucional para garantizar su independencia; es una garantía para el ciudadano de que sus pretensiones serán juzgadas por un tribunal imparcial, por lo que la independencia de los jueces

no puede justificar la inseguridad jurídica de los ciudadanos [BACIGALUPO]. La dispersión o imprevisibilidad de las sentencias no es compatible con el principio de igualdad ante la ley.

Los efectos generales de la sentencia vinculante es lo que, finalmente, ha reconocido el artículo 433.3 CPP. La Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión –importancia del tema tratado–, podrá decidir "que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema [...]".

La sentencia casatoria vinculante se adopta por mayoría absoluta –la decisión de ser vinculante: más de tres jueces deben acordarlo–, y debe publicarse en el diario oficial *El Peruano*. El criterio jurisprudencial adoptado rige, incluso horizontalmente, hasta que sea expresamente modificado.

Otra modalidad de sentencia vinculante es la sentencia plenaria. Intervienen en ella el Pleno de los Jueces de lo Penal de la Corte Suprema. Su convocatoria tiene dos vías:

A. Cuando interviene otra Sala Penal Suprema o cuando cambia la conformación de la Sala originaria, y sus jueces integrantes lo consideran conveniente, ante las discrepancias que guardan con una sentencia vinculante precedente. Su finalidad es modificar la sentencia vinculante y emitir otra en su reemplazo, de ahí el mayor número de jueces necesarios; y, se adopta por mayoría absoluta. El trámite de su emisión es simplificado: no se requiere la intervención de las partes –el grado de casación ya se absolvió en el momento oportuno–, ni la decisión que se dicte afectará la resolución dictada por la Sala competente en el caso que motivó la convocatoria al Pleno. La sentencia plenaria, igualmente, se publica en el diario oficial.

B. Cuando lo solicite la Fiscalía o la Defensoría del Pueblo, ante sentencias casatorias discrepantes. También una de las Salas Penales puede instar la convocatoria del Pleno de los jueces de lo penal. No se requiere una previa sentencia vinculante, tiene una evidente función unificadora. El pedido origina el trámite respectivo: se dispone anunciar el punto que la motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación de la Fiscalía o de la Defensoría. A continuación, se deliberará y se dictará la sentencia plenaria correspondiente, aceptando o no la solicitud de una Sala, de la Fiscalía o de la Defensoría del Pueblo.

12. Sentencia de casación y condena del absuelto. Adiciones

12.1 Aspectos generales

El recurso de casación nacional, como ya se enfatizó, fue una opción del legislador constituyente, no del legislador ordinario. Lo implantó para el conocimiento exclusivo y excluyente de la Corte Suprema de Justicia de la República (artículo 141 Constitucional). Por consiguiente, podemos decir con Calamandrei, que la casación es un instituto complejo resultado de la combinación de dos elementos recíprocamente complementarios, pues pertenece al derecho orgánico procesal (competencia funcional del Tribunal Supremo) y al derecho funcional procesal (el recurso de casación, desarrollado por el CPP de 2004, de clara influencia italiana).

De otro lado, el sistema de recursos penales tiene como fuente el artículo 139.6 de la Constitución, que reconociendo que se trata de un derecho o, mejor dicho, de un principio de la función jurisdiccional, estipuló –así llanamente–"la pluralidad de la instancia". Ello importó, desde el artículo 14.5 del PIDCP y, con mayor amplitud, conforme al articulo 8.2.h) de la CADH –que no solo se circunscribe al fallo condenatorio–, la universalización del recurso de apelación –propio de nuestro sistema del *civil law*– contra sentencias, absolutorias y condenatorias, así como autos equivalentes, que ponen fin al procedimiento o a la instancia –causan un gravamen irreparable–. Con ello se cumple la exigencia convencional de un recurso efecto contra resoluciones definitivas, que resuelven el objeto procesal.

El sistema procesal penal peruano, desde esta perspectiva, incorporó un sistema de doble instancia, y otorgó al recurso de apelación, sin perjuicio de su función depuradora, una típica función revisora, que se erige en la base del principio de doble grado de jurisdicción –la regla, por tanto, es que el Tribunal de Apelación goza de plenitud de jurisdicción para definir el hecho y el derecho (quaestio facti y quaestio iuris)–. Pero no solo ésta es la concepción del recurso de apelación, sino que además, según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada".

Así las cosas, la Corte Suprema, en el conjunto de sus potestades, según el artículo 427 CPP, solo conoce recursos de casación contra las sentencias de vista –es decir, las dictadas por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia–, y, como regla, contra algunas de ellas en función a la summa poena (objeto penal) y a la *summa casationis* (objeto civil). El recurso de casación, además, no se instituyó

para la tutela del *ius litigatoris* sino predominantemente para la defensa, de interés público, del *ius constitutionis*.

12.2 Recurso de apelación y condena del absuelto

Dadas las características del procedimiento de apelación peruano contra sentencias dictadas por los Juzgados Penales, Unipersonales o Colegiados –influenciadas parcialmente por las reformas españolas, salvo por la última de 2015–, en cuya audiencia de apelación –que en lo pertinente sigue las pautas del juicio oral de primera instancia (artículo 424.1 CPP)–, si el fiscal recurre –cuando se trata de un recurso acusatorio–, es obligatoria la concurrencia de los imputados recurridos, y cuya inasistencia, aun cuando no impide la realización de la audiencia, determina su ulterior conducción coactiva y su declaración de reos contumaces (artículo 423.2 y 4, CPP) –por lo demás, el artículo 139.12 de la Constitución prohibe la condena en ausencia–, es razonable entender, a su vez, que el artículo 425.3,b), CPP autoriza que, ante una sentencia absolutoria de primera instancia, se pueda dictar en la Alzada una sentencia condenatoria. El recurso de apelación, aun cuando predominantemente se afilió al denominado "modelo austriaco" de *revisio priori instantiae*, aceptó algunas características del llamado "modelo alemán" *(novum iudiciurn)*, como (i) la presentación y actuación limitada de pruebas –es decir: pruebas admitidas pero no actuadas, pruebas no admitidas indebidamente en el procedimiento intermedio y pruebas desconocidas en primera instancia *(nova producta y nova reputa)*: hechos nuevos o hechos desconocidos o de nuevo conocimiento–; y, (II) la citación de testigos que ya declararon en el plenario de primera instancia –que la jurisprudencia interpretó que procederá únicamente cuando el interrogatorio realizado adolezca de algún vicio o resulte claramente limitado o insuficiente (artículo 422.5 CPP)–.

Los errores en la interpretación de los preceptos referidos al juicio de apelación y una práctica –una cultura jurídica, en suma– que provenía del anterior procedimiento penal –no actuación de pruebas ni celebración de una audiencia de apelación, y prohibición de la condena del absuelto (artículo 301 del Código de Procedimientos Penales de 1940)– determinó, en un primer momento, que la jurisprudencia considerase inconstitucional el precepto del Código Procesal Penal que permitía esta posibilidad, lo que, asimismo, en un segundo momento, se vio indirectamente reforzado por la asimilación acrítica de una concepción que estimó que es un derecho del condenado el denominado "doble conforme" –necesidad de dos condenas por instancias distintas– afirmada incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias Mohamed contra

Argentina, de 23 de noviembre de 2012; Mendoza y otros vs. Argentina, de 14 de mayo de 2013. Ratifica esta postura un reciente fallo emitido por la Corte IDH en el caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina, de 5 de agosto de 2020.

Desde los años 2018 y 2019, sin embargo, se abrió paso en la Corte Suprema otra línea jurisprudencia], a tono con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vid.: fundacionales sentencias recaídas en los casos Ekbatani contra Suecia de 26-5-1988 y Valbuena Redondo contra España de 13-12-2011) que no solo estimó posible, bajo ciertas condiciones, la condena del absuelto en la instancia anterior, sino que además consideró que el derecho del imputado es a un "doble examen" sobre el objeto procesal –no a dos fallos condenatorios conformes–, concepción que además es la que sigue el Estatuto de la. Corte Penal Internacional y las Reglas de Procedimiento y Prueba del mismo, al regular el recurso de apelación (vid.: artículos 81, 1 y 2 y 83. 1 y 2; y, reglas 150.1 y 153).

Ahora bien, ¿bajo qué condiciones procesales es posible condenar a un absuelto? Obviamente la interpretación de los preceptos procesales debe ser teleológica y sistemática, en tanto en cuanto se insertan en un Código. No porque el artículo 425.3,b) CPP autorice la condena del absuelto, siempre y en todo caso podrá hacerse. La equidad en el proceso, representada por la lógica contradictoria del mismo, y la oralidad e inmediación en la actuación de la prueba, en presencia del imputado, debe presidir la opción hermenéutica.

Recuérdese que nuestro Código Procesal Penal exige la presencia del imputado en la audiencia de apelación; y, en ella se le emplazará para que se pronuncie sobre los hechos objeto de acusación, resaltados por el recurso acusatorio. Igualmente, el Código Procesal Penal estipula que la prueba personal, en especial la testifical, sea renovada en la audiencia de procedimental de inmediación en concordancia con el principio procesal de contradicción y el principio procedimental de inmediación. Es claro, por lo demás, que la segunda actuación de la prueba personal está seria y correctamente limitada en virtud del principio de espontaneidad de la prueba (artículo 425.2 CPP).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a sentar como doctrina que la condena –toda condena en cualesquiera instancia o grado del procedimiento penal– solo podrá fundarse que en una actividad probatoria de cargo examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta la sentencia, en presencia del imputado, tras un debate público en el que se brinde ocasión a la defensa para contradecir la totalidad del acervo probatorio.

Por tanto, cuanto el Tribunal de Apelación ha de conocer cuestiones de hecho (inocencia o culpabilidad del acusado: el juicio histórico), la exigencia de un juicio justo y equitativo, requiere lo siguiente: **1.** Un examen directo y personal del acusado que niega la comisión del hecho punible. **2.** A estos efectos el visionario de la grabación del juicio oral en primera instancia no es suficiente– no capacita al Tribunal a valorar una testifical–. **3.** La reconsideración de hechos apreciados en primera instancia requiere de una nueva audiencia, y esencialmente oír al imputado –o, en todo caso, darle oportunidad efectiva de hacerlo (vid.: SSTEDH Constantinescu contra Rumania de 27-6-2000, y De Vilches Gancedoy y otros contra España de 13-3-2018)–. **4.** Esta exigencia incluso alcanza a la evaluación del tipo subjetivo o a la imputación subjetiva –cuando el recurso busca la modificación de un elemento interno–, que como se sabe se examina desde los hechos acreditados (las intenciones, los elementos internos, no dejar de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente, salvo confesión, por prueba indiciaria), desde que éstos se ubican dentro de la cuestión fáctica (SSTEDH Almenara Álvarez contra España de 25-10-201 1 , y Lacadena Calero contra España de 22-11-2011), S. Tal audiencia es necesaria aun cuando la decisión de la *quaestio facti* se basa en prueba documental, pericial o en una revisión de inferencias sobre el elemento subjetivo (STEDH caso Gómez Olmedo contra España de 29-3-2016). 6. No será del caso una nueva audiencia cuando el *ludex Ad Quem* se limite a cuestiones estrictamente jurídicas (STEDH caso Bazo Gonzales de 16-12-2008) y los hechos declarados en la instancia anterior no se alteren.

12.3 Recurso de casación y condena del absuelto

¿Puede la Corte Suprema, mediante un recurso de casación acusatorio, condenar al absuelto por la Corte Superior? En principio, el TEDH extiende su doctrina ya citada para el conocimiento del recurso de casación (SSTEDH Vilanova Goterris y Llop García contra España, de 27-11-2012; Serrano Contreras contra España, de 20-3-2012; y, Lacadena Calero, de 22-11-2011). Por consiguiente, impide una primera condena en casación, salvo que se trate del motivo de infracción de precepto material y se realice el juicio de subsunción sin alterar los hechos, externos e internos, y sin revalorar la prueba actuada (SSTSE 865/2015, de 14 de enero; 517/2013, de 17 de junio; y, 645/2014, de 6 de octubre). En estas condiciones, está vedado hacerlo cuando se trata de agregar al juicio rescindente el juicio rescisorio en los casos de vicios *in factum*, pues en estos casos importaría rectificar el hecho declarado probado.

Esta limitación es aún más estricta en tanto en cuanto en sede de casación no es posible oír al acusado y actuar pruebas, es decir, realizar una audiencia de pruebas –así lo estipuló, por ejemplo, el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TSE de 19-12-2012–. El recurso de casación penal nacional, igualmente, no tiene esta posibilidad, que sí la tiene el recurso de apelación (vid.: artículo 431. 2 y 3, CPP).

Como el recurso de casación está centrado predominantemente en la *quaestio iuris* –en el análisis de infracciones normativas, y no existe un marco adecuado para un debate contradictorio de los medios de prueba– y en la audiencia solo deben concurrir los letrados con la exclusiva función de exponer oralmente sus puntos de vista jurídicos en función a la pretensión irnpugnatoria objeto de examen, no es posible una nueva valoración de los hechos, reconsiderando la efectuada por la Sala Superior, pues se sitúa más allá de las consideraciones estrictamente de derecho (STEDH Sainz Casla contra España, de 22-10-2013). Desde esta perspectiva es de recordar que el articulo 432.2 del CPP se concentra en los errores jurídicos y parte de la inmutabilidad de los hechos legalmente comprobados y establecidos.

La historia de la casación francesa –su evolución, en suma–, sin embargo, es muy reveladora acerca de la extensión y fines del recurso de casación. Desde inicios del siglo XIX el recurso de casación –que empezó con la transformación del Tribunal de Casación en Corte de Casación y su adscripción al Poder Judicial–, sea inicialmente por vía pretoriana y luego por vía legislativa, fue comprendiendo determinados ámbitos externos de la quaestio ,facti desde el análisis del derecho probatorio y de la exigencia de motivación –que es un requisito de las resoluciones judiciales y tiene notas características perfectamente delineadas, que era del caso seguir pulcramente–. De igual manera, como la sentencia de casación emanaba de un órgano jurisdiccional, fue asumiendo potestades rescisorias, en aras de la garantía de tutela jurisdiccional efectiva y de una respuesta judicial célere definiendo la controversia.

Lo esencial del recurso de casación siempre se ha mantenido: 1) Defensa primordial del *ius constitutionis* desde motivos tasados –carácter extraordinario– para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica. 2) Competencia centrada en el exclusivo examen de temas jurídicos, incluso cuando se trata de la cuestión de hecho, pues éstos están delimitados normativamente, de suerte que desde sus bases jurídicas se examina tal cuestión.

Ahora bien, un motivo de casación es el de inobservancia de precepto Constitucional (artículo 429.1 CPP). Es posible interponer, con probabilidad de éxito, el recurso de casación contra una sentencia de vista absolutoria. En este caso, el recurso acusatorio ha de fundarse en la transgresión de la garantía de tutela jurisdiccional, en su ámbito de derecho a una sentencia fundada en derecho (artículo 139.3 y 5 de la Constitución), que por lo demás tiene un cauce propio, de raíz italiana, en el artículo 429.4 CPP. Si como consecuencia del examen de la sentencia de vista, de su propio tenor, se advierte que **(i)** las inferencias probatorias son arbitrarias o irrazonables, es decir, se alejan del canon constitucional de valoración racional de la prueba, por vulnerar las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; o **(ii)** se omite valorar una prueba trascendental o relevante; o, en cuanto a la traslación o interpretación de un medio de prueba determinante, **(iii)** se le da un alcance que no tiene, importando que la declaración de hechos resulte manifiestamente injustificada o infundada, el Tribunal Supremo deberá estimar o amparar el recurso acusatorio. Emitirá, en este caso, una sentencia rescindente, y ordenará al juez competente dicte nuevo fallo, conforme a lo que determinó (STSE 699/2018, de 8-1-2019). No podrá, como regla, emitir una sentencia rescisoria, condenatoria, porque si lo hace vulneraría las garantías del debido proceso y de defensa procesal (principios procedimientos de publicidad, oralidad e inmediación, así como principio procesal de contradicción).

IV. EL RECURSO DE QUEJA

1. Concepto

Es un recurso residual, instrumental, no suspensivo y de carácter devolutivo de acceso a los demás recursos devolutivos verticales: apelación y casación. Está arbitrado contra aquellos autos del *iudex a quo* que deniegan la admisión de los recursos de apelación y casación (artículo 437 CPP). Su finalidad es, pues, revisora de las resoluciones que niegan el pago a otros recursos –su objeto es el reexamen de la resolución que rechaza un recurso, en especial de apelación y casación (Casación Civil, Sentencia n.° 93-2003)–; no se recurre contra un auto interlocutorio de mérito o sentencia por considerarla gravosa en su fondo o forma, sino contra el agravio que se estima causado por la postura del órgano que la dictó, impidiendo que sea objeto de un auténtico recurso [MONTÓN]. Su interposición no suspende la ejecución de lo resuelto ni paraliza el trámite del principal; la resolución cuestionada mantiene su efecto y puede ejecutarse, aunque la firmeza está a las

resultas de la decisión del superior [Vescovi]. Esto último justifica lo prescrito por el artículo 405 *in fine* CPC, que autoriza a suspender el proceso principal, a pedido de parte y resolución fundamentada e irrecurrible.

Como en los recursos verticales, el juicio inicial acerca de su admisibilidad compete al órgano judicial que dictó la resolución impugnada, la denegación de este debe ser controlado por el órgano competente a conocer del recurso devolutivo, pues de no ser así se cortaría definitivamente la vía recursal, ordinaria o extraordinaria, con seria merma del derecho al recurso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Es un recurso que puede calificarse de un medio de impugnación dirigido a anular el auto que inadmite un recurso devolutivo. Su peculiar función lo constriñe a plantear un nuevo enjuiciamiento de los presupuestos procesales del recurso inicialmente planteado, por lo que el *iudex ad quem* debe analizar si se ha infringido una norma legal al desestimar liminarmente el mencionado recurso; solo posibilita el control por parte del Tribunal Superior sobre la adecuación o no a legalidad de la admisión de un recurso devolutivo. Si es el *iudex ad quem* quien en el análisis de un recurso concedido por el *iudex a quo* declara inadmisible el recurso, no cabe tal recurso (Casación Civil, Queja n.° 198-95), sino el recurso de reposición.

2. Tramitación

2.1. Acto de interposición

El artículo 438 CPP, implícitamente, estipula que el recurso se interpone por escrito: esa es su forma, según la regla general del artículo 405.1b CPP. El escrito debe ser autosuficiente [Moras], es decir, debe "precisar el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada". Del propio acto impugnativo debe surgir una información positiva en lo referente a qué proceso y situación se refiere, con cita de la resolución cuestionada y mención del proceso del que surge –identificación plena de la causa del que deriva–, y por qué razón estima que el rechazo liminar fue erróneo –necesidad de una crítica prolija y circunstanciada de los argumentos expuestos en el auto denegatorio y de los fundamentos jurídicos de su discrepancia [Palacio]–. Además, la pretensión debe enderezarse a la admisión del recurso y que se abra la instancia, sin perjuicio de precisar las fechas en que se notificó la resolución recurrida, se interpuso el recurso y quedó notificada la denegatoria de este, conforme estipula con rigor el artículo 402 *in fine* CPC, aplicable supletoriamente en atención a la similitud

de tramitación del citado recurso instrumental entre el proceso civil y el penal. La omisión de estos requisitos, según la jurisprudencia argentina es insubsanable (Sentencia de la Cámara de Casación Penal, Sala III, de 22-09-93); en igual sentido se ha pronunciado la casación civil nacional (Casación n.° 1449-98/Lima, de 16-10-98).

Al escrito de interposición del recurso de queja de derecho, el impugnante debe acompañar el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación, y la resolución denegatoria. Es imperativo, asimismo, que se adjunte las notificaciones correspondientes, a fin de determinar si se cumplió con el presupuesto formal del plazo –su ausencia, según la casación civil, da lugar a su declaración de inadmisibilidad (Casación n.° 212-95/Lima, de 01-12-95)–. No se trata de copias certificadas, sino de copia simple, obviamente bajo responsabilidad de su autenticidad por el recurrente.

2.2. Plazo y lugar del recurso

Conforme al artículo 414.1c CPP el plazo de interposición del recurso de queja, al margen del recurso devolutivo que lo precede, es de tres días. De otro lado, la sede del recurso es el *iudex ad quem* no el *iudex a quo*; es, pues, un recurso de interposición directa ante el órgano superior en grado –esta es una nota diferencia en relación a los demás recursos, ordinarios y extraordinarios–. Empero, para garantizar el acceso al recurso, en los casos de causas procedentes de distritos judiciales distintos de Lima y el Callao, podrá presentarse al *iudex a quo* para que, en el plazo de dos días hábiles, bajo responsabilidad, eleve el cuaderno formado por el recurrente al Tribunal competente para conocer del recurso de queja (artículo 403, § 2 y 3, CPC; artículo 438.2 CPP). Es inadmisible la presentación extemporánea del indicado recurso (Casación Civil, Queja n.° 212-95).

2.3. Procedimiento y decisión

La tramitación del recurso es simple y no requiere traslado a las demás partes procesales, en especial a las contrapartes. El *iudex ad quem* podrá, en consecuencia, inadmitirlo si carece de algún presupuesto procesal y, en su caso, declararlo fundado o infundado según el mérito que arroje el examen de los fundamentos de mérito del acto de impugnación. Este recurso, por su naturaleza, debe ser objeto de un pronunciamiento inmediato, puesto que de lo contrario importaría mantener en incertidumbre un fallo que al no haber sido debidamente impugnado constituye cosa juzgada (Casación Civil, Sentencia 746-97).

El Tribunal de Revisión también está autorizado a solicitar al *iudex a quo* copia de alguna actuación procesal por la vía o medio más adecuado, sin perjuicio de la notificación a las partes. Las copias, dispone el artículo 404 § 1 CPC, se remitirán por el mismo medio: facsímil o, por ejemplo, correo electrónico adjuntando el documento recurrido debidamente escaneado.

Si la queja se declara infundada se comunicará la decisión al Ministerio Público y a las demás partes, en especial a la recurrente; asimismo, será del caso comunicar la decisión al juez inferior para su debido registro. El cuaderno de queja, según el § 3 del artículo 404 CPC, se mantendrá en el archivo del *iudex ad quem*, al que se agregará el original de la resolución que resuelve la queja con la constancia de la fecha del envío.

Si la queja se declara fundada, el propio Tribunal *Ad Quem* concederá el recurso interpuesto y ordenará al juez *a quo* envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de que el Tribunal Superior disponga la notificación a las partes. Ello significa que deberá retomarse el procedimiento –de apelación o casación- que fuera interrumpido con la negativa del *iudex a quo*–. El único efecto de la queja es conceder el recurso, siendo luego pertinente analizar los requisitos de fondo del recurso (Casación civil, Sentencia n.° 382-95/Cajamarca, de 01-12-97)

2.4. Queja y recurso diferido

Una modalidad especial de recurso de queja es la que prevé el artículo 410.2 CPP. En este supuesto no se discute el concesorio del recurso de apelación o casación –el juicio de admisibilidad–, sino la reserva de remisión de los autos al *iudex ad quem*. Como ha quedado expuesto, se difiere la elevación de los actuados respecto de autos de sobreseimientos en causas en que está pendiente el juzgamiento en supuestos de pluralidad de imputados, siempre que esta reserva no ocasione grave perjuicio a alguna de las partes. La discusión, al amparo de esta modalidad de queja, entonces, se limitará a decidir si tal reserva cumple con los presupuestos reconocidos en el apdo. 1 del artículo 410 CPP.

Los demás presupuestos procesales de esta modalidad de queja son exactamente los mismos que la modalidad general, al igual que su tramitación y decisión.

V. LA ACCIÓN DE REVISIÓN

1. Aspectos generales

1.1. Impugnación de la cosa juzgada

El CPP, siguiendo la línea tradicional del proceso penal nacional, aceptó la revisión de sentencias firmes de condena a favor del reo (artículo 439 CPP). Como se sabe, la cosa juzgada prioriza el valor seguridad jurídica –que da pie al principio de verdad formal– al excluir un ulterior proceso penal cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo. Empero, atendiendo al valor justicia material –que se deriva de la verdad histórica de los hechos enjuiciados y de la rectitud de su enjuiciamiento [CALDERÓN/CHOCLÁN]– reconoce la posibilidad de impugnar una sentencia firme, de eliminar su eficacia y posibilitar un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto procesal, a partir de un entendimiento de su carácter excepcional y restrictivo.

1.2. Fundamento, definición, notas esenciales y principios

1.2.1. Fundamento

La revisión –en tanto medio de rescisión de sentencias firmes– no se sustenta en la existencia de nulidades procesales en la sentencia o en el procedimiento que la precedió. Tampoco se basa en errores en el acto del juzgar, en el fallo, a partir de los materiales probatorios aportados al proceso; no entra a discutir si la sentencia fue correcta o incorrecta.

Su fundamento radica en la necesidad de reforzar la consolidación y preservación de derechos y principios tales como los de defensa, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva [DÍAZ]. A partir de allí, mediante la revisión, se procura, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, que la sentencia pueda rescindirse por ser esencialmente injusta [CORTÉS], pero ha de basarse en otros hechos, actos o elementos de prueba –distintos del material de conocimiento apreciado por el Tribunal–, de tal entidad que, de haber constado en la causa, el resultado habría sido distinto [GÓMEZ ORBANEJA].

1.2.2. Definición

Es una acción de impugnación autónoma, que se puede interponer sin limitación de plazo y da lugar a un proceso especial, de naturaleza excepcional y restrictiva, sustentada exclusivamente en motivos específicamente tasados por la ley que evidencien la injusticia de una sentencia firme de condena y tiende, por ello, a que prevalezca sobre ella la verdad material –apunta, en consecuencia, a rescindir sentencias condenatorias firmes –formal y materialmente válidas–, pero injustas.

El artículo 444.1 CPP, correctamente, dispone que de estimarse la demanda de revisión se declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación. No es que la sentencia se anule dado que esta no solo es firme –lo que implica imposibilidad jurídica de pedir y obtener la anulación, al haber perecido la posibilidad de hacerlo–, sino también es una sentencia perfectamente válida y eficaz. Se trata, entonces, de una sentencia injusta, en atención a causas sobrevinientes al fallo como consecuencia de nuevos datos aportados en el proceso de revisión, por lo que técnicamente lo que se produce es una rescisión de ella; carece de valor porque se rescinde.

1.2.3. Notas esenciales

Son cuatro.

A. Es una acción de impugnación autónoma que da lugar a un proceso distinto. El accionante plantea una pretensión diferente –puesto que lo que solicita es la revisión del proceso en virtud de hechos nuevos–, por lo que se está ante un proceso con un objeto diferente, un *novum* [Vescovi]. Es, en todo caso, un proceso, al menos en sentido formal, pues no es un verdadero proceso de partes [Gómez Colomer]. Así lo ha reconocido el CPP al denominarla "Acción de revisión".

B. Tiene un marcado carácter excepcional y restrictivo, al suponer un quebranto a la cosa juzgada material. En tal virtud, solo puede afirmarse la injusticia de la sentencia impugnada por encima del valor seguridad jurídica pero sobre la base de determinados motivos, legal y taxativamente previstos –constituyen un verdadero *numerus clausus*–, en particular por causa de hechos falsos o hechos nuevos, novedosos y siempre de carácter decisivo –con exclusión de todo posible vicio *in procedendo* y también en general los vicios *in iudicando de iure* (así, por ejemplo, Casación Argentina, Sala II, n.° 317, Sentencia de 01-02-95), lo que limita el poder de revisión del Supremo Tribunal.

La Corte Suprema, aceptando esta característica básica de la revisión, ha declarado: "la acción de revisión, por su propia naturaleza excepcional, destinada a hacer primar el valor justicia sobre la seguridad jurídica, solo procede cuando se acredite la comisión de conductas antijurídicas que hayan podido influir causalmente, directa o indirectamente, en la sentencia, falseando su premisa de hecho, o cuando se prueba la existencia de hechos nuevos –por cualquier medio de prueba– que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo [...]" (Ejecutoria Suprema n.° 502004/ Lima, de 27-05-05).

C. Su objeto está circunscripto a sentencias firmes de contenido condenatorio pasadas a autoridad de cosa juzgada –decisiones sobre el fondo con carácter definitivo– (artículo 439, § 1, CPP). Solo interesa que se trate de una sentencia condenatoria: esta puede imponer una pena, una medida de seguridad o, incluso, disponer la dispensa de pena o reserva del fallo (artículo 62 CP); no es relevante que la pena haya sido cumplida o extinguida.

No está permitida la revisión de sentencias absolutorias, en cuyo caso se opta por la primacía del valor seguridad jurídica –no hay, se afirma, equivalencia entre condenar a un inocente y absolver a un culpable–; además, protegería al imputado absuelto el principio interdicción de la reforma peyorativa [CLARIÁ] o, con más fuerza, la interdicción de la persecución penal múltiple [SUAY]; prima siempre el *favor defensionis* o el *favor libertatis* visto tanto como principio general inspirador del proceso cuanto como criterio normativo de aplicación directa aplicable en el ámbito de la libertad individual [VÁSQUEZ SOTELO]. Está al margen de la revisión penal la cuestión civil, sin perjuicio de que el éxito de la cuestión penal comprenda aquella [MANZINI].

D. Apunta a la primacía del valor justicia material. Por ello: **1.** No está sometida a un régimen de caducidad. **2.** Admite procesos de rehabilitación en caso han fallecido los condenados. **3.** Puede intentarse **(i)** no solo para afirmar la inocencia –"revisión total"-, tanto en sentido propio: ajenidad o no relevancia punible de su intervención (inexistencia del hecho, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena [LEVENE]), como para acreditar la presencia de una causa de exención de responsabilidad penal –el término "inocencia" ha de entenderse no solo como no autoría o no participación en el hecho delictivo sino que se extiende a todos los supuestos en los que el condenado no fuese realmente responsable [CONDE PUMPIDO, y, por ejemplo, STS de

20-02-03]; sino también (ii) para variar el título de condena y con él la sanción impuesta –se entiende en sentido favorable al condenado, que es lo que se denomina "revisión parcial"–. No cabe, por consiguiente, para aminorar la pena basada en el mismo título condenatorio en función a la existencia de una atenuación genérica o específica sin relevancia típica o a un supuesto exención incompleta, tal como sería la disminución de la capacidad de culpabilidad [Roxin]. En el caso del fallecido solo cabe revisión total.

1.2.4. Principios que rigen la acción

Son cinco.

A. Principio de verdad y justicia

La decisión materia de revisión se presume cierta y legal, además justa y veraz por encontrarse consentida y con calidad de cosa juzgada, por lo que se encuentra protegida por el principio de seguridad jurídica, de tal manera que el juicio crítico debe ser exigente para declarar que lo sentenciado no es compatible o no corresponde a la verdad material o real.

B. Principio de taxatividad

Solo procede por las causales expresamente previstas en la ley, sin que sea posible que no se encuentren contemplas analógicamente. En síntesis, no es factible aludir a cuestiones diversas a las señaladas en la Ley para obtener la revisión de sentencia. Los supuestos de revisión son *numerus clausus*, aunque la jurisprudencia ha venido flexibilizando su interpretación para dar solución a sentencias notoriamente injustas (STSE de 13-03-99).

C. Principio de la limitación

Comprende una doble proyección: **i)** limitada por las causales expresamente previstas en la Ley, por tanto, el juez no podrá salirse de ese marco y, **ii)** limitada al contenido de la demanda de revisión, por lo que quien absolverá la acción de revisión podrá pronunciarse por causales no invocadas o desarrolladas en la demanda.

D. Principio de autonomía

El demandante deberá proponer los fundamentos a cada causal en forma y separada, con la finalidad de comprender la pretensión del demandante y así evitar confusión en el juez de la causa.

E. Principio de trascendencia.

Los fundamentos de la demanda tienen que encaminarse a quebrantar el fallo condenatorio, en los términos y causales establecidas en la Ley. Además, es necesario que la prueba aportada, tenga incidencia para hacer valor la causal que invoca [PABÓN].

2. Sujetos y órgano judicial de la revisión

2.1. Sujetos de la promoción de la revisión

El artículo 440 CPP reconoce a los que están legitimados para instar al órgano jurisdiccional la demanda de revisión –promoción es equivalente a interposición–. El CPP no condiciona la petición de revisión a una autorización previa.

En primer término, está el fiscal supremo en lo penal y el condenado. En segundo lugar, se reconocen dos supuestos: **1.** Si el condenado fuere incapaz, el legitimado para hacerlo sería su representante legal. **2.** Si el condenado hubiere fallecido o si estuviere imposibilitado para hacerlo, por su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en ese orden –no como herederos, sino *iure propio*–; está excluido el tercero civil.

La representación del condenado es precisa: el recurrente deberá demostrar que es el único autorizado por la ley para demandar en revisión. La ley define un orden de prelación y, por tanto, ese orden debe respetarse. En caso de conflicto, sin duda, desde la perspectiva del derecho a la tutela jurisdiccional debe primar, en principio, el interés de quien quiera iniciar la demanda. La imposibilidad del condenado está referida tanto a razones de salud –enfermedad o discapacidad– cuanto a meramente situacionales: lejanía, problemas de comunicaciones, ausencia con presunción de fallecimiento, etcétera; en este caso, sus parientes intervienen en calidad de sustitutos procesales.

En efecto, el artículo 440 del CPP hace referencia a la legitimidad en la causa, en cuya virtud el proceso debe llevarse a cabo por los sujetos expresamente señalados o autorizados en la ley para el ejercicio de la acción: los que integran la relación jurídica material: fiscal y condenado –de ser el caso, también el actor civil–. En el caso de no presentar la demanda uno de los dos últimos, quien lo hace por el condenado debe encontrarse en los supuestos del apdo. 2, del artículo 440 del aludido Código: condenado incapaz, condenado fallecido o condenado imposibilitado, en cuya virtud para el primer caso debe promover la demanda su

representante legal, y en los otros dos supuestos, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en ese orden [Rev. Sent. (CPP) n.° 150-2014/Ancash].

2.2. Órgano judicial

El sujeto de la decisión varía según se trate del juicio rescindente o del juicio rescisorio. En el primer caso, es la Sala Penal de la Corte Suprema (artículo 441.1 CPP). En estos casos el CPP –siguiendo la tradición nacional– insiste en la competencia originaria de la Corte Suprema, que en todo caso reflejaría un patrón de concentración de causas en el Alto Tribunal que pone en peligro su eficacia como Corte reguladora de la jurisprudencia. Más allá que tal misión muy bien podría encargarse a las Cortes Superiores, tal vez se explicaría la decisión legislativa el denominado "mito del fallo" –de la cosa juzgada– penal, en virtud del cual parece que la renovación del proceso constituye un acontecimiento de excepción, que sacude uno de los fundamentos del proceso, de manera que su posibilidad debe ser vigilada por el supremo órgano jurisdiccional [Carnelutti].

En el segundo caso –juicio rescisorio– variará, pues es posible que este lo realice la misma Sala Penal de la Corte Suprema, siempre que no se requiera una audiencia o juicio para la actividad probatoria, o el Juzgado Penal competente –unipersonal o colegiado– si es que se necesite la realización de un juicio oral.

3. Motivos de revisión

3.1. Alcances

El artículo 439 CPP reconoce seis motivos expresos y específicos de procedencia de la revisión; se trata de un *numerus clausus*. No cabe extenderlos por vía interpretativa o analogía, aunque es posible ensanchar o flexibilizar los supuestos legalmente previstos para dar cobertura a aquellos casos en que la sentencia dictada es notoriamente injusta, por haberse acreditado la inexistencia de responsabilidad penal de quien en la misma aparece condenado [Díaz].

La revisión sirve, por regla, solo al examen de los fundamentos fácticos de la sentencia, aunque el CPP reconoce un supuesto de error jurídico, cuando la ley penal fue declarada inconstitucional o se inaplicó –se discute los supuestos en que se declaró inconstitucional una determinada interpretación de la ley– (artículo 439.6 CPP). En el primer nivel, genérico, es de precisar dos situaciones: (i) que los motivos pueden agruparse en dos: *ex capite falsi o propter falsa*: pruebas falsas o delitos por o contra el juez (artículo 439.3 y 5 CPP); y *ex capite novorum o*

propter nova: nuevos hechos o pruebas favorables al condenado (artículo 439.1, 2 y 4 CPP); y **(ii)** que la novedad del elemento de prueba debe referirse no al momento de la posibilidad de adquirirlo, sino al de la efectiva adquisición de él. Por otro lado, un sector de la doctrina considera que los elementos de prueba propuestos deben considerarse nuevos, aunque hubiesen ofrecidos por la defensa en el debate, pero no hubieran sido considerados por el juez ni fueron valorados en la decisión cuya revisión se pide; la novedad no desaparece por el hecho de que los elementos ya existieran durante el procedimiento y fuera posible producirlos en aquel procedimiento (así, por ejemplo, Casación Argentina, Sala IV, Sentencia n.° 2400, de 20-06-01)

Los seis motivos de revisión son: **1.** Inconciliabilidad de sentencias. **2.** Duplicación de sentencias. **3.** Hechos o medios de prueba falsos o fraudulentos. **4.** Nuevos hechos o pruebas. **5.** Condena por delito contra o por el juez –delitos judiciales–. **6.** Inconstitucionalidad de la ley penal.

3.2. Motivos específicos

3.2.1. Inconciliabilidad de sentencias

Son tres los requisitos exigibles: **1.** Que se hayan dictado dos o más sentencias, distintas entre sí, enjuiciando un mismo hecho. **2.** Que dichas sentencias sean firmes y contradictorias –contraste evidente, absoluta imposibilidad de que coexistan ambas conclusiones fácticas con evidente lesión al principio lógico de no contradicción–. **3.** Que hayan resultado condenadas dos o más personas por un delito que no haya podido ser cometido más que por una sola. Así, por ejemplo, se condena a una persona porque cometió el delito en un lugar determinado, mientas que otra sentencia llega a la conclusión de que en el mismo tiempo el condenado se encontraba en otro lugar; o, cuando una de las sentencias establece que hecho punible solo pudo cometerse por una sola persona y la otra condena a varios [PALACIO]. Pese a la dicción de la norma es posible que una de las sentencias sea absolutoria, pues lo esencial es la inconciliabilidad de fallos penales.

La prueba que permite el contraste es otra sentencia penal firme, condenatoria o absolutoria, por el mismo delito –o, mejor dicho, hecho procesal o suceso histórico objeto de imputación y condena o absolución– dictada con posterioridad. El contraste entre ambas decisiones importa la imposibilidad de hacer que coexistan dos sentencias penales que tienen por fundamento esencial de la declaración de culpabilidad la determinación de hechos inconciliables entre sí; lo que se afecta son las reconstrucciones de hecho, de suerte que una no puede

estar en presencia de la otra –esto último deriva del principio de trascendencia– [Caso Antauro Humala: Rev. Sent. n.° 4-2014, de 18-03-15].

Se trata pues del juicio histórico de las sentencias en pugna, no del juicio jurídico. Por lo demás, en los casos de pluralidad de personas en el mismo suceso histórico es posible, según su nivel de intervención y del diferencial análisis de la imputación objetiva y subjetiva atinente a cada uno de ellos, es posible niveles distintos de subsunción típica. Lo que importa es comparar las reconstrucciones de los hechos en ambas sentencias y que de su contraste fluya que son contradictorias mutuamente y que no es viable armonizarlas. No es posible la revisión cuando la contradicción solo está en la diversa interpretación de la ley, ya que no se admite la revisión por motivos de derecho [Manzini].

El motivo de inconciliabilidad de sentencias firmes cuando procesalmente se menciona el vocablo "delito", se refiere a un hecho procesal o suceso histórico subsumible en uno o varios tipos legales –no a un delito en concreto o tipo legal, desde la perspectiva material– [Caso Antauro Humala: Rev. Sent. n.° 4-2014, de 18-03-15].

3.2.2. Duplicación de sentencias

Se justifica en la superación de la vulneración de la garantía constitucional del *ne bis in idem*. A diferencia del motivo anterior, no se requiere que las sentencias se refieran a distinta persona por el mismo hecho. Comprende al mismo individuo que es condenado en dos sedes jurisdiccionales por el mismo hecho punible.

3.2.3. Hechos o medios de prueba falsos

Este motivo exige que un elemento de prueba –se trata de un hecho o dato objetivo aportado por un medio de prueba concreto– carece de valor probatorio por cuatro razones: falsedad, invalidez, adulteración o falsificación (testigo perjuro, documento falso o adulterado, acta inválida que contiene datos inexistentes, etc.). Ahora bien, lo central es que se trata de un elemento de prueba que fue decisivo para la condena, esto es, comprende todos los casos en que, mediante un juicio razonable de probabilidad, puede afirmarse que, de no haberse producido tales situaciones –falsedad, falsificación, invalidez o adulteración– la condena anterior no habría tenido lugar [Gimeno]. No hace falta, como en otros Códigos, que esta situación haya merecido una condena firme; la falsedad, adulteración, etcétera, determinante del fallo condenatorio, puede y debe demostrarse en el procedimiento de revisión.

El artículo 439 n.° 3 del Nuevo Código Procesal Penal exige medios de prueba falsos, inválidos, adulterados o falsificados. Este motivo, empero, no se refiere a un cuestionamiento de la propia prueba que obra en el expediente, a partir de un análisis distinto al efectuado por el órgano jurisdiccional en sede declarativa de condena, para restarle valor jurídico-procesal. Este motivo se refiere a la exigencia de que un documento o acta sea falso o carezca de un requisito esencial para su validez desde una perspectiva formal, lo cual requiere un aporte probatorio específico, no un razonamiento alternativo acerca de su valorabilidad. Este último juicio es propio del juez del proceso declaratorio de condena no del de revisión. La falsedad, invalidez, adulteración o falsificación requiere de un fallo judicial o de una prueba autónoma a la actuación o documento cuestionado que revele ese defecto formal que le reste valor jurídico y haga ilícita su incorporación en el acervo probatorio [Rev. Sent. CPP (Calificación) n.° 277-2014, de 20-03-15]. La alegación de una insuficiencia de pruebas, de un error de juicio del Tribunal de mérito, no importa un motivo de revisión. Este motivo alude a acompañar pruebas u ofrecer con principio de sustento objetivo que acrediten, a partir de ellas, la falsedad o invalidez de una prueba de cargo. La falsedad o invalidez de un testimonio no se acredita por el hecho de que falten elementos de corroboración, sino porque positivamente se demuestre que se trata de un medio de prueba viciado por falsedad –fluye un dato que no es compatible con la realidad de lo acontecido– o nulidad –el acto jurídico-procesal que lo contiene tiene un vicio interno que revela su ineficacia jurídica– [Rev. Sent. CPP (calificación) n.° 172-2015/ Arequipa, de 28-08-15].

3.2.4. Nuevos hechos o medios de prueba

Es el motivo que, por su amplitud, es el más significativo y alegado. Tiene el carácter de una cláusula abierta, que incluso puede comprender a los demás motivos [MORENO CATENA]. Significa que los hechos –en tanto elementos de prueba– o los medios de prueba –o, mejor dicho, medios de valoración [LEONE]– que fundan la revisión, anulen o eliminen el efecto incriminador de los que corren en la causa originaria, poniendo de relieve un error claro y manifiesto ocasionado por el desconocimiento de estos nuevos datos, cuya presencia hubieran cambiado el signo de las valoraciones y conclusiones judiciales. No es preciso que los hechos se produzcan con posterioridad a la condena, pueden ser anteriores o coetáneos; lo relevante es que no han de haber sido de conocimiento al tiempo de dictarse la Sentencia y no pudieron ser tenidos en cuenta por el Tribunal [CALDERÓN/ CHOCLÁN]. Es evidente, asimismo, que se requiere que la demanda se sustente

en hechos nuevos, no en una interpretación errónea de las pruebas practicadas en el proceso originario. El juicio de relevancia se formula no solo con el mérito exclusivo de la prueba nueva sino también con su integración o correlación con los demás recaudos probatorios existentes ya en la causa, a partir de los cuales pueda concluirse que tienen fuerza suficiente para anular las incriminaciones que fundaron la sentencia objeto de imputación [Irragorri].

No es un hecho nuevo el cambio jurisprudencial, aunque la jurisprudencia constitucional y ordinaria española, en algún caso, opinó lo contrario y se mostró favorable a utilizar este motivo para favorecer al reo (STC n.° 111/1993, y SSTS 623/1998 y 176/1999), pese a que posteriormente el fallo plenario de 24-06-99 negó esa posibilidad. Tal supuesto, sin embargo, constituye en su caso tema para un incidente de ejecución. Es de precisar que la declaración notarial de la agraviada quien ha declarado en el proceso no sería una prueba nueva. En este caso, no existe, pues, nada nuevo que merezca continuar con el trámite del proceso de revisión penal [Rev. Sent. CPP (Calificación) n.° 152-2014, de 13-03-15].

3.2.5. Condena por delito por o contra el juez

Es otro supuesto *propter falsa*. Son delitos judiciales que han merecido una condena firme. Estos delitos serán aquellos cometidos por el juez (prevaricato, cohecho, abuso de autoridad) o contra el juez (secuestro, amenazas, coacciones) o sus familiares. El requisito, por lo demás exigible en todos los motivos de revisión, es el carácter decisivo del mismo. En el presente caso se requiere que el delito en cuestión determinó la condena.

3.2.6. Inconstitucionalidad de la ley penal

Este motivo es una excepción a la regla de la revisión, circunscripta al examen de los fundamentos fácticos, pues se concentra a los denominados "errores jurídicos" derivados de la aplicación de una ley inconstitucional. Una vez que el Tribunal Constitucional las declare inconstitucionales o la Corte Suprema las inaplique por ese mismo vicio de origen, los afectados con su aplicación tienen expedita la vía de la acción de revisión. La ley cuestionada ha de ser el sustento del fallo condenatorio –no necesariamente debe tratarse de una ley penal, aunque es imprescindible que integre de modo necesario el injusto o algún extremo que justifique el juicio de culpabilidad, como configuración fáctica o jurídica-.

4. Procedimiento

4.1. Acto de interposición

La demanda de revisión, tal como la califica el CPP, debe cumplir –en tanto aporte técnico presentado con la intervención de un abogado– un conjunto de requisitos legales, que han sido establecidos en el artículo 441 CPP. Dicha norma, en el apdo. 1 prevé dos requisitos necesarios y uno potestativo. Los requisitos necesarios son: **(i)** la determinación precisa de la sentencia objeto de revisión, con indicación del órgano judicial que la emitió; y **(ii)** la invocación puntual de la causal o motivo de revisión que se hace valer y, adicionalmente, la referencia específica y completa de los hechos en que se funda y de las disposiciones legales que lo sustentan. La demanda debe ser autosuficiente, pues ha de permitir identificar la sentencia objeto de revisión, establecer la injusticia que se destaca, conocer el motivo de revisión que se invoca y, esencialmente, las razones fácticas y jurídicas que razonablemente justifiquen la necesidad de la rescisión del fallo cuestionado. Otro requisito, esta vez, potestativo, es la pretensión indemnizatoria, cuyo monto debe precisarse, a fin de instarse la prueba correspondiente.

Integra, asimismo, el cuerpo de la demanda las solicitudes probatorias correspondientes. Los apdos. 2 y 3 del artículo 441 CPP regulan este aspecto. El demandante acompañará copia de las sentencias expedidas en el proceso cuya revisión se demanda –a partir de ellas el Tribunal podrá advertir, *prima facie*, la corrección o veracidad objetiva inicial de las afirmaciones del actor acerca del fallo que cuestiona–, así como la prueba documental correspondiente –salvo que no pueda adjuntarla, en cuyo caso indicará el archivo donde se encuentra-. También ofrecerá los demás medios de prueba, sin duda, pertinentes y útiles, que "acrediten la verdad de sus afirmaciones". Se tratará, como es obvio, de prueba testimonial, pericial y las demás previstas, en lo pertinente y útil, en el Título II "Los medios de prueba" de la Sección Segunda "La prueba" del Libro Segundo "La actividad procesal" del CPP.

4.2. Acto de calificación

4.2.1. Juicio de admisibilidad y de procedencia

El artículo 443, apdo. 1, del CPP, en esta fase del procedimiento, corresponde al Supremo Tribunal examinar si la demanda de revisión interpuesta reúne los requisitos de admisibilidad y procedencia fijados en los dispositivos anteriores y, en

lo pertinente, en lo regulado por los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil, por ser la Ley procesal común [Rev. Sent. (CPP) n.° 150-2014/Ancash]. No cabe duda, a partir de lo expuesto que el primer paso de la Sala Penal Suprema, luego de recibir la demanda de revisión, es examinar su admisibilidad y procedencia, sin necesidad de traslado alguno. El Tribunal de Revisión debe verificar el cumplimiento de los presupuestos de la acción de impugnación en cuestión, que –genéricamente– son los mismos que rigen para todo recurso impugnatorio. El acto de impugnación, la demanda en sí misma, por imperio del artículo 443.1 CPP, se analiza con especial cuidado –la calificación, sin embargo, ni está destinada a realizar estimaciones probatorias ni establecer comprobaciones que, según la estructura del proceso, están reservadas al juicio oral: causales de admisibilidad [Roxin]–. Es importante entender que como el proceso de impugnación que puede surgir del ejercicio de la acción revisora necesita del concurso de las diversas partes, será del caso identificar a las partes en la causa cuestionada –que tendrán derecho a participar en este proceso– y proporcionar información razonable de su ubicación a efectos del emplazamiento correspondiente.

El artículo 4414 CPP autoriza al tribunal a instar al demandante la subsanación de los presupuestos procesales subsanables y de los requisitos de la demanda que falten precisar –deber procesal de asistencia del tribunal [Roxin]–. A este efecto es evidente que le concederá un plazo judicial –la ley no fija un tiempo preciso: no lo hace tampoco el artículo 146 CPP–. El incumplimiento de este requerimiento determina el rechazo de la demanda por inadmisibilidad y el archivo de las actuaciones (artículo 426 *in fine* CPC). Es de precisar que la subsanación solo es dable si es posible superar la vulneración del requisito de inadmisibilidad [Rev. Sent. (CPP) n.° 119-2014/Ucayali]. Esta resolución debe ser motivada y, para garantizar un juicio meditado y colegiado en un tema vinculado al derecho de acción, de relevancia constitucional, requiere votación por unanimidad. No está previsto contra esta decisión, por ser emitida por el Supremo Tribunal y en función a la votación calificada que exige, recurso alguno contra ella. Además, no causa estado, porque salvados los motivos formales de desestimación liminar puede proponerse de nuevo.

Si el juicio de admisibilidad es positivo, así lo declarará la Sala igualmente por auto fundado irrecurrible.

De conformidad con el artículo 472 del Código Procesal Civil corresponde, en esta misma fase del recurso, el juicio de procedencia. Los motivos de improcedencia se encuentran, globalmente, en el artículo antes citado; y son los siguientes:

- El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar.
- El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar.
- Advierta la caducidad del derecho.
- Carezca de competencia.
- No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio. Esta causal se configura cuando lo expuesto en la demanda no guarda relación o es incompatible con el objeto de pretensión [HINOSTROZA].
- El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible. Esta causal alude a dos supuestos: **i)** jurídicamente imposible y **ii)** físicamente imposible. El primero se refiere a la no adecuación o no correspondencia del petitorio con el marco legal existente o contrario o incompatible con este. La segunda determina la imposibilidad de satisfacer lo peticionado en la demanda por ser contraria a las leyes [HINOSTROZA].
- Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

4.2.2. Efectos

El artículo 442 CPP consagra el efecto no suspensivo de la acción de revisión. La interposición de la demanda no suspende la sentencia ejecutoriada. Su suspensión, sin embargo, será posible solo en el extremo de la libertad del imputado que está sufriendo pena privativa de libertad efectiva.

4.3. Actos de sustanciación

Admitida la demanda de revisión, se llevan a cabo tres pasos procedimentales básicos: traslado, actuación probatoria y audiencia de revisión.

4.3.1. Traslado

Como consecuencia del principio de bilateralidad, la demanda debe ser puesta en conocimiento de las partes del proceso objeto de revisión. El n.° 2 del artículo 443 CPP solo menciona al fiscal o al condenado, en su caso, pero es dable, si las razones de la revisión no son exclusivamente personales, correr traslado a las demás partes: coimputados, agraviados, actor civil y tercero civil. Es evidente la necesidad de este traslado y posibilidad de intervención porque la sentencia de revisión, eventualmente, puede afectarlos –en especial, a las contrapartes–.

El Tribunal no solo correrá traslado de la demanda para determinar si las copartes o contrapartes introducen formal oposición a la misma y deciden participar en las actuaciones –el escrito que, en su caso, presenten debe ser, igualmente, autosuficiente e incluir, si correspondiera, las solicitudes probatorias correspondientes–. Además, desde ya, por razones de economía procesal, solicitará el expediente del que deriva la revisión y pedirá la prueba documental instada por el demandante. La incorporación del expediente del que deriva la revisión permitirá, en su día, analizar la prueba actuada que apreció el Tribunal en cuestión, así como también advertir el concurso de las partes que se constituyeron en el proceso originario para que, previa citación, puedan intervenir en el proceso de revisión.

4.3.2. Actuación probatoria

Cumplido el traslado se abre el momento probatorio del procedimiento de revisión, cuyo plazo es de treinta días improrrogables. Es propiamente una fase instructora [Palacio] y, por tanto, las reglas de actuación no son las del juicio oral –que exigen audiencia única y concentrada de pruebas-, sino las de la investigación preparatoria –diligencias o actos específicos, reservados y discontinuos, aunque informados por el principio de contradicción–, aunque dirigida por el Supremo Tribunal –la Sala, para esta fase, puede nombrar entre sus miembros a un juez supremo–. La determinación de los medios de convicción corresponde a la Sala y su concreta actuación al juez supremo designado al efecto. De estas actuaciones, tendientes a determinar si las afirmaciones del recurrente en revisión son verdaderas, se levantará el acta correspondiente, que desde luego deben cumplir los requisitos del artículo 120 CPP.

Las evidencias que deben practicarse no son solo las propuestas y admitidas por el demandante, sino las solicitadas y aceptadas por las demás partes, así como las propuestas de oficio por el órgano jurisdiccional (artículo 443.3 CPP), lo que revela que esta fase está informada por el principio de investigación oficial y no de aportación de parte, cuyo carácter por consiguiente es de instrucción, no de juzgamiento –la Sala Penal, por consiguiente, tiene facultades autónomas de investigación, a cumplir a través de alguno de sus miembros, siempre dentro del ámbito fijado en los distintos dispuestos legalmente previstos [D'Albora]–. Justifica esta opción legislativa las exigencias imperativas de justicia material y la suma gravedad institucional que entraña la posible rescisión de un fallo firme.

4.3.3. Audiencia de revisión

Culminada la fase probatoria o de instrucción de la causa –sea por actuación de las diligencias correspondientes o por culminación del periodo fijado legalmente: treinta días–, la Sala deberá dictar el auto de citación a la audiencia de revisión y emplazar a todas las partes apersonas. Es imperativa la presencia del demandante –fiscal o la defensa del imputado, según el caso–, pues si no concurre, salvo que exista motivo justificado, se declara la inadmisibilidad de la demanda.

La instalación de la audiencia está condicionada a la presencia del demandante –del representante técnico en el caso del imputado–. La Ley no impone el concurso de las demás partes para la instalación y celebración de la vista, cuya presencia sin duda es importante pero no condiciona su instalación. La audiencia, en este caso, es el espacio de discusión oral del conjunto de aporte probatorio que se logró reunir y de su relevancia jurídica de cara a la fundabilidad de la revisión impetrada.

La audiencia se inicia con la precisión de los términos de la demanda y de la prueba actuada. A continuación, se procede a la exposición de los alegatos orales, primero, de quien interpuso la demanda, luego de las copartes y finalmente de las contrapartes. Si el imputado asiste a la audiencia o, en su defecto, el familiar más cercano, podrá hacer uso de la palabra. Con ese paso se da por terminada la audiencia para la expedición de la sentencia de revisión, cuyo plazo de emisión es de veinte días. El fallo se lee en audiencia pública, que se citará al efecto, conforme a las reglas del juicio de apelación (artículo 443.5 CPP).

4.4. La sentencia de revisión

La sentencia de revisión puede ser estimatoria o desestimatoria, y se notifica a todas las partes del proceso originario. Es irrecurrible: no hay otra instancia a la que se puede acudir.

4.4.1. Sentencia desestimatoria

Se emite cuando los fundamentos de la demanda de revisión carecen de sustento. Es decir, la actividad de instrucción no ha permitido encontrar "confirmación suficiente" de que la sentencia cuestionada, en función a las actuaciones realizadas *ex post* y bajo una lógica objetiva, presenta serias dudas de corrección jurídica. Esto significa, conforme a la jurisprudencia constitucional alemana (BVerfG NStZ 90, 499), que no es necesaria la prueba plena de las

fundamentaciones presentadas [Roxin]. El motivo en que se basa la revisión ha de quedar justificado con un nivel de seria probabilidad y los elementos de convicción incorporados a la causa deben confirmar que será posible, de realizarse un nuevo enjuiciamiento, un sentido diferente de la conclusión del fallo originario.

La denegatoria de la revisión, o la ulterior sentencia confirmatoria de la anterior –la que se dicte en el juicio rescisorio–, no impide una nueva demanda de revisión, siempre que se funde en otros hechos o pruebas. No hay preclusión, pero se condiciona a que los elementos aportados sean diferentes.

4.4.2. Sentencia estimatoria

Esta rescinde el fallo cuestionado, lo que determina que se declarará sin valor –por la regla de *iura novia curia* no es determinante la calificación del motivo invocado por el demandante pues el tribunal puede derivar su análisis al motivo que legalmente corresponda–. Con esta decisión se agota el *iudicium rescindens*. Sin embargo, es posible que esta misma sentencia incorpore, acumulativamente, un *iudicium rescissorium*, en la medida en que no sea necesario para decidir sobre el fondo del asunto un nuevo juicio oral, el cual por lo demás es la regla general: corresponde al juez de mérito, al juez penal –unipersonal o colegiado– a quien corresponda según las reglas de competencia preestablecidas, realizar el nuevo juicio oral y expedir el juicio rescisorio que corresponda, absolutorio o condenatorio.

La rescisión podrá ser con o sin reenvío. La opción por una u otra alternativa estará en función a la naturaleza de la causal objeto de decisión y/o al nivel o entidad, cualitativa y cuantitativa, de los elementos de convicción acopiados –si la situación probatoria permite inequívocamente renunciar al juicio oral por superfluo en el caso concreto–. Así, por ejemplo, un caso evidente de sentencia de revisión acumulativamente rescisoria será cuando el condenado ha muerto, en que el juicio oral siempre está excluido.

La fase rescisoria de la revisión, el juicio rescisorio que tiene lugar en el Juzgado Penal competente, por imperio del artículo 444.2 CPP, si bien se tramitará conforme a las reglas respectivas, sin ninguna especialidad derivada del proceso de revisión, se sujeta a una particularidad y una limitación: el ofrecimiento de prueba y la sentencia no podrán fundarse en una nueva apreciación de los mismos hechos del proceso, con independencia de las causales que tornaron admisible la revisión. No se puede desconocer las nuevas actuaciones que dieron lugar a la revisión y estas deben valorarse con el conjunto de la prueba actuada en el nuevo juicio conforme a las reglas que rigen la actividad probatoria.

Son dos los efectos de la sentencia estimatoria: **1.** La condena sufrida se computa cuando en el juicio rescisorio se dicte nueva sentencia de condena. **2.** Si en el juicio rescisorio se dicta sentencia absolutoria, los que fueron condenados y los herederos en su caso, con arreglo al artículo 444.3 CPP, tienen derecho –si lo hubieren pedido en la demanda de revisión– a la indemnización por daños y perjuicios por concepto de error judicial, a la vez que se les que, necesariamente, se les devolverá los pagos hechos por concepto de reparación civil y multa [CORTÉS]. Es evidente que la indemnización procederá si el imputado no contribuyó con su actuación al error judicial, como atinadamente señala, por ejemplo, el artículo 487 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

VI. NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES

1. Presentación

Esta unidad temática aborda tres puntos: **A.** Acto procesal. **B.** Nulidad y clasificación. **C.** Tratamiento procesal. Estas tres nociones están enlazadas e incorporan conocimientos interdisciplinarios, provenientes de la teoría del derecho, del derecho civil y del derecho procesal.

2. Acto procesal

2.1. Regulación legal y concepto

Regulación Legal. Las nociones sobre acto procesal están reguladas: **A.** En el Libro Segundo "La actividad procesal", Título I "Las Actuaciones procesales", Títulos del I al II (las formalidades y los plazos) del Código Procesal Penal: artículos 114/145 (32 artículos); y, específicamente, Título III "La Nulidad" de la Sección I "Preceptos Generales" del Libro Segundo "La actividad procesal": artículos 149/154 CPP: seis artículos. **B.** Además, en el Título V "Nulidad de los actos procesales" de la Sección III "Actividad Procesal": artículos 171/178 CPCivil: ocho artículos.

Concepto. Cuatro ideas sustanciales es menester tener presente para la correcta definición del acto procesal.

1. El proceso tiene un carácter dinámico, es decir, se configura como una sucesión ordenada de actos a través de los cuales se pretende satisfacer el derecho

a la tutela jurisdiccional. Cada acto es causa del anterior (salvo el primero) y consecuencia del posterior [Pérez Cruz Martín].

2. Acto procesal es el acto jurídico –toda conducta o actividad humana, regulada en la ley (en este caso, la ley procesal), de quien interviene en el proceso– que desarrolla sus efectos principales o primarios, directos y específicos, legalmente previstos, en la constitución, desarrollo y fin del proceso. Mediante los actos procesales el proceso se realiza. Es indiferente que el acto se efectúe en el seno o fuera del proceso. Los actos procesales no están sometidos a condiciones, pues debe existir claridad sobre el comienzo, el estado y la conclusión del proceso, lo que es consecuencia de la naturaleza de derecho público del proceso [Volk].

3. Para la configuración del acto procesal se necesita de la intervención de la voluntad humana –es determinante para su formación–. El hecho procesal, es otro concepto, pero en él no interviene la voluntad humana; es un acaecimiento natural, que produce efectos dentro del proceso (como por ejemplo: el paso del tiempo, a los efectos de la caducidad).

4. El acto procesal no solo es aquél que conforma el proceso sino también aquel que hace posible una relación o una situación procesal, en cuanto que de todo acto procesal se deduce un derecho, una carga, una facultad o una posibilidad procesales. Empero, el régimen general de los actos jurídicos no es aplicable a los actos procesales, de un lado por el rigorismo formal que les rige, de otro, porque si bien todo acto procesal es producto de una manifestación o declaración de voluntad, la consecuencia procesal es totalmente independiente de ésta [Pérez Cruz-Martín].

2.2. Requisitos del acto procesal

2.2.1. Finalidad de los requisitos del acto procesal

La finalidad de los requisitos es garantizar el efecto que con ellos se quiere lograr. En todo caso, ha de tenerse presente la orientación constitucional de alejamiento de todo formalismo que impida la defensa de los derechos e intereses legítimos en el proceso.

2.2.2. Consideración general de los requisitos

2.2.2.1. Perspectiva aislada

Considerado aisladamente el acto procesal es una manifestación de voluntad y, como tal, consta de dos elementos: la **forma** y el **contenido**. **1.** La **forma** constituye el elemento objetivo, o sea el modo de exteriorización de la voluntad, legislado positivamente; es el modo de actuación de la voluntad. La forma puede referirse no solo al acto individualmente considerado, sino también al conjunto de ellos que se requiere para la validez de otro acto procesal, y asimismo puede relacionarse con la colocación del acto dentro de la relación procesal, y en este caso la forma se refiere a la ordenación del procedimiento mismo [ALSINA]; y, se requiere para la lealtad en el debate, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión–. **2.** El **contenido**, como todo acto jurídico consta, a su vez, de tres elementos: **(i)** causa (fundamento o fin del acto, lo que es indiferente al proceso), **(ii)** intención (ha de ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad), y **(iii)** objeto (lícito e idóneo) –en lo procesal se tiene una ausencia de reglamentación legal–, por lo que para su valoración ha de estarse a la función que el acto realizado desempeña en el proceso [ALSINA].

2.2.2.2. Perspectiva compleja

Una perspectiva más compleja es ésta. Los requisitos del acto procesal son seis y se incardinan en requisitos subjetivos, requisitos objetivos y requisitos de actividad: **1.** Aptitud, **2.** Voluntad –éste y el anterior, son requisitos **subjetivos**–, **3.** Posibilidad, idoneidad y causa –son requisitos **objetivos**–, 4. Lugar, **5.** Tiempo, y **6.** Forma –son requisitos de **actividad**–.

1. Aptitud. Se entiende por aptitud las condiciones necesarias que deben concurrir en el sujeto del acto procesal para que éste pueda legalmente realizarlo. Es, en buena cuenta, la posibilidad actual del sujeto de realizar el acto [GUASP]. Está en función a los sujetos procesales:

A. Al órgano judicial. Debe estar investido de jurisdicción y competencia. Se trata de las resoluciones y las actuaciones (artículo 119 CPCivil).

(i) Resoluciones: normalmente los jueces actúan resolviendo la cuestión principal o las cuestiones procesales e incidentales necesarias para alcanzar su fin, y lo hacen a través de las resoluciones que dictan. Como tal, los jueces dictan resoluciones, y tienen encomendado el impulso del proceso (para

que el proceso prosiga su marcha); y, materialmente, dan la ordenación del proceso, que se requiere en cada caso –estos últimos requieren una elección entre distintas posibles alternativas y, por ello, normalmente conlleva la resolución correspondiente en forma de decreto–. Mediante la resolución el juez impulsa o decide alrededor del proceso o se pone fin a éste (artículo 120 CPCivil). Las resoluciones se clasifican en decretos, autos y sentencias, bajo el régimen del artículo 123 CPP.

(ii) Las actuaciones (artículo 127 CPCivil): son las diligencias que se realizan bajo la conducción del juez (declaraciones e interrogatorios de imputados y demás órganos de prueba –con o sin intérprete: artículo 115 CPP–, así como las diligencias de prueba y las audiencias –que se protocolizan o documentan en actas levantadas por el Secretario: artículo 120 CPP–).

El CPP unifica bajo la noción de "actuación procesal" los actos procesales y las actuaciones procesales propiamente tales.

B. A las partes procesales, que debe tener los requisitos de capacidad (para ser parte y de actuación procesal), legitimación (especial relación con el derecho discutido) y postulación (asistencia de abogado). Siguiendo a Goldschmidt, son los actos de postulación y los actos de causación. Los primeros (**actos de postulación**), se dirigen a conseguir una decisión del juez de contenido determinado: de petición, de producción de prueba, de conclusión. Los segundos (**actos de causación**) producen directamente efectos en el proceso y crean de forma directa una situación jurídica procesal, v.gr.: conformidad procesal [Cortés].

C. A los terceros, que son los que intervienen en el proceso (testigos, peritos y auxiliares jurisdiccionales, promoción de tercería para intervinientes accesorios), y que se debe estar a las exigencias que la ley establece para cada supuesto y acto.

2. Voluntad. Este elemento es característico y consustancial a la idea misma de acto procesal en contraposición a la de simple hecho procesal –sin voluntad no hay acto–. Hay voluntad interna y voluntad externa. Lo relevante para la realización del acto procesal es la voluntad externa, que se encuentra establecida en la ley; el acto supone en sí mismo la manifestación de la voluntad, de voluntariedad. La voluntariedad se analiza en relación misma del acto realizado, el cual produce sus efectos con independencia de la voluntad humana y son imputables solo a la

ley. Un requisito de la manifestación de voluntad es que el acto sea inteligible (su contenido objetivo se basa en su tenor literal y, sobre todo, en el significado que se le puede aludir: la interpretación [ROXÍN–SHÜNEMANN]).

3. Posibilidad, idoneidad y causa

(i) Posibilidad: el objeto del acto ha de ser posible física y humanamente considerado. Es la aptitud genérica del objeto del acto para poder figurar como tal en el proceso.

(ii) Idoneidad: Está referido al concreto acto que se realiza, el cual ha de ser jurídicamente relevante e identificado con el interés en obtener una tutela jurídica; el acto procesal ha de ser el vehículo adecuado para la producción de sus efectos normales –es la aptitud específica del objeto sobre el que recae el acto [PÉREZ CRUZ MARTÍN]–. Los actos procesales son generalmente unilaterales y recepticios, pues se perfeccionan cuando la declaración de voluntad, que es su contenido, llega al conocimiento del destinatario: juez o partes.

(iii) Causa: Es la razón que los justifica o el fin para el que se realiza –el porqué jurídico–, el cual siempre ha de ser jurídicamente relevante e identificado con el interés en obtener la tutela jurídica.

4. Lugar. La regla es que los actos procesales se realizan en la propia sede del órgano judicial, pero pueden realizarse en otros lugares si es conveniente para la buena administración de justicia –cuando sea indispensable conocer directamente elementos de convicción decisivos– (artículo 116 CPP), e incluso puede haber exhorto (artículo 151 CPCivil).

5. Tiempo. Las actuaciones del proceso se practican en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas. Se regula en un doble sentido o dimensión: **a)** en relación con el tiempo apto para que se lleve a cabo; y, **b)** en atención al orden de su ejecución en el seno del procedimiento, en función a la secuencia temporal que la ley establece.

A. **Tiempo apto:** el acto se debe realizar en el momento que es considerado hábil por la ley para su realización (penal: todo día y hora es hábil: artículo 117 CPP); y, los días inhábiles pueden ser habilitados.

B. **Tiempo como secuencia:** el acto se realiza dentro del plazo o el término fijado por la ley –salvo el caso de falta de previsión legal o por autorización de ésta: artículo 146 CPP–. El plazo es el lapso de tiempo dentro del

cual, y en cualquier momento, puede realizarse; y, el término, indica el momento concreto, con expresión de día y hora, en que debe verificarse una determinada actuación.

Reglas generales: **(i)** plazos son improrrogables, produciéndose la preclusión a su vencimiento. **(ii)** Conforme al artículo 144 CPP la caducidad es la consecuencia del vencimiento del plazo, salvo el caso de los plazos impropios fijados para la actividad de fiscal y juez. **(iii)** Los plazos pueden ser objeto de reposición, que se dispone cuando se presentan factores de fuerza mayor o de caso fortuito, o por defecto de la notificación (artículo 145 CPP). **(iv)** Para el cómputo –solo se tienen en cuenta los días hábiles, salvo medidas coercitivas contra la libertad personal: artículo 143.3 CPP–, se tiene presente el *Dies A Quo* –momento de inicio: día siguiente de la notificación: artículo 143.2 CPP– y *Dies Ad Quem* –momento del fin, y si vencer en día inhábil se prorroga de pleno derecho al día siguiente hábil: artículo 143.4 CPP–.

6. Forma. Se refiere al modo de expresarse o manifestarse los actos procesales al exterior. Tres aspectos:

a) el vehículo para su trasmisión (oral o escrito: lo oral en audiencias y allí resoluciones orales, preponderancia en el juicio y en audiencias: lo nuclear; y las videoconferencias).

b) su proyección hacia las partes y la sociedad (publicidad –el juicio oral y las audiencias, incluso las sentencias– y secreto –reserva de la investigación preparatoria y posibilidad de reserva del juicio: artículos 324, de un lado, y 356.1, 357 y 358 CPP, de otro–);

c) lengua o idioma (castellano, lengua oficial de la nación: artículo 114 CPP). Para extranjeros: intérpretes, y documentos se traducen (artículo 114. 2, 3 y 4, CPP).

3. Defectos y nulidades procesales

3.1. Defectos procesales. (I)

3.1.1 Nulidad – definición

La **nulidad** es el remedio procesal que tiene lugar cuando el acto procesal judicial padece de una falta de aptitud para producir los efectos que le son propios,

es decir, presenta un vicio o defecto que se lo impide y es causa de su invalidez. En su virtud, se priva al acto procesal de sus efectos jurídicos normales –la ineficacia se entiende como la incapacidad del acto para producir sus efectos jurídicos [LEONE]–. Para ello, como es lógico, la norma infringida debe ser de tipo invalidante, es decir, de un a naturaleza tal que su infracción conlleve la nulidad.

Propiamente, la nulidad es una técnica de protección del ordenamiento jurídico dirigida a la privación de los efectos producidos por actos en cuya realización se ha cometido infracciones que el ordenamiento considera dignar de tal protección [HERNÁNDEZ GALILEA].

Todo acto procesal requiere el cumplimiento de las formas y es del caso asegurar su propio respeto mediante sanciones adecuadas. En casos graves, esta sanción es la nulidad. No obstante la nulidad tiene que ser declarada en una solución para que produzca efecto; la nulidad debe ser constatada formalmente.

De otro lado, es de precisar que los actos no judiciales que incumplan los requisitos de lugar, tiempo y forma resultarán inválidos y se tendrá por no realizados –solo se anulan los actos judiciales– [GARBERÍ].

El juez debe disponer la reposición del acto nulo –retrotraer la causa a un estado determinado, esto es, al momento o paso en que se produjo el acto nulo, para su enmienda o renovación–.

3.1.2 Identificación

Los actos procesales, al igual que los actos jurídicos en general, pueden presentar defectos –falta derivada de la observancia de las normas procesales–, que tienen diversos grados. Así, los defectos pueden ser determinantes de su **(i)** nulidad radical o absoluta o de su **(ii)** anulabilidad o nulidad relativa: artículos 150 y 151 CPP. También existen **(iii)** actos procesales irregulares, que llevan aparejada una sanción de tipo disciplinario para el sujeto autor del acto, pero permaneciendo el mismo subsistente y eficaz –son defectos de escasa relevancia que no importan ningún nivel de indefensión o regularidad esencial del procedimiento–. Las dos nulidades son categorías elaboradas en la teoría del derecho. La nulidad ofrece grados: absoluta y relativa; es decir, existen actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa. La primera afecta disposiciones de carácter imperativo –organización judicial, competencia objetiva y funcional, y normas esenciales del procedimiento de carácter imperativo–, mientras que la segunda solo afecta al interés privado –se refiere, a las "[...] *otras normas referidas al procedimiento*"–.

3.1.3 Diferencias

Son tres las diferencias entre las diversos tipos de nulidad. **1.** La nulidad absoluta es insubsanable, y la relativa es subsanable o convalidable (artículo152 CPP). **2.** La nulidad absoluta es apreciable de oficio y en cualquier momento (artículo 150, primer párrafo, CPP), y la relativa solo a instancia de parte (dentro del quinto días de conocida: artículo 151.3 CPP). **3.** La declaración de nulidad absoluta produce efectos *ex tunc* (se entiende que el acto nunca se produjo, hacia el pasado), y la relativa solo *ex nunc* (a partir de su declaración, hacia el futuro) [Cordón]. Una aclaración es imprescindible: según ha quedado cierto, el contenido, como elemento del acto procesal, también puede ser objeto de infracción y, por tanto, es posible su nulidad, para lo que debe recurrirse a lo que estatuye la doctrina procesalista sobre la materia –nuestra ley procesal no la regula–.

3.1.4 Reglas para su declaración

El defecto incurrido –producto de la inobservancia de las disposiciones legales establecidas–, que genera la declaración de nulidad del acto procesal, está sujeto a cuatro principios: taxatividad, finalidad, trascendencia y de protección.

1. La nulidad debe estar sancionada expresamente por la ley (artículo 149 CPP). Es el principio de taxatividad. También se le denomina "principio de especificidad" (*pas de nullité sans texte*), en cuya virtud la nulidad como sanción no puede ser establecida sino por la ley. Solo la ley puede pronunciarla. Se acoge, por tanto, el sistema legalista. Su interpretación ha de ser restrictiva para no desvirtuar el régimen legal o deferirlas a una valoración del juzgador (Casación argentina, Sala III, 1997). No se admite nulidades sustentadas en analogía, pero estas pueden resultar de una prohibición o condición legal, por lo que carece de valor legal todo acto que ofenda la ley imperativa -o prohibitiva [Ledesma].

2. Al principio anterior se agrega el principio de finalidad. Fuera del principio de taxatividad, la nulidad también se declarará cuando el acto procesal carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (artículo 171, primer párrafo, CPCivil).

De otro lado, están implícitos los principios de trascendencia y de protección.

3. El principio de trascendencia, exige que el defecto ha de haber ocasionado un concreto perjuicio de indefensión, afectado un interés tutelable, perjuicio concreto y evidenciado. Se entiende que las nulidades absolutas presuponen, en

principio un interés afectado, pero es de rigor analizar caso por caso, pues debe llegarse a la convicción que de no haberse producido el vicio el resultado habría sido otro. Además, la declaración de nulidad es inviable cuando se afecta el interés de la parte cuya garantía se ha vulnerado.

4. El principio de **protección**, requiere, como regla de carácter negativa, que el afectado no ha de haber ocasionado la nulidad o concurrido a causarla, lo que se sustenta en el principio de moralidad procesal.

3.1.5. Nulidad absoluta (II)

El artículo 150 CPP, de fuente italiana, identifica taxativamente, aunque con un supuesto abierto, los motivos de nulidad absoluta. Son actos a los que les falta un requisito esencial que lo afecta gravemente. Este defecto es insubsanable [Alzamora]. Son cuatro defectos: tres son motivos de nulidad específicos –1 al 3– y el restante es un motivo genérico –el cuarto–. Así: **1.** Intervención, asistencia y representación del imputado, o de la ausencia de su defensor en casos de defensa obligatoria. **2.** Nombramiento, capacidad y constitución de los jueces o salas. **3.** Promoción de la acción penal y participación obligatoria del MP en las actuaciones procesales. **4.** Inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas en la Constitución –prescindencia de normas esenciales del procedimiento que generen indefensión material–.

Es implícita, desde luego, conforme al régimen general de los actos jurídicos, cuando el acto se realice bajo violencia o amenaza –vicios de voluntad–. Su consecuencia jurídica es la ineficacia, que incluso puede hacerse valer de oficio [VOLK]. Cabe acotar que el error será relevante si es claro y el juez no lo ha puesto en claro, pues viola su deber de asistencia judicial (BGHSt 18, 257). El engaño también puede ser incluido en esta noción, el cual relevante si resulta claro, bajo el mismo criterio de la violación del deber de asistencia judicial [ROXIN–SCHÜNEMANN].

3.1.6. Nulidad relativa (III)

3.1.6.1. Definición

No existe un precepto que fije los motivos de nulidad relativa, pero su referencia –y solo ella– se encuentra en el artículo 151 CPP. En todo caso, se produce cuando el acto procesal contiene genéricamente algún tipo de infracción legal, es decir, contravenciones previstas en la ley procesal, de importancia

secundaria; de preceptos no esenciales o que protegen bienes jurídicos e intereses legítimos de importancia menor [De la Oliva]–. Ésta, empero, no produce efectiva o grave indefensión a las partes, bien porque el perjuicio que les ocasionan no es relevante en orden a la alegación y prueba de sus pretensiones, o bien porque es posible subsanar ese defecto. Es pues un defecto leve, que no compromete su existencia, y proviene en la mayoría de los casos de un descuido o error [Alzamora].

3.1.6.2. Límites para su declaración

A. Son dos los límites para la declaración de nulidad:

1. Formal –positivo o negativo–. El positivo: Solo está legitimado para instarla el afectado y dentro de los cinco días de conocido el defecto –en este último punto, se afirma la vigencia del principio de preclusión procesal–. El negativo: No podrá ser alegada cuando ya se deliberó en la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación en la sentencia de la instancia sucesiva.

Se puede decir, por un lado, que el hecho que el caso juzgado, la sentencia firme, purgue cualquier nulidad, aún las nulidades absolutas, esto es, haga primar la valía del principio del caso juzgado por sobre la disvalía de la nulidad absoluta., hace que –de facto– todo defecto procesal sea de carácter relativo [Alvarado Velloso]. Pero, por otro lado, también es posible afirmar que, como los casos de nulidad absoluta precisan ser judicialmente constatados, al no haber sido verificadas es que jurídicamente no existen, tanto más si no es debido, en general, que el ordenamiento procesal establezca instrumentos determinados para el examen del acierto o desacierto con el que un juez haya apreciado casos de hipotética nulidad; en conclusión, alcanzada la cosa juzgada se puede decir, o bien que ya no hay nulidades absolutas en el proceso cerrado, o bien que no hay medio jurídico para que sean judicialmente constatadas: no pueden valer jurídicamente como casos de nulidad absoluta [Ortells].

2. Material: No procede cuando el que la alega ocasionó el defecto, concurrió a causarlo, o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada, o por quien debía conocer la prohibición legal. Los terceros tampoco están legitimados. Es el denominado "principio de protección", que es una regla negativa que evita el indebido manejo de la sanción, propendiéndose a la moralización de la actividad procesal. Consagra la máxima: *nemo auditur turpitudinem suam allegans; malitiis non est indulgendum* [no se atiende a quien alega su torpeza; no

hay que condescender con la malicia]. Se sustenta en el principio de moralidad procesal, de suerte que quien alega el vicio puso en evidencia los elementos indispensables o concurrentes para que se verifique la nulidad [LEONE].

La jurisprudencia constitucional española, asumiendo esta regla, tiene expuesto que aun produciendo indefensión, no son susceptibles de provocar la nulidad de actuaciones, las siguientes: **(i)** cuando dicha situación ha sido buscada intencionadamente por la parte que la invoca, mediante su comportamiento doloso o negligencia (STCE 57/1998); **(ii)** cuando se deba a una actuación desacertada, equívoca, errónea u omisiva de quien pretende la declaración de nulidad; **(iii)** cuando la situación de indefensión hubiera sido provocada por su conducta de ocultamiento, como sucede en aquellos casos en los que el motivo de nulidad invocado fuese la indefensión producida por la falta de emplazamiento (STCE 159/1988); y, **(iv)** cuando quien instase la nulidad no hubiese usado de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico con la suficiente pericia técnica (STCE 109/1985) [GIMENO/DÍAZ].

B. De otro lado, no solo se requiere vulneración objetiva de la ley, sino además que el acto procesal ocasione perjuicio para la defensa, indefensión material –se exceptúan algunos casos de nulidad absoluta en los que no importa el perjuicio, aunque son pocos estos casos, muy raros–. No cabe la nulidad procesal si carece de fin práctico, ha de haber un interés jurídico lesionado.

La indefensión ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (STSE 1574/2001, de 14 de noviembre). Ello determina que la nulidad debe declararse en supuestos muy excepcionales (STSE 1574/2001, de 14 de noviembre), de quiebras procesales esenciales causantes de indefensión en las partes concernidas (STCE 4/2004, de 14 de enero).

3.1.7. Efectos de la nulidad (IV)

3.1.7.1. Ámbito

Comprende tanto la nulidad absoluta (de pleno derecho) como la nulidad relativa (anulabilidad). El artículo 154 CPP no hace diferencia alguna.

3.1.7.2. Extensión

1. Criterio base: la nulidad de los actos procesales ocasiona derechamente la nulidad del proceso, como serie o sucesión de actos encaminados hacia la sentencia, de suerte que a cada acto le precede otro –u otros– y a su vez, este es presupuesto del siguiente –o siguientes–. La extensión de la nulidad se centra en los actos procesales dependientes del acto nulo. Existen, por tanto, exclusiones a la extensión y límites a la misma.

2. Reglas de exclusión. El artículo 154 CPP fija las reglas para evitar las nulidades en cadena, al amparo del principio de conservación, y destaca qué actos no son dependientes [Valencia]. El principio de conservación cumple en el proceso jurisdiccional la misma función que en el resto del ordenamiento jurídico: la seguridad y la certeza jurídicas imponen que se conserve la validez de los actos procesales cuando la nulidad de los mismos acarrea o puede acarrear más perjuicios que beneficios –una expresión del mismo se presenta en el caso de las nulidades relativas que permiten su convalidación y su saneamiento, así como en diversas expresiones del principio de preclusión procesal– [Cortés]. De la concordancia de los artículos 173 CPCivil y 154 CPP destacan tres reglas conservativas: **A.** La nulidad no se extiende a los actos anteriores y los sucesivos que no dependen del acto nulo –que son independientes de él–. **B.** La nulidad no comprende, asimismo, los actos sucesivos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. **C.** La nulidad de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.

La conservación es una respuesta a la noción de que la nulidad procesal es una sanción que genera sensibles efectos en la progresión de la causa, su declaración solo procede en casos extremos y comprobados, en que se acredita la infracción del ordenamiento procesal, la trascendencia del acto y la efectiva indefensión generada –el vicio ha de generar consecuencias prácticas, consistentes en la privación del derecho de defensa y un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que será del caso apreciar según las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTCE 48/1986 y 145/1986).

3. Límite de la retroacción de actuaciones. Detectado el acto nulo, en relación con el conjunto del procedimiento ya realizado, luego de su emisión, la retroacción no puede alcanzar etapas ya precluidas –es de referirse a las etapas del proceso declarativo de condena: Investigación preparatoria, intermedia y juicio

oral, y de ellas se desprende que el Jugado Penal no puede declarar la nulidad de actos realizados en las etapas previas al juicio–, con excepción de lo que corresponde en el caso de las potestades anulatorias que tengan los órganos jurisdiccionales superiores en sede de recursos de apelación y de casación.

3.1.8. Convalidación y saneamiento de actos procesales (V)

3.1.8.1. Convalidación

A. Concepto: convalidar es confirmar o revalidar un acto jurídico, en este caso un acto procesal. Solo se puede convalidar un acto anulable, que tiene defectos relativos –contravenciones previstas en la ley procesal–. La declaración de nulidad en los casos de anulabilidad, entonces, está limitada a que fuere imposible convalidar o sanear.

B. Base legal: artículo 152 CPP. **C. Casos de convalidación: 1.** Cuando las partes no solicitaron dentro del plazo su saneamiento. **2.** Cuando las partes concernidas aceptaron, expresa o tácitamente, los efectos del acto. **D. Supuestos de improcedencia de convalidación: 1.** Cuando, pese a la irregularidad, el acto consiguió su finalidad o no afectó el derecho y las facultades de los intervinientes en él. **2.** Cuando el acto defectuoso no modificó el desarrollo del proceso ni perjudicó la intervención de los perjudicados.

La denominada "convalidación tácita" es un supuesto de convalidación (artículo 172.3 CPCivil). Se da cuento la parte facultada para plantear la nulidad no realiza su pedido en la primera oportunidad que tiviera para hacerlo. Si, en su oportunidad, la parte afectada guarda silencio luego ya no puede alegar afectación a sus derechos (SCivil 733-2008/Moquegua, de 2-4-2008).

3.1.8.2. Saneamiento

A. Concepto: Es un instrumento procesal por el cual se repara o remedia un acto procesal incurso en nulidad relativa.

B. Modos de saneamiento: El saneamiento procesal es una obligación para el juez, y se expresa, siempre que sea posible, de tres modos: **1.** Renovando el acto. **2.** Rectificando el error. **3.** Cumpliendo el acto omitido. No es posible, bajo el pretexto del saneamiento procesal, retrotraer el procedimiento a un período ya concluido –solo es factible una retroacción a pasos dentro del período, fase o etapa procesal, según los casos, correspondiente–.

C. Procedimiento del saneamiento. Se realiza de oficio o, en todo caso, a instancia de la parte interesada. Si el juez detecta la contravención de las formalidades legales en un acto procesal, lo comunicará al interesado, interesará su saneamiento en un plazo judicial y, vencido el mismo resolverá lo conducente.

4. Tratamiento procesal de la declaración de nulidad procesal

4.1. Control de la nulidad. Medios (I)

Como fundamento de esta institución procesal se tiene que, en puridad, todo sistema procesal está interesado en que no se produzcan actuaciones desviadas, por lo que se articulan oportunidades para enderezarlas. El CPP y el CPCivil solo regulan dos medios para hacer valer la nulidad de un acto procesal:

1. Incidente de nulidad de actuaciones (artículos 151.1 CPP, y 175 y 176 CPCivil).

2. A través de los medios de impugnación regulares (artículos 425.3'a', 433.1 y 2, CPP, y 355 y 382 CPCivil).

Una regla de protección del conjunto del proceso es que no cabe declaración de nulidad absoluta y, menos, de nulidad relativa, cuando el proceso ha terminado por resolución firme. En sede de impugnación no es posible que se decrete de oficio nulidades procesales, salvo las absolutas más graves. Nuestro ordenamiento no cuenta con una regla más dura en este sentido, como por ejemplo la española, que impide las nulidades, salvo las vinculadas a vicios graves de la voluntad y a la falta de jurisdicción o de competencia objetiva y funcional (artículo 227.2.II LECivil).

De otro lado, el que propone la nulidad tiene la carga de probarla, no quien tenga interés en excluir la existencia de la nulidad deducida [Manzini]. Pero, más allá de esta regla de prueba, es de rigor reconocer, por lo anteriormente expuesto, que el motivo de nulidad del acto debe estar probado acabadamente y, ante la duda, el acto debe considerarse válido. La decisión anulatoria debe sustentarse en un alto grado de certeza, pues de lo contrario ha de mantenerse o conservarse el *statu quo ante*, el estado jurídico vigente [Di Giulio].

4.2. Incidente de nulidad de actuaciones (II)

4.2.1. Criterio base

Como se indicó, existen actos procesales nulos de nulidad absoluta y actos procesales nulos de nulidad relativa. Los primeros –los actos nulos de nulidad absoluta– no necesitan para su declaración instancia de la parte interesada, pese a lo cual pueden denunciarla. La nulidad absoluta y la nulidad relativa, según se acotó, están sometidas a distintas reglas.

4.2.2. Solicitud

Fuera de una causa de invalidez o nulidad ocurrida en una audiencia, se requiere de una solicitud de nulidad fundamentada por escrito y en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, siempre antes de la deliberación de la sentencia, y, en todo caso, dentro de quinto día de su conocimiento (artículos 176, primer párrafo, CPCivil y 151.3 CPP) –en este último caso, siempre ha de tenerse en cuenta, en orden a la subsanación de los actos procesales, que las dos únicas limitaciones han de ser: que sea realmente posible y que no exista agravio constitucional para la otra parte [RAMOS MÉNDEZ]–. En la solicitud se debe describir el defecto y proponer la solución correspondiente, dice el artículo 151.2 CPP. Ha de sustentarse, por cierto, en una causal prevista en el Código (principio de taxatividad); y, no debe tratarse de una cuestión anteriormente resuelta (principio de preclusión): artículo 175.2 y 3 CPCivil. Luego de la sentencia no cabe incidente de nulidad de actuaciones.

4.2.3. Trámite

Está regulado en el artículo 176 CPCivil. De la solicitud de nulidad, si pasa el examen de admisibilidad y procedencia –supuestos del apartado 4 del artículo 151 CPP o 175. 2, 3 y 4, CPCivil–, se corre traslado a las demás partes por el plazo de tres días; y, con su contestación o sin ella, se resuelve mediante auto fundado; luego de la sentencia, la nulidad se alega con el recurso de apelación y la Sala, indistintamente, puede resolverla previo traslado en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado. Si la solicitud de nulidad se plantea en la Sala Penal Superior por vicios producidos en el trámite de apelación, ésta resolverá de plano u oyendo a la otra parte.

4.2.4. Decisión

La solicitud de nulidad se resuelve mediante auto fundado. Su contenido está regulado en el artículo 177 CPCivil. Si se estima la nulidad, se ordenará la renovación del acto o actos procesales afectados y las medidas efectivas para tal fin.

4.3. Medios de impugnación regulares (III)

Son cuatro los criterios rectores, sobre la base de que la nulidad de los actos judiciales se hará valer a través de los medios normales de impugnación y se conocerá en los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate [Cortés]. **1.** Contra toda resolución en la que se ha producido una falta o vicio, procede invocar la nulidad por medio de los recursos legalmente previstos (reposición, apelación y casación): artículo 355 CPCivil. La pretensión impugnativa tendrá como causa de pedir la denuncia de un vicio y como petición la anulación de la resolución impugnada. **2.** Las nulidades absolutas se declaran de oficio por el *Iudex Ad Quem*: artículo 409.1 CPP. **3.** En especial el recurso de apelación tiene una función bivalente: revisora y depuradora, de suerte que, en orden a esta última, procede la nulidad (artículo 425.3.a CPP). Además, el artículo 382 CPCivil estatuye que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos en que se trate de vicios en la resolución impugnada, esto es, cuando se trate de nulidades absolutas por defecto estructural de resolución. **4.** El recurso de casación tiene un motivo de quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429.2 CPP), idóneo para denunciar vicios de ese nivel, y al casar la resolución pude acordar que el inferior resuelva (casación sin reenvío): artículo 433.1 CPP. 409, 419.2 contiene el de nulidad, como señala el artículo 382 CPCivil.

PARTE NOVENA

LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES

LECCIÓN VIGÉSIMA QUINTA

LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES: GENERALIDADES

I. LA ANTERIOR LEY PROCESAL PENAL

1. Clasificación

1.1. Lineamientos básicos

El anterior ordenamiento procesal penal concibió una pluralidad de procedimientos penales. La clasificación de los mismos sería la siguiente:

A. Procedimientos ordinarios. Son tres: común –delitos graves–, sumario –delitos de mediana entidad y leves–, y por faltas;

B. Procedimientos con especialidades procedimentales. Son cinco: contra altos dignatarios, contra magistrados, contra reos ausentes, por delitos fiscales (aduanero y tributario), y por delito de terrorismo; y

C. Procedimientos especiales. Son tres: por delito privado, de terminación anticipada, de colaboración eficaz [MONTÓN REDONDO].

No se incluye en esta clasificación, más allá de reconocer que también importa la dilucidación de la pretensión penal estatal, el procedimiento penal militar y el procedimiento contra adolescentes, porque se trata de sistemas de persecución penal que están al margen de la justicia penal ordinaria.

1.2. Características

1.2.1. Procedimientos ordinarios o comunes

Se denominan así porque están previstos para todo tipo de hechos punibles. Presentan una subclasificación interna en función a la naturaleza o gravedad de la infracción punible: delitos graves, delitos menos graves y faltas. Hoy en día es de

considerar que la diferencia entre delitos y faltas ya no solo se justifica en razones meramente cuantitativas, también existen diferencias cualitativas entre ambas infracciones penales, tal como ha sido insinuado por ejemplo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente la STEDH Belilos, y defendido por un sector de la doctrina penalista: Jakobs, Silva Sánchez, García Cavero, etcétera.

El CPP, sin embargo, entiende que solo existe un proceso ordinario, referido a todo tipo de delitos, que es calificado de *proceso común*. La persecución procesal de las faltas, por estar sometida a un procedimiento especialmente simplificado, que obvia la investigación preparatoria y la legitimación activa del Ministerio Público, así como origina una competencia material y funcional distinta, la califica, justificadamente, de proceso especial.

En todo caso, esquemas como el apuntado determinan la configuración, especialmente en infracciones penales bagatelarias, de procedimientos en que las garantías reconocidas son mínimas –que no inexistentes– y cuya represión exige rapidez en el procedimiento, a diferencia de la plenitud de garantías para el procedimiento común por delitos y el énfasis moderado en la rapidez de la causa [FENECH].

1.2.2. Procedimientos con especialidades procedimentales

Son aquellos procedimientos estructurados sobre la base del procedimiento ordinario –por delitos graves y de mediana entidad–, al que se introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculadas mayormente a la competencia del órgano judicial, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas de derechos, al derecho probatorio y a la incorporación de determinadas instituciones procesales. Están ordenados, principalmente, en atención a la condición de la persona a enjuiciar y al tipo de delito objeto de persecución –en general, se estructuran conforme al procedimiento común, adecuando diversos aspectos o pasos fundamentales a la finalidad que lo determina–.

A ese subsistema pertenece, en todo caso, el proceso por razón de la función pública que el CPP, siguiendo la tradición legislativa nacional, ha reconocido y configurado específicamente con reglas propias. Todo lo no suprimido o modificado expresamente o como consecuencia inevitable del fin específico perseguido, se mantiene previsto conforme a las normas del rito común [CLARIÁ].

1.2.3. Procedimientos especiales

Son aquellos procedimientos establecidos para delitos muy concretos o circunstancias específicas de especial relevancia procesales, que determinan una configuración procedimental *sui generis*, muy distinta del procedimiento ordinario. Las reglas que introduce alteran radicalmente aspectos sensibles del procedimiento, tales como la promoción de la acción penal, la intervención del Ministerio Público y de la víctima, el consenso procesal, las reglas de prueba, etcétera. Sus normas derogan o modifican las que organizan el procedimiento común [Clariá].

En un caso se establece un refuerzo de la garantía jurisdiccional –es el caso del procedimiento contra funcionarios públicos–, y en otros se aceleran los trámites –así, los procedimientos inmediatos, de terminación anticipada y por faltas– [Fenech].

II. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. Planteamiento básico

1.1. Necesidad de un nuevo sistema procesal

La pluralidad de procedimientos del ACPP no solo hizo más engorroso el procedimiento penal, sino que introdujo diferencias que en muchos casos hizo muy difícil justificarlos desde la legitimidad constitucional: principios de proporcionalidad y de igualdad; y, además, desde la propia lógica procesal penal: principios de economía procesal o aceleramiento procesal y de disposición o consenso.

La multiplicidad de procedimientos y de normas que los regulaban no podía continuar. Hacía falta un régimen procesal unificador y que incorporara una lógica coherente en la configuración de los procedimientos penales que instaurara, en la medida de lo posible, una adecuada relación entre garantía y eficacia con pleno respeto del principio de proporcionalidad.

1.2. Regulación

El CPP, siguiendo parcialmente el modelo italiano, en un solo Libro, el Quinto: artículos 446-487, acometió esta tarea. En 42 artículos consolidó siete procedimientos especiales, regulados en VII Secciones. Así:

A. Proceso Inmediato: artículos 446-448 (tres artículos).

B. Proceso por razón de la función pública: artículos 449-455 (siete artículos). Se subdivide en tres títulos:

(i) Título I. Proceso por delitos de función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos: artículos 449-451 (tres artículos).

(ii) Título II. Proceso por delitos comunes atribuidos a Congresistas y otros Altos Funcionarios: artículos 452-453 (dos artículos).

(iii) Título II. Proceso por delitos de función atribuidos a otros Funcionarios Públicos: artículos 454-455 (dos artículos).

C. Proceso de seguridad: artículos 456-458 (tres artículos).

D. Proceso por ejercicio privado de la acción penal: artículos 459-467 (nueve artículos).

E. Proceso de terminación anticipada: artículos 468-471 (cuatro artículos).

F. Proceso por colaboración eficaz: artículos 472-481 (diez artículos).

G. Proceso por faltas: artículos 482-487 (seis artículos).

H. Proceso con especialidades procedimentales: Organización Criminal. Ha sido incorporado por la Ley n.° 30077, de 20-08-13, contemplado por los D. Leg. n.° 1180 y 1182, de 26-07-15; 30133, de 20-12-2013; 1342, de 07-01-2016; y 1244, de 29-10-2016.

1.3. Justificación

1.3.1. Alcances

El rasgo definitorio de los procesos inmediato, por faltas y por delitos privados es la simplificación procesal, basada en la economía procesal, cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales –o periodos dentro de las mismas– y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere. Se trata de simplificar la respuesta estatal, ya sea porque la sociedad requiere una decisión mucho más rápida o bien porque la trascendencia de la infracción no justifica el despliegue de mayores recursos [BINDER]. En consecuencia, se reducen –a su mínimo indispensable– las garantías establecidas en el procedimiento común en aras de la celeridad de la obtención del resultado que se pretende con el proceso.

En función a determinadas características de la infracción punible: mínimo contenido de injusto y especiales peculiaridades del bien jurídico objeto de tutela penal –especialmente en los delitos privados y las faltas–, y en las notas singulares que presentan el descubrimiento y averiguación del hecho punible, en la que prima la noción de evidencia delictiva, se delinean trámites procedimentales simplificados, incluso se eliminan etapas procesales, en particular la investigación preparatoria formalizada y la etapa intermedia. Se trata, en este caso, de los denominados procedimientos acelerados.

Las circunstancias absolutamente extraordinarias, en función **(i)** a la peligrosidad del agente y su falta de capacidad penal, así como **(ii)** a su condición funcionarial, impuesta por la Constitución en este último caso, fundamentan, en el segundo supuesto, el procedimiento contra determinados funcionarios públicos –en puridad, se conforma un procedimiento con "garantía reforzada", al exigir determinados trámites parlamentarios y/o autorizaciones y, en su caso, la intervención de tribunales penales más elevados que los ordinarios– y, en el primer supuesto, el procedimiento de seguridad.

La idea del consenso, en función a la admisión de cargos del imputado, a su voluntad de someterse a la acción de la justicia y, en su caso, 'colaborar' con ella, explica tanto el procedimiento de terminación anticipada cuanto el procedimiento por colaboración eficaz. Sin duda, ambos –más el último que el primero– son los más difíciles de justificar, por los problemas que entrañan a los principios de igualdad de armas y de contradicción procesal, y al eje acusación, defensa y juicio, esto es, a la concepción triádica del proceso.

Finalmente, el proceso contra la criminalidad organizada pretende maximizar la eficacia en la lucha contra delitos de singular gravedad cometidos por individuos adscritos o vinculados al crimen organizado. Las especiales características de ese fenómeno delictivo obligan al Estado a dotar a las agencias de control de mayores capacidades de intervención en las garantías individuales de las personas y a desarrollar nuevas medidas limitativas de derechos, aunque a partir del proceso común con esta finalidad refuerza el rol de la policía y del Ministerio Público; modela las instituciones de la denuncia, del confidente y del colaborador eficaz; y, entre otros cambios intensivos, reconfigura las medidas instrumentales restrictivas de derechos.

1.3.2. Costos y principios

Las tres etapas del proceso común: investigación preparatoria, intermedia –audiencia de control o preparatoria– y enjuiciamiento, tienen un alto costo. Suponiendo que las investigaciones preparatorias duren aproximadamente lo mismo que las antiguas instrucciones –en tanto no se utilicen las vías deflacionarias que se brinda en sede de investigación preparatoria, así como en el propio juzgamiento: conformidad procesal–, el costo unitario del trabajo aparece aumentado, y ante una estandarización de los recursos económicos y no reducción de la demanda, la reforma solo concebida para un modelo como el ordinario –o común–, sin duda, ante un déficit presupuestal crónico, conduciría al colapso de todo el sistema procesal [CORDERO].

Es de tener presente, sin embargo, que el principio de celeridad, que hace hincapié en el derecho del imputado a un proceso célere, se justifica solo en la medida que se respeten las cláusulas del debido proceso, y que el derecho de defensa, a la inocencia y a la igualdad procesal, no queden mellados en su propia esencia [BARONA].

Por tanto, mínimo contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho, libre voluntad y aceptación del imputado, especiales circunstancias vinculadas al descubrimiento del hecho punible, extraordinarias características del imputado –falta de capacidad penal y relevancia constitucional de la función pública en orden al delito perpetrado– y extraordinaria gravedad del delito y lógica de injusto de organización, son los factores que, sin mengua del contenido esencial de las garantías judiciales, permiten justificar un procedimiento especial y, de ese modo, legitiman un esquema procedimental distinto al común u ordinario.

LECCIÓN VIGÉSIMA SEXTA

LOS DIVERSOS PROCESOS ESPECIALES

I. EL PROCESO COMÚN

1. Planteamiento básico

Desde la perspectiva de los rasgos más característicos del proceso común, en su ámbito declarativo, se tiene que constar de tres etapas centrales, cada una con un cometido propio, que tienen como eje el principio de contradicción: investigación preparatoria, etapa intermedia y enjuiciamiento.

En el ámbito del proceso de declaración o declarativo de condena, y desde la competencia funcional, determina la intervención de dos tipos de jueces: **(i)** el juez de la investigación preparatoria, que interviene, como juez de garantía, en la etapa de investigación preparatoria, y dirige la etapa intermedia; y **(ii)** el juez penal, que dirige la etapa de enjuiciamiento.

2. El procedimiento de investigación preparatoria

Lo conduce el Ministerio Público, pero con control judicial a cargo del juez de la investigación preparatoria. Es una etapa, sin dejar de ser procesal, de naturaleza mixta: **(a)** administrativa, desde la definición, formulación y actuación de los actos de investigación, y **(b)** judicial, por la intervención del juez para garantizar el derecho de los sujetos procesales que intervienen en su desarrollo y afirmar la vigencia de las garantías individuales.

Se divide en dos subfases: **(i)** diligencias preliminares y **(ii)** de investigación formal. La primera, bajo dirección y control exclusivo del fiscal, sin intervención jurisdiccional en su planificación, contenido y alcances, que puede culminar incluso con una resolución de archivo aplicando un criterio de oportunidad, en la que la intervención jurisdiccional –con marcado énfasis garantista en la subfase de investigación formalizada–, a semejanza del modelo germano, está circunscrita a

aquellos supuestos en los que sea menester imponer medidas de coerción, restringir derechos fundamentales para asegurar evidencias, consolidar la intervención de las partes en la causa y tutelar el derecho de los intervinientes en la investigación, en especial del imputado.

Empero, existe una base común en los actos de investigación que se realizan en ambas subfases. La regla es la irrepetibilidad de las diligencias de averiguación, las mismas que no son actos de prueba. El procedimiento de investigación preparatoria, a su vez, puede culminar anticipadamente al ampararse una excepción, cuestión previa o cuestión prejudicial, o porque el imputado decide someterse a la terminación anticipada. Esta etapa, aun cuando escrita, está informada por las notas de flexibilidad, eficacia y racionalización [TALAVERA].

3. El procedimiento intermedio

Lo conduce el juez de la investigación preparatoria. Está inspirado, centralmente, en el principio procedimental de oralidad y en el procesal de contradicción. Tiene como objeto calificar la investigación preparatoria y decidir el sobreseimiento o la apertura del juicio oral: valoración procesal de la investigación preparatoria. Importa la celebración de audiencia de control del sobreseimiento o, en su caso, la audiencia preliminar de control de la acusación. Puede dar por concluido el proceso con el sobreseimiento de la causa e, incluso, por la aplicación de un criterio de oportunidad o por ampararse un medio de defensa técnico.

De igual modo, este procedimiento, como luego se verá, puede ser obviado en los supuestos de evidencia delictiva, a mérito de lo cual se instaura el procedimiento inmediato, que importa dictar acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio por el juez penal, una vez se dicte, por el juez de la investigación preparatoria, el auto que dispone la incoación del proceso inmediato.

4. El procedimiento de enjuiciamiento

Lo conduce el juez penal, Unipersonal o Colegiado, según que el delito acusado tenga señalado o no en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años (artículo 28.1 CPP). Tiene un carácter netamente jurisdiccional y está destinado, bajo el principio de unidad y concentración del debate, a la actuación contradictoria de la prueba –informada, en su esencia, por las reglas de pertinencia y necesidad– y a su debate, donde el juez desempeña un papel de director y de contralor de su adecuado desarrollo y finalidad.

Las partes son las que, primordialmente, llevan a cabo el interrogatorio directo a los órganos de prueba –es palmario el predominio del principio de aportación de parte–. Puede culminar anticipadamente con la aplicación del instituto, de origen hispano, de la conformidad procesal.

Desde su estructura destaca, bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, publicidad y concentración, en primer lugar, la formulación de las pretensiones y la consolidación de la resistencia; en segundo lugar, la actividad probatoria y las alegaciones sobre ella; y, en tercer lugar, la expedición de la sentencia, en función a las pruebas legítimamente incorporadas en el juicio.

II. EL PROCESO INMEDIATO
(CPP originario, D. Leg. 1194 y 1307)

1. Presupuestos del proceso inmediato

1.1. Planteamiento

La noción de evidencia delictiva, conforme al artículo 446.1 CPP, preside la conversión de un procedimiento común en inmediato, que a su vez autoriza la simplificación de sus trámites y el aceleramiento procesal –se concentra en los primeros momentos de la investigación probatoria, en especial en la subfase de diligencias preliminares, y se elimina la etapa intermedia–; por tanto, la característica definitoria de este proceso es su celeridad, consecuencia del recorte de la actividad probatoria por falta de necesidad de la misma [Reyna]. Su configuración legal no está en función a la entidad del delito ni a la idea del consenso, sino a la presencia desde un primer momento de una circunstancia objetiva referida a la notoriedad y evidencia de elementos de cargo, que permiten advertir con visos de verosimilitud la realidad del delito objeto de persecución procesal y la intervención del imputado.

Para su incoación no se requiere la aceptación del imputado, solo que el fiscal –y solo él– inste este procedimiento al juez de la investigación preparatoria. Con esta finalidad es necesario que se cumplan dos presupuestos: 1. Alternativamente: (i) flagrancia delictiva, (ii) confesión o (iii) evidencia delictiva propiamente dicha. 2. Declaración del imputado –de su posición procesal frente al interrogatorio depende en gran medida, en relación con las circunstancias objetivas de la causa, la incoación de este procedimiento acelerado–.

1.2. Flagrancia delictiva

Está sujeta a una definición legal, establecida por el artículo 259.2 CPP –de clara influencia italiana–. La flagrancia delictiva exige las notas de inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente de la intervención policial: el sujeto es sorprendido realizando actos de ejecución del delito. La flagrancia es lo opuesto a la clandestinidad de la comisión de un delito. El delincuente debe estar en el teatro de los hechos, o muy cerca de él, y en una relación inmediata con los bienes delictivos o con la ejecución del delito, de modo que siendo observado por la autoridad policial se torne imprescindible su intervención para poner fin a la situación delictiva que ha creado por su propia conducta. Esa misma lógica opera para la cuasiflagrancia, que abarca al individuo que logra huir de la escena del delito, pero es perseguido e inmediatamente detenido después de cometerlo o intentarlo –no se exige la percepción directa de la comisión delictiva–.

Como ha quedado explicado, la norma citada fue modificada por el D. Leg. n.° 983, de 22-07-07, que amplía notoriamente tanto el supuesto de cuasiflagrancia, al punto de justificar la detención sin orden judicial cuando el imputado huyó del teatro de los hechos y tras ser identificado es encontrado dentro de las 24 horas de producido el delito; cuanto el supuesto de flagrancia presunta, en cuya virtud el sujeto es detenido, sin que su presencia en el teatro de los hechos conste de modo directo, es encontrado ¡dentro de las veinticuatro horas¡ de la comisión del delito con bienes delictivos en su poder que denoten su probable autoría o participación criminal –de la evidencia se pasa, cualitativamente, a la probabilidad, ciertamente lejana y de dudosa base convictiva–. Esa norma, lamentablemente, en su esencia, ha sido ratificada por la segunda reforma de dicho artículo, mediante Ley n.° 29372, de 09-06-09.

1.3. Confesión

Está definida legalmente por el artículo 160. 1 CPP. Desde una perspectiva funcional debe entenderse como el reconocimiento del imputado de la participación en el hecho objeto de imputación. El procesado debe admitir los cargos o imputación formulada en su contra, es decir, reconocer la comisión de los hechos incriminados. Por lo demás, ese testimonio debe ser intrínsecamente válido, es decir, prestado libremente y en estado normal de las facultades psíquicas del declarante ante el fiscal en presencia de su abogado. En efecto, la confesión es el acto procesal que consiste en la declaración personal, libre, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado durante la investigación o durante el juicio oral, aceptando

los cargos que se le atribuyen [Neyra]. Por las características del enjuiciamiento no hace falta la presencia de una prueba corroborante categórica –aunque sí de mínimos elementos que le concedan cierta verosimilitud o solvencia probatoria–, pues para ello está el debate oral, que no se elimina con este procedimiento; por tanto, es plenamente factible la posibilidad de una absolución.

Constituye doctrina procesalista mayoritaria concebir una limitación respecto de los alcances de la confesión. No se acepta como tal la llamada confesión calificada, en cuya virtud el imputado agrega circunstancias justificantes o exculpatorias. Se entiende que en ese caso no se trataría propiamente de la admisión del hecho atribuido [Llobet], y apartaría el caso de la lógica de simplicidad y facilitad probatoria que aconseja este procedimiento.

El beneficio de la confesión es la disminución de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal. Este beneficio no es aplicable en el supuesto de flagrancia –obviamente aceptable en función al fundamento político-criminal de la institución– ni de reincidencia y habitualidad –de dudosa legitimidad de la objetividad de las reglas de distinción en relación con el motivo de justificación del beneficio instituido–, conforme lo estipula el artículo 161 CPP, modificado por Ley n.° 30076, de 19-08-13.

1.4. Evidencia delictiva

Fuera de los supuestos de flagrancia y confesión, deben presentarse actos de investigación o actos de prueba preconstituida que permitan establecer, de modo cierto, claro, patente y manifiesto, la realidad del delito y la vinculación del imputado con su comisión. Debe existir en la causa, con independencia de la posición procesal del imputado y como consecuencia de las diligencias preliminares, datos sólidos que produzcan convicción razonable de la realidad del delito y de la vinculación del imputado con su comisión. Desde luego, se trata de un estado de conocimiento del hecho y de su autor especialmente claro en esta fase del procedimiento de averiguación, que no se preste a polémicas fundadas o que adolezca de ciertas lagunas que determine la necesidad de actos de investigación adicionales o de corroboración.

El juez de la investigación preparatoria ha de poder revisar el mérito de las actuaciones de investigación y llegar a un estándar de suficiencia razonable, que permita comprobar, a través de la presencia de determinados antecedentes, los elementos esenciales de la imputación, tanto en lo que se refiere al delito

imputado, la participación y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal atribuidas al hecho o al autor [HORVITZ].

1.5. Declaración del imputado

El segundo presupuesto, concurrente, con una de las alternativas anteriores, es la declaración del imputado –concebida, básicamente, como un acto de defensa material, si bien puede igualmente proporcionar datos probatorios [BERTOLINO]–. Este presupuesto se enfatiza específicamente en el supuesto de evidencia delictiva –artículo 446.1c CPP–, aunque es obvio que debe estar presente –siempre lo está– en los casos de confesión y puede estarlo en los casos de flagrancia delictiva, que presuponen la presencia del imputado y su posible declaración. Como quiera que el CPP reconoce como derecho fundamental la libertad de declaración y, por ende, que el imputado tiene derecho al silencio, es posible que este no se someta al interrogatorio, por lo que cabe preguntarse si dicho obstáculo procesal impide la incoación del procedimiento inmediato. Tal obstáculo puede ocurrir tanto en los casos de flagrancia delictiva como en los de evidencia delictiva. Así las cosas, no es dable rechazar la incoación del procedimiento inmediato, pues basta que el imputado esté presente y que se le haya dado la posibilidad de que ejerza su defensa material, que se le emplace para que responda a los cargos y que aporte lo que corresponda a su defensa material. La esencia de esta posibilidad procesal no está en la actitud del imputado frente a los cargos –de ser así solo sería viable en el supuesto de la confesión–, sino en la entidad de los elementos de convicción que rodean al caso y que hacen viable estimar que existen datos patentes del hecho delictivo y de su autor.

1.6. Proceso inmediato y causas con pluralidad de imputados

Lo antes expuesto rige claramente para los procesos simples. Empero, tratándose de un procedimiento con pluralidad de imputados se requiere, conforme al artículo 446.1 CPP, que todos ellos se encuentren en una de las situaciones previstas anteriormente: flagrancia común, confesión o evidencia delictiva; todos los encausados pueden estar incursos en uno de los tres supuestos o, indistintamente, en alguno de ellos. Además, se exige que los encausados estén implicados en el mismo delito o, con mayor amplitud, hecho punible: unidad procesal del hecho. Esta permisión tiene la misma justificación del propio proceso inmediato: está reservado para ser aplicado a hechos delictivos de índole sencilla y

de fácil solución, por lo que no sería funcional aplicarlo a causas con pluralidad de imputados en diversa situación jurídica y de cierta complejidad [Neyra].

El extremo final del apdo. II del artículo 446 CPP contiene, en puridad, una regla de acumulación para delitos conexos (artículo 31 CPP) o, mejor dicho, una regla de prohibición de acumulación por conexión procesal de cara a la incoación de este procedimiento. Esa es la regla general, pero que puede excepcionarse en dos supuestos, cuando: **a)** no hacerlo perjudique el debido esclarecimiento de los hechos; y **b)** la acumulación resulte indispensable.

El citado apdo. 2 del artículo 446 CPP, sin duda, pudo incorporarse en el artículo 50 CPP porque introduce un supuesto adicional de improcedencia de la acumulación. En todo caso, rige el artículo 51 CPP que prescribe, para estos casos, la separación de imputaciones conexas. Un criterio de corrección, incluido para evitar perjuicios efectivos al entorno procesal del imputado, a la meta del esclarecimiento –que es el norte de esta institución–, sería que la separación pueda entrañar un peligro para el esclarecimiento del hecho delictivo objeto del proceso penal.

2. Incoación del procedimiento inmediato

2.1. El requerimiento fiscal

El proceso inmediato no se instaura de oficio –por lo demás, de imposible configuración porque la investigación preparatoria está a cargo del Ministerio Público–. Se requiere que el fiscal, y solo él, formule por escrito el requerimiento correspondiente al juez de la investigación preparatoria. Como este procedimiento no incorpora mecanismos premiales, no existe incentivo alguno para que sea propuesto por el imputado. El fiscal ha de formular un requerimiento de proceso inmediato, sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, acumulativamente o por cuerda separada. Este debe cumplir las exigencias formales estipuladas, de modo general, en el artículo 122.5 CPP; sustancialmente debe ser autosuficiente.

El requerimiento fiscal se presenta, como mínimo, luego de culminar las diligencias preliminares –antes de la formalización de la investigación preparatoria– o, en su defecto, como plazo máximo, hasta antes de los treinta días de formalizada esta. Es un plazo de caducidad, que una vez vencido ya no corresponde instarlo.

El fiscal debe acompañar a su requerimiento de proceso inmediato el expediente fiscal, formado en cumplimiento del artículo 134 CPP. Las actuaciones

sumariales son esenciales porque el juez de la investigación preparatoria no solo carece de capacidad de investigación autónoma, sino que su decisión no está sujeta a una posibilidad de actuación de actos de investigación o de instrucción en su presencia. El juez se limita a examinar la fundabilidad del requerimiento y la correspondencia de los presupuestos legales que informan el procedimiento de proceso inmediato con los recaudos investigativos correspondientes.

2.2. Trámite inicial

El requerimiento fiscal es objeto de un trámite de traslado por el juez de la investigación preparatoria a las demás partes procesales debidamente personadas. El plazo para absolverlo es de tres días. El juez, vencido este plazo, con la contestación o no del traslado efectivamente corrido, resolverá inmediatamente. La solicitud de proceso inmediato no se decide en audiencia ni, por lo anterior, se requiere trámite de vista de la causa o informe oral.

Es evidente, en atención a los poderes regulares del juez, que el trámite de traslado puede obviarse en los supuestos de manifiesta inadmisibilidad o improcedencia del requerimiento en cuestión. Es obvio que, si ya venció el plazo para incoar el procedimiento inmediato o si ostensiblemente no se cumplen con los requisitos para su instauración, el juez puede rechazar liminarmente –de plano– la solicitud fiscal.

2.3. Decisión judicial

El auto, siempre motivado, que emite el juez de la investigación preparatoria es apelable. Obviamente, por la naturaleza jerárquica del recurso de apelación, el efecto es devolutivo. La pregunta es si el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo o no. La respuesta se encuentra en la regla del artículo 418.1 CPP; en consecuencia, como la resolución judicial no pone fin a la instancia, la apelación no es suspensiva. Rige también el artículo 412.1 CPP, que dispone la ejecución provisional de toda resolución impugnada, en tanto no existe al respecto una disposición legal en contrario.

3. Características del proceso inmediato

Expedido el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el fiscal formulará acusación, que será remitida por el juez de la investigación preparatoria al juez penal, quien a su vez dictará acumulativamente el auto de enjuiciamiento y

el de citación a juicio, una vez –como no podía ser de otro modo– que se asegure del cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 349 CPP.

Ello significa que se está ante un procedimiento especial que, ante el requerimiento fiscal y el cumplimiento de los presupuestos vinculados a la evidencia delictiva, obvia tanto la investigación preparatoria –o lo que resta de ella si el trámite se instó antes de los treinta días luego de su instauración–, cuanto la etapa intermedia, con sus trámites de control de la acusación y todos los actos procesales que ella entraña. Es muy claro que el auto de enjuiciamiento, en esas condiciones, es inimpugnable, porque deriva directamente del auto de incoación del proceso inmediato. No hay cómo recurrirlo, pues ningún motivo de procedencia es aplicable.

La simplificación del procedimiento solo se expresa en la eliminación de parte de la investigación preparatoria y de la totalidad de etapa intermedia. Es decir, el trámite "salta" del artículo 336 al 355 CPP. Constituye una celebración anticipada del juicio oral [Neyra]. Se produce una alteración de la competencia funcional, pues el juez de la investigación preparatoria ya no dicta el auto de enjuiciamiento, sino que lo hace el juez penal, unipersonal o colegiado según el caso; y, el auto de enjuiciamiento, regulado en el artículo 353 CPP, se adapta a las exigencias del proceso inmediato.

Por otro lado, es de aplicación el artículo 136 CPP, pues dictado el auto de enjuiciamiento el juez penal debe ordenar la formación del expediente judicial. Rigen lo dispuesto en dicho artículo y los subsiguientes (artículos 137 y 138 CPP).

Es importante aclarar que según el artículo 373 CPP en el acto oral las partes ofrecerán la prueba que corresponda, pero la interpretación de los alcances de esta norma debe adaptarse a las exigencias del juicio que saltó la etapa intermedia. Siendo así, no rige la limitación que prevé el extremo final del apdo. 1 de dicho artículo: "solo se admiten aquellas pruebas que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación", dado que esta última no ha tenido lugar. Prima, en consecuencia, el derecho instrumental de formular de solicitudes probatorias y de que estas se acepten en tanto se trate de proposiciones pertinentes y necesarias. Este derecho, como es sabido, integra la garantía constitucional de defensa procesal, cuya plena operatividad debe ser afirmada por el órgano jurisdiccional.

Por último, es por entero factible, en atención a la independencia funcional del proceso de protección o de coerción, que el fiscal inste, paralela o sucesivamente, la dictación de medidas de coerción personales o reales [Rosas].

4. Desestimación del requerimiento de proceso inmediato

El requerimiento fiscal puede ser desestimado por el juez de la investigación preparatoria o, mediante recurso de apelación defensivo –en caso lo promueva el imputado–, por la Sala Penal Superior. Dictada la resolución de desestimación, reza el artículo 448.4 CPP, el fiscal deberá dictar la Disposición que corresponda, esto es, la de formalización de la investigación preparatoria o, en su caso, la de continuación de la investigación preparatoria.

Como es obvio, el requerimiento del fiscal no vincula al órgano jurisdiccional. Su aceptación está condicionada a un juicio estricto de legalidad, vinculado a la presencia de los presupuestos que condicionan su incoación: evidencia delictiva, como criterio material, y que se presente dentro del plazo de ley anexando el expediente fiscal, como criterio formal.

5. Decreto Legislativo 1194 y 1307

5.1. Aspectos generales

El Congreso delegó en el Poder Ejecutivo, mediante la Ley n.° 30336, de 01-07-15, la facultad de legislar, entre otras materias, en Seguridad Ciudadana. Bajo la finalidad de consolidar el valor eficacia de la persecución penal, promulgó el D. Leg. n.° 1194, publicado el 30-08-15, que optó por modificar íntegramente la Sección Primera del Libro Quinto Procesos Especiales dedicada al denominado, bajo inspiración italiana, "proceso inmediato". Asimismo, se promulgó el D. Leg. n.° 1307, publicado el 30 de diciembre de 2016, que entró en vigencia a noventa días de su promulgación, que modificó algunos artículos del referido proceso inmediato.

Tal vez, el propósito más evidente del cambio normativo se orienta en tres perspectivas. Primera, disponer la obligatoriedad de este proceso especial, antes meramente facultativo para el fiscal, a fin de garantizar su aplicabilidad –la normativa anterior, como se recordará, disponía que el requerimiento del procedimiento inmediato era simplemente facultativo, aunque sujeto a requisitos legales muy precisos, de modo que frente al juicio de admisibilidad, procedencia y fundabilidad del juez para aprobarlo, el fiscal optó por evitar su incoación–. Segunda, completar la configuración especial del proceso inmediato, regulando incluso el modelo de enjuiciamiento y, antes, profundizar la oralidad del procedimiento penal afirmando la necesidad de las audiencias. Tercera, facilitar, en suma, la aplicación de sus normas, haciéndolas más claras y con un definido acento en su utilidad práctica,

de suerte que se consiga la incoación de estos procesos y, con ello, que las Fiscalías y los Juzgados puedan dedicarse con más ahínco a las causas más complejas.

Con este firme propósito, de perseguir con la mayor celeridad y rapidez los delitos asociados a la denominada evidencia delictiva, que se reputan, por lo anterior, de simple y fácil acreditación, la I Disposición Complementaria Final instituyó que sus normas se apliquen inmediatamente a nivel nacional, con lo que expresamente se incluyó a los distritos judiciales en los que aún no rige el CPP. En estos casos ha de entenderse que la decisión sobre la incoación del proceso corresponde al juez penal –antiguo juez instructor– y el enjuiciamiento propiamente dicho es de competencia de la Sala Penal Superior, sin que sea posible diferenciar, según el antiguo ordenamiento procesal, entre procesos sumarios y ordinarios, pues esa clasificación, con motivo del CPP, perdió vigencia. No obstante ello, será del caso, por razones orgánico-procesales, estimar que contra la decisión de dicha Sala procede recurso de nulidad, en los términos del artículo 292 del ACPP. No es posible estructurar un esquema propio del CPP pues la organización judicial acorde con el ACPP no lo permite.

5.2. De la definición del nuevo proceso inmediato

El nuevo artículo 446 CPP establece, parcialmente, los mismos presupuestos de la norma originaria para que el fiscal inste el proceso inmediato: flagrancia delictiva, confesión y evidencia delictiva. Empero, elimina el otro presupuesto alternativo y obligatorio: necesaria declaración del imputado o, en todo caso, oportunidad proporcionada al imputado para que pueda declarar sobre los hechos atribuidos preliminarmente. Tal eliminación se explica por el hecho de privilegiar el presupuesto de flagrancia delictiva, que presupone, como actuación inevitable y urgente, la declaración del imputado. En los casos de confesión y evidencia delictiva se estima que el plazo para incoar el procedimiento será "luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria" (artículo 447, último párrafo, CPP), por lo que es obvio que en estos casos ya medió declaración del imputado, que en el modelo de investigación preparatoria tal actuación es inmediata e indispensable, como expresión del derecho a ser oído.

El apdo. 2 del artículo 446 CPP dispone que los casos complejos, según las reglas estatuidas por el artículo 342.3 CPP, están excluidos del proceso inmediato. Sin embargo, la expresión final, en cuando prescribe: "sean necesarios ulteriores actos de investigación", sugiere, pese a que en tan corto tiempo de actuación de los

órganos públicos de investigación es muy difícil tener completo el cuadro fáctico de intervención punitiva de los imputados, que muy excepcionalmente será posible incoar tal procedimiento. Desde luego es una posibilidad de "laboratorio", de nula aplicación práctica y, además, inconveniente, pues en esos casos los procesos siempre demandan actos de esclarecimiento y de consolidación probatoria.

Desde la perspectiva contraria, de incoación obligatoria del proceso inmediato, se cuentan los delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o drogadicción (artículos 149-150 y 274 CP), en los que se excluye los presupuestos de flagrancia, confesión y evidencia delictiva (artículo 446.4 CPP). En pureza, desde la propia configuración de tales delitos –salvo el caso del artículo 150 CP–, se tiene que se trata de ilícitos penales, el primero, de evidencia delictiva –por la resolución judicial proveniente del proceso civil de alimentos, que es un elemento del tipo objetivo–; y, el segundo, de flagrancia, pues la acreditación de la drogadicción o de la ebriedad consta en la pericia de alcoholemia (dosaje etílico) o toxicológica correspondiente, realizada inmediatamente luego de la intervención del imputado. Tal connotación acreditativa permite entender, como configuración implícita, que en su constancia fluyen las notas de evidencia delictiva o de flagrancia. Por consiguiente, en atención a las bases que lo informan, si no se presentan estas circunstancias en el requerimiento de proceso inmediato, el juez de investigación preparatoria no puede aceptar la incoación de dicho proceso especial.

De existir pluralidad de imputados, será posible el proceso inmediato si todos los encausados se encuentran en la misma situación jurídica: flagrancia, confesión o evidencia delictiva (artículo 446.3 CPP), que presupone en principio prueba acabada del delito y, a su vez, simplicidad material de la causa.

La nueva norma introduce, a propósito de este proceso especial, una regla específica en relación a la acumulación procesal. Si concurren delitos conexos en los que intervienen otros imputados –si son los mismos imputados se está en la primera frase de la norma comentada– la acumulación no es viable –si se produjo tal cosa es obvio que procede la separación de imputaciones (artículo 51 CPP), pero ¿en tan corto tiempo?–. La acumulación, sin embargo, será necesaria cuando está de por medio el debido esclarecimiento de los hechos o esta resulta indispensable, siempre en aras de apreciar integralmente y en una sola causa los hechos objeto de procesamiento y ulterior enjuiciamiento, en la medida en que su análisis aislado niegue viabilidad u oscurezca el descubrimiento de la verdad.

Planteado el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, cuya oportunidad, como quedó explicado, es al término del plazo de detención policial

de oficio o de la preliminar –hasta 24 horas en delitos comunes y hasta 15 días en delitos exceptuados–, salvo el supuesto de confesión y evidencia delictiva en que la oportunidad procesal para presentar el requerimiento se extiende al término de las diligencias preliminares y hasta antes de los 30 días de iniciado la investigación preparatoria formalizada, el juez de la investigación preparatoria debe señalar la denominada audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal. El plazo de la detención, de esta manera, se extiende automáticamente hasta la realización de la audiencia, prolongación que no puede reputarse inconstitucional porque el reo ya fue puesto a disposición judicial y desde esa perspectiva el juez debe tener, y tiene, un plazo razonable, por lo demás, muy breve, para decidir su situación jurídica.

El requerimiento de incoación del proceso inmediato hace las veces, en caso de flagrancia, de Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria –por tal razón está sujeto a los mismos presupuestos formales que fija el artículo 336.2 CPP–. Por consiguiente, si se cumplen los presupuestos materiales del artículo 268 CPP, el fiscal deberá solicitar la prisión preventiva y, acumulativamente, otra medida de coerción personal o real contra el imputado. Cabe preguntarse si el fiscal no pide la prisión preventiva, situación que importa asumir que no se dan los presupuestos materiales que la justifican, ¿la situación de detención seguirá estable? Una primera respuesta, en aras de la eficacia del procedimiento, será afirmativa pues se requiere cumplir con los plazos reducidos que prevé. Otra respuesta, proclamando la superioridad del derecho a la libertad y del valor justicia material, así como del principio de proporcionalidad, será optar por la inmediata libertad del detenido. Es de inclinarse por esta segunda opción, que está en consonancia con los valores claves del Estado constitucional.

La audiencia tiene, acumulativamente, tres finalidades, en el orden siguiente: 1) definir la incoación del proceso inmediato; 2) pronunciarse ante un pedido realizado en la misma audiencia acerca de un criterio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada; y, 3) dictar, si corresponde, las medidas de coerción solicitadas, previamente y por escrito, por el fiscal –no podrá plantearse en la audiencia no solo porque la ley no lo permite sino porque su planteamiento, dada la restricción que las medidas de coerción suponen, lesionarían la garantía de defensa procesal–. Resulta incuestionable que si prospera un criterio de oportunidad o la terminación anticipada –para su dilucidación se aplicarán en lo pertinente tanto las reglas del artículo 2 CPP, pero por decisión judicial y no por criterio del fiscal, de modo que lo más cercano resulta lo dispuesto en el apdo. 7

de dicho precepto, cuanto las pautas del artículo 468 CPP–, no será del caso, por substracción de materia, pronunciarse sobre la incoación del proceso inmediato.

En cumplimiento del principio de aceleramiento procesal, la audiencia única es inaplazable. De conformidad con el artículo 85 CPP, si el defensor no concurre será reemplazado con uno que en ese acto designe el imputado o, en su defecto, por uno de oficio. Se entiende que, si el imputado está privado de libertad, su concurrencia a la audiencia es inevitable. Igual será la opción si el imputado decide guardar silencio o, en todo caso, no concurra adoptando una posición rebelde ante el emplazamiento judicial. La audiencia irremediablemente se lleva a cabo con la sola concurrencia del defensor. La pauta normativa implícita es lo inaplazable de la audiencia y el aseguramiento del derecho de defensa con el concurso obligatorio de un defensor, de confianza o público. Lo que sí será imposible si el imputado no concurre dolosamente es la continuación del procedimiento, en el periodo de enjuiciamiento.

El apdo. 5 de la norma establece, primero, que las resoluciones que se dicten son orales y se profieren en la misma audiencia, luego de la conclusión del debate. Se entiende que las resoluciones aludidas se refieren a los autos interlocutorios sobre el requerimiento de incoación del proceso inmediato y respecto de la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, no así cuando se trata de emitir una sentencia anticipada, la cual por su propia naturaleza será escrita –el auto de desestimación de la solicitud de terminación anticipada también se dicta oralmente–. Segundo, la apelación contra lo decidido, en tanto se trata de un auto, se concede con efecto devolutivo, lo cual es evidente. Se interpone y fundamenta en el mismo acto. No es necesario que se formalice por escrito. La apelación seguirá lo establecido en el artículo 278.2 CPP. Lo esencial, dada la intención de la norma, es el efecto no suspensivo de la apelación (artículo 418 CPP). En caso se dicte el auto oral de aprobación de la incoación del proceso inmediato, el fiscal tiene un plazo de 24 horas, bajo responsabilidad, para formular acusación. El apdo. 6 del artículo 447 CPP, al hacer mención a un efecto disciplinario en caso de incumplimiento del plazo, lo define como un plazo impropio, es decir, su vulneración no acarrea la caducidad para formular acusación y, por ende, no autoriza el archivo de la causa por la supuesta presencia sobrevenida de un impedimento procesal.

Recibida la acusación fiscal, el juez de la investigación preparatoria remitirá lo actuado al juez penal competente –según la entidad del delito, al Juzgado Penal Unipersonal o Colegiado (artículo 28.1 y 2 CPP)–. Se entiende que lo que el fiscal enviará será no solo el requerimiento acusatorio, sino también el expediente

fiscal respectivo –este lo acompaña incluso cuando pide la incoación del proceso inmediato (artículo 447.2 CPP)–.

En caso de rechazo del procedimiento inmediato, el fiscal deberá dar trámite a la investigación conforme al proceso común respectivo. A estos efectos dictará la Disposición que corresponda o la de formalización de la investigación preparatoria.

5.3. Del juicio inmediato

La realización del enjuiciamiento inmediato tiene, en puridad, dos periodos definidos, pero sin solución de continuidad, que deben realizarse, inmediata y oralmente, de ahí el acento en la denominación de audiencia única. El primer periodo está destinado a que el juez penal puede sanear el proceso y dictar sucesivamente, sin suspensión alguna, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio. El segundo periodo está circunscripto al juicio propiamente dicho, informado siempre por el principio de aceleramiento procesal, que es el límite de aplicación supletoria de las reglas del proceso común (frase final del apdo. VI del artículo 448 CPP).

Recibido el expediente fiscal con la acusación fiscal, el juez penal señalará día y hora para la audiencia única, plazo que no debe exceder de las 72 horas –plazos tan cortos son peligrosos pues su cumplimiento está sujeto al calendario de audiencias de los órganos jurisdiccionales, siendo de recordar que un presupuesto de la eficacia de la oralidad es que existan el número suficiente de jueces para acometer con prontitud las tareas de juzgamiento–. Acto seguido, luego de afirmar, conforme al principio de aceleramiento procesal que rige este proceso especial, que la audiencia es siempre pública –lo que es evidente pues ya se formuló acusación– y, sobre todo, inaplazable, y en atención al principio de colaboración de las partes respecto a los órganos de prueba, que la responsabilidad de su concurrencia recae en ellas –no en el órgano jurisdiccional, que desde esta norma no tiene injerencia alguna en la citación y convocatoria de aquellos–, se instala la audiencia, destinada en este primer periodo, a examinar si la acusación presenta defectos formales –que se subsanarán en ese mismo acto– y, luego, a definir todas las peticiones que las partes puedan formular conforme a lo dispuesto en el artículo 350.1 CPP, las cuales previo debate oral serán resueltas oralmente por el juez penal. La norma, a su vez, encarga al juez a plantear la posibilidad de que se planteen convenciones probatorias.

El auto que declara fundado el sobreseimiento o algún medio técnico de defensa, es impugnable con efecto suspensivo (apelable). El recurso se interpone

y fundamenta en el mismo acto. En tal caso rige la impugnación diferida de conformidad con el artículo 410 CPP.

Una vez cumplido el trámite de contradicción, esto es, de planteamiento y debate de las mociones de las partes –planteamiento de pruebas, objeciones a la reparación civil, exclusiones probatorias, deducción de excepciones, cuestiones previas (artículo 7.2 CPP) y cuestiones de competencia y otros–, el juez penal debe resolverlas mediante resolución oral y, en su consecuencia, siempre oralmente, emitir los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio.

El segundo periodo, y final del proceso inmediato, es propiamente el juicio inmediato. El auto de citación a juicio señalará, obligatoriamente, en la misma fecha y hora, la realización del acto oral. Lo inmediato se entiende como la necesidad que el juicio oral se lleve a cabo en ese mismo acto, no en fecha posterior, así sea para el día siguiente, salvo claro está que por la hora sea imposible continuar con la audiencia única.

Se entiende que la tendencia de este proceso estriba en que la audiencia se realice en la misma sesión –la simplicidad del asunto así lo ameritaría–. El receso de la sesión, en todo caso, por razones de tiempo o prolongación del debate, determinará que esta se reanude indefectiblemente al día siguiente o, a más tardar, al subsiguiente (artículo 360.1 CPP)–¿su vulneración implica la nulidad de lo actuado? No será así, desde luego, si no se produce efectiva indefensión material o no se vulneren los derechos del garantizado–. Las sesiones, en este último caso, serán continuas e ininterrumpidas y, entre sesión y sesión, sin excepciones, no se podrá abrir otro juicio oral –en el proceso común se permiten excepciones aunque con una perspectiva restrictiva: artículo 360.5 CPP–. En lo demás, se aplican supletoriamente las reglas del proceso común.

III. EL PROCESO DE SEGURIDAD

1. Objeto del proceso de seguridad

1.1. Proceso penal y medida de seguridad

La doble vía de nuestro derecho penal material –que además de la pena represiva también reconoce las medidas de seguridad (artículos 71 y ss. CP) a propósito de la comisión por una persona de un hecho penalmente antijurídico, apreciado desde su dimensión fundamentalmente objetiva [GARCÍA CAVERO]– ha conducido, en el ámbito procesal, a que el CPP, junto al proceso común, regule un

proceso especial llamado proceso de seguridad (Sección III, Libro V, artículos 45b-458) [Roxin], cuya fuente es el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica y la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

Ambas sanciones: pena y medida de seguridad –así consideradas por la Corte Suprema, Ejecutoria Suprema n.° 104-2005/Ayacucho, de 16-03-05–, significan un mal para el imputado y lo coartan en sus derechos [Vives] –más allá de entender que persiguen fines preventivos especiales, de corrección del autor y de protección de la colectividad frente a él [Strantenwerth]–, por lo que resulta imperativo homologar en lo posible las garantías procesales para su dilucidación y eventual imposición –el eje común es el hecho penalmente antijurídico cometido–, sin perjuicio de destacar, en lo pertinente y necesario, aquellas especialidades intrínsecas a la peligrosidad criminal del sujeto que justifican instituciones procesales adaptadas a esa condición.

Con el ACPP de 1940 no estaba claro cómo se aplicaban las medidas de seguridad –en concreto la de internamiento para los delincuentes peligrosos eximidos de pena o de responsabilidad restringida (artículos 89 y 90 ACP)–. Es de considerar, al respecto, que el artículo 191 ACPP estaba concebido como una medida transitoria, básicamente de seguridad y protección, de carácter procesal, en cuya virtud se ingresaba al imputado que padece de enajenación mental a un asilo de insanos, y que conforme al artículo 225.3 ACPP la elevación a juicio importaba el previo agotamiento de los actos de averiguación–, lo que no impedía la acusación, el juicio oral y la sentencia, la misma que –al igual que la acusación– puede comprender la imposición de una medida de seguridad, acorde con el artículo 285 ACPP.

Sin embargo, esta situación ha cambiado con el CPP, pues el proceso de seguridad, en cuanto a su objeto, comprende con toda propiedad la medida de seguridad privativa de libertad de internación, circunscrita a los anormales psíquicos graves –en pureza, las personas que padecen anomalías psíquicas, alteraciones en la conciencia o en la percepción que alteren gravemente el concepto de la realidad (artículo 20.1 CP)– y aplicable según el principio de proporcionalidad –que atiende a la peligrosidad del agente, a la gravedad del hecho cometido y al delito que probablemente cometiera si no fuese tratado [García Cavero]–. Las reglas de aplicación de la indicada medida de seguridad fluyen de la concordancia de los artículos 74 y 75 CP. La imposición de la medida de seguridad requiere la demostración procesal de que el imputado realizó un injusto penal; por ello en el proceso de seguridad no puede observarse la demostración del hecho atribuido [Llobet].

La incoación del proceso de seguridad presupone que no se puede llevar a cabo un proceso común debido a la inimputabilidad –falta de capacidad penal o capacidad para delinquir– o a la incapacidad procesal del procesado, siempre que, según el resultado de la investigación preparatoria, sea de esperar la imposición de una medida de seguridad de internación [ROXIN], que importa un pronóstico negativo fundado tanto en diagnósticos médico legales a partir de los defectos sicosomáticos del autor como en las características del hecho y condiciones de su autor. No es necesario, para determinar su instauración, que el órgano jurisdiccional tenga certeza del estado de inimputabilidad del encausado y de la necesidad de la medida de internación. El BGH alemán, por ejemplo, considera que solo se requiere que, en todo caso y *prima facie*, no pueda ser excluido ese estado.

A este respecto el artículo 456.1 CPP postula dos situaciones más o menos claras para la incoación del proceso de seguridad: **1.** Que al imputado se le haya dictado la resolución prevista en el artículo 75 CPP, esto es, que previo informe pericial y debate en audiencia preliminar el juez de la investigación preparatoria entienda acreditado el estado de inimputabilidad del procesado; y, **2.** Que al culminar la investigación preparatoria el juez de la investigación preparatoria estime que corresponde imponer al imputado exclusivamente una medida de seguridad y que son aplicables las disposiciones del Título IV del Libro I del CP.

1.2. Proceso de seguridad e inimputabilidad

Las relaciones entre medidas de seguridad y proceso de seguridad generan, a tenor del apdo. 1 del artículo 456 CPP, un problema hermenéutico importante en orden a determinar si el proceso de seguridad solo es aplicable al inimputable. Al respecto, el artículo 456.1 CPP precisa "Cuando el Fiscal [...] al culminar la Investigación Preparatoria considere que solo corresponde imponer al imputado una medida de seguridad y que son aplicables las disposiciones del Título IV del Libro I del CP [...]".

El artículo 71 CP, siguiendo al CP brasileño, prevé dos medidas de seguridad: internación y tratamiento ambulatorio. El artículo 74 CP estatuye que la internación se impone al inimputable, mientras que el artículo 76 CP estipula que el tratamiento ambulatorio se aplica conjuntamente con la pena al imputable relativo (Ejecutoria Suprema n.° 4344-97, de 28-10-97); es decir, el tratamiento ambulatorio no es una reacción penal única, siempre se aplica conjuntamente con la pena –aunque disminuida en función de su culpabilidad–, sin perjuicio que

se cumpla en primer término y que sea posible que la pena ya no se ejecute o que se disminuya en su extensión (artículo 77 CP). El CP, entonces, opta por un sistema dual: penas para los culpables de un delito y medidas de seguridad para los realizadores inimputables de un tipo penal; a la vez que sigue el sistema vicarial para el caso de los imputables relativos o semiimputables: el tratamiento ambulatorio se aplica conjuntamente con la pena [Villa Stein].

Siendo así, como el supuesto de hecho del artículo 456.1 CPP es que solo o exclusivamente se imponga una medida de seguridad, ello únicamente es posible en el caso de la medida de internación –la internación, que es una medida de seguridad privativa de la libertad y, como tal, afecta la libertad ambulatoria, implica el ingreso del sentenciado y permanencia del condenado en un establecimiento hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia [Prado Saldarriaga]–. Como la norma no indica, en plural, medidas de seguridad y se refiere, en general, a las disposiciones del Título IV del Libro I CP, se entiende que no son aplicables todas ellas sino las pertinentes a la medida de internación. Por tanto, el proceso de seguridad está circunscrito a los inimputables y a la medida de internación. Es más, el presupuesto de dicho procedimiento es el artículo 75 CPP, y este requiere de un estado de inimputabilidad, a la que está asociada, exclusivamente, la medida de internación conforme al artículo 74 CP. Por tanto, este procedimiento especial no comprende a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o drogas que también pueden ser afectados por las medidas de seguridad de internación, para los cuales se aplican siempre las reglas y ritos del proceso común [Prado Saldarriaga].

Esta conclusión es similar al caso de sistemas legislativos semejantes al nuestro, como Costa Rica, donde la doctrina procesalista expresó que: "No procede la aplicación del procedimiento cuando lo que se estima es que el imputado actuó en estado de imputabilidad disminuida, ello a pesar de que conforme al CP podría imponérsele además de la pena correspondiente una medida de seguridad" [Llovet]. De igual manera se tiene el caso del modelo germano, fuente evidente de este procedimiento, cuya doctrina puntualizó que: "La apertura del proceso de seguridad presupone que no puede llevar a cabo un procedimiento penal debido a la inimputabilidad o a la incapacidad procesal del autor y, según el resultado de las investigaciones, es posible esperar que sean ordenadas medidas de seguridad" [Roxin].

2. Incoación del proceso de seguridad

El proceso de seguridad se inicia, exclusivamente, a instancia del fiscal. La Ley no prevé que lo solicite la representación técnica o el curador del imputado. Esto último, por cierto, no elimina la posibilidad que se dirijan al fiscal para que inste ese procedimiento, aunque descarta que pueda hacerlo directamente ante el juez de la investigación preparatoria.

El fiscal requerirá el proceso de seguridad en dos supuestos:

A. Cuando el juez, de oficio o a pedido de parte, haya dispuesto el examen pericial del imputado y, en audiencia, el perito, previo informe pericial, haya explicado el estado de inimputabilidad del encausado, y se haya dictado la resolución que así lo declara –en rigor, corresponde al juez, con mero apoyo pericial; descartar o acreditar la afectación grave del concepto de realidad y no indagar acerca de una determinada patología mental o biológica; vale decir, si la capacidad de comprensión de la persona encausada está gravemente afectada y ya no le exige comprender ni inhibirse [MEINI]- instando la incoación del proceso de seguridad (artículo 75 CPP).

Es de aclarar, empero, que el juez de la investigación preparatoria no ordena la iniciación del procedimiento de seguridad, solo insta su incoación, pues la legitimación para hacerlo la ostenta el fiscal.

B. Cuando al culminar la investigación preparatoria considere que solo corresponde imponer al imputado una medida de seguridad. En este caso realizará las investigaciones indispensables –si corresponde hacerlo– o directamente requerirá la apertura de juicio oral y formulará el correspondiente requerimiento de imposición de medidas de seguridad, aplicando en lo pertinente las reglas que fijan los requisitos de la acusación fiscal –estos se enumeran en el artículo 349 CPP–.

Si se trata de un proceso con pluralidad de imputados, la regla es la desacumulación y la formación de un proceso autónomo con la única inclusión del imputado presuntamente inimputable. En esa misma línea, el artículo 457.5 CPP prohíbe la acumulación de un proceso de seguridad con otro común.

El requerimiento fiscal no solo consiste en pedir la incoación del proceso de seguridad, sino que importa la solicitud de apertura del juicio oral y la petición de imposición de una medida de seguridad específica, siguiendo en lo aplicable las normas que regulan la acusación fiscal. Rige en lo pertinente los artículos 343 y 349 CPP. El juez de la investigación preparatoria, según el artículo 457.4 CPP,

podrá rechazar ese requerimiento si considera que corresponde la aplicación de una pena. Contra esta resolución procede recurso de apelación, con efecto suspensivo.

3. Particularidades del proceso de seguridad

La regla general, que guía la relación entre el proceso común y los procesos especiales, determina que, en tanto no esté dispuesto algo específico, rigen los preceptos del proceso común (artículo 457.1 CPP).

El proceso de seguridad reconoce dos reglas particulares.

A. Una primera regla específica está vinculada a la representación del imputado durante la etapa de investigación preparatoria. Establecida, aun cuando preliminarmente, la anomalía síquica grave –la norma erróneamente señala el n.° 2 del artículo 20 CP, cuando el dispositivo pertinente es el n.° 1 de dicho artículo del CP–, luego de procederse con arreglo al artículo 75 CPP, el juez de la investigación preparatoria debe nombrar un curador procesal del acusado –artículos 61 y 66.2 CPC– o, si ya lo ha designado, la causa debe entenderse con el curador del imputado. Con el curador procesal se entenderán todos los actos procesales, salvo los de carácter personal (declaraciones, careos, exámenes periciales, cuando es objeto de reconocimiento, etcétera). Asimismo, en esta sede el interrogatorio del imputado se realizará solo si lo permite su estado de salud.

   Es de preguntarse si, formulado el requerimiento de imposición de medida de seguridad, cabe realizar una audiencia de control de la acusación. ¿La etapa intermedia ha sido eliminada o no? La respuesta es negativa. La regla general no se ve alterada pues no existe precepto alguno en contrario. Lo que entraña el artículo 457.4 CPP es la incorporación de una causal adicional de rechazo: no aceptar el requerimiento de medida de seguridad si el juez de la investigación preparatoria considera que corresponde la aplicación de una pena.

B. Una segunda regla privativa está vinculada al juicio oral. Se trata, en rigor, de cinco disposiciones particulares. Es de aclarar que el órgano competente es el Juzgado Penal, que será Unipersonal o Colegiado, según la pena que el delito acusado tiene conminado.

   i. Las audiencias pueden realizarse con exclusión del público y sin la presencia del imputado, siempre que su estado de salud imposibilite su concurrencia, o si ello pone en riesgo el orden o la seguridad –se

tendrá en cuenta las características personales de su enfermedad–. En este caso el imputado será representado por su curador. La justificación pasa por la consideración a la dignidad de la persona, de salud –la presencia del público puede generar daños psíquicos adicionales al imputado– o por la presencia de intereses vinculados al orden o a la seguridad de las personas, derivado de la peligrosidad del sujeto.

ii. De no ser posible la concurrencia del imputado a la Sala de Audiencias, podrá realizarse el interrogatorio en acto aparte, siempre que sea factible –con arreglo a la opinión del perito–, con la necesaria intervención y orientación de un perito.

iii. Si no se puede contar con la declaración del imputado, se leerán sus declaraciones sumariales y, en su caso, la declaración reservada actuada conforme al supuesto anterior –siempre, claro está, que en algún caso haya sido posible recibir algún tipo de testimonio del imputado–.

iv. Es indispensable el examen al perito que se pronunció sobre el estado de salud mental del imputado. De ser el caso puede ordenarse una ampliación del informe pericial por el mismo u otro perito.

v. La sentencia presenta una exigencia singular: debe versar sobre la absolución o sobre la aplicación de la medida de seguridad de internación. El Tribunal, como es obvio, deberá adquirir plena convicción, más allá de toda duda razonable, de que el imputado cometió el hecho penalmente antijurídico imputado. No se puede imponer pena –tampoco la medida de tratamiento ambulatorio, porque esta presupone imputabilidad disminuida y la aplicación conjunta de una pena, artículo 76 CP–, pues existen, al respecto, otros mecanismos que es del caso aplicar, como la transformación al proceso común (artículo 458.1 CPP).

4. Transformación del proceso

4.1. Auto de transformación del proceso

En el transcurso del debate es posible que se arribe a la convicción que el imputado cometió el hecho con capacidad de culpabilidad. En este caso el juez penal debe dictar la resolución de transformación del proceso –ello es consecuencia del principio de legalidad procesal: el proceso de seguridad no se instaura en función al principio del consenso, por lo que, si se configuran sus presupuestos

materiales, lo correcto será transformarlo al proceso común [Neyra]–. Acto seguido, debe advertir al imputado la modificación de su situación jurídica, a la vez que le dará la oportunidad de defenderse, y permitirá la intervención de las demás partes personadas. La resolución dará lugar a la suspensión del acto oral, que deberá reiniciarse antes de ocho días hábiles. La audiencia, por consiguiente, no se interrumpe o quiebra.

De igual modo, el fiscal puede solicitar la transformación y solicitar acusación ampliatoria; y, si se ha deliberado en ausencia del reo, esos actos deben repetirse. Desde luego, se restaurará la publicidad del debate.

Una pregunta final es si el auto de transformación del proceso es apelable. Las normas que integran el Título analizado no dicen nada al respecto. Por tanto, debe acudirse a las reglas sobre el recurso de apelación de autos. El apdo. 1, literal e), del artículo 416 CPP concede dicho recurso contra los autos que causen gravamen irreparable; y, sin duda, definir que no corresponde una medida de seguridad de internación sino una pena tiene entidad para estimar que ocasiona perjuicio definitivo al imputado; y, como la lógica del juicio, en especial su concentración, no permite su paralización, no puede entenderse que se trata de un recurso suspensivo, tanto más si el artículo 371 CPC solo autoriza el efecto suspensivo cuando se trata de autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, que no es el supuesto que nos ocupa.

4.2. Proceso común y medida de seguridad

Un supuesto contrario al anteriormente analizado es si en un juzgamiento derivado de un proceso común se puede imponer una medida de seguridad. En principio, cabe resaltar que el artículo 387.2 CPP autoriza al fiscal a pedir oralmente una medida de seguridad, siempre que sobre ese extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente. El abogado defensor del acusado, conforme al artículo 390.2 CPP, puede formular otro pedido que favorezca a su patrocinado –allí estaría incluido sin duda el pedido de una medida de seguridad–. El juez penal, según el apdo. 3, literal e, del artículo 393 CPP puede imponer una medida de seguridad que sustituye o concurra con la pena. Si duda el límite está informado, de un lado, por el principio de contradicción: no se aceptan fallos sorpresivos; y, de otro lado, por el principio acusatorio, de correlación entre petición y decisión. Tiene que mediar un debate sobre ese punto, introducido por el fiscal o el imputado en la estación oportuna del juicio, no una vez culminado el periodo probatorio. Es claro, además, que el juez puede instar la posibilidad de imponer una medida de

seguridad acudiendo, extensivamente, al artículo 374.1 CPP, generando con ello el imprescindible debate e, incluso, la posibilidad de excepcional de actuación probatoria adicional sobre la capacidad penal del imputado. En este supuesto, desde luego, no es del caso obligar al fiscal que formule una acusación ampliatoria –el artículo 374.2 CPP solo la impone a iniciativa del propio Fiscal y siempre que la nueva circunstancia importe una modificación de la calificación legal del hecho–, en tanto que la propia institución del planteamiento de la tesis no lo impone; se trata de una circunstancia que no importa una modificación del tipo legal, sino una modalidad alternativa de reacción penal, en consecuencia, que el fiscal esté o no de acuerdo con ella, no limita la posibilidad del juez de aplicar la medida de internación si así lo considera legalmente.

IV. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

1. Aspectos generales

1.1. Notas distintivas

La fuente de este procedimiento está en los artículos 444 a 448 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 y en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal colombiano. Este procedimiento, sin duda, tiene una marcada influencia del *Pateggiamento* italiano o aplicación de la pena a instancia de las partes, aunque el modelo nacional tiene sus propias particularidades. Es uno de los exponentes, conjuntamente con el proceso de colaboración eficaz, de la justicia negociada en el sistema procesal penal peruano. Es, además, una forma o mecanismo de simplificación proce sal [NEYRA].

Puede ser definido como aquel proceso especial en virtud del cual el imputado y el fiscal solicitan al juez de la investigación preparatoria que, tras el reconocimiento de la responsabilidad penal por el delito, imponga la pena prevista en el Código Penal reducida en una sexta parte [DOIG]. Es un mecanismo premial en virtud del cual el imputado obtiene la reducción de la pena y otros beneficios. Este proceso pretende una mayor eficiencia de la justicia penal y atiende a razones de política criminal, de descongestión procesal –es, pues, una respuesta que apunta a la simplificación procesal y busca responder a la dilación excesiva de los procesos, con lo que beneficia no solo al imputado sino también a la víctima; el proceso judicial termina rápidamente descongestionándose el sistema, con los efectos económicos de reducción de costes que ello genera

[Reyna]– a través del consenso entre acusación y defensa, y, por tanto, es una alternativa al juicio oral.

Si bien el proceso de terminación anticipada es una alternativa al proceso común, que hace del consenso entre las partes el eje de sus posibilidades aplicativas, ello en modo alguno afirma su inconstitucionalidad. Los filtros que realiza el Ministerio Público, las condiciones objetivas y subjetivas que permiten su incoación y, esencialmente, el control judicial al acuerdo, que incide en varios ámbitos del mismo, acredita la amplitud, aunque modulada, de la intervención judicial y el respeto al contenido esencial de la potestad jurisdiccional. Además, los principios de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal y de legalidad penal deben ser objeto de control judicial, por lo que el contenido esencial de la potestad jurisdiccional no se ve limitado irrazonablemente. La aceptación o promoción de este procedimiento por el imputado expresa una modalidad del derecho de defensa con el cual el acusado obtiene una pena mínima y consigue sustraerse a la incertidumbre del juicio (Corte Constitucional Italiana, Sentencia n.° 116, de 19-03-92).

1.2. Ámbito de aplicación

Comprende cualquier delito. No está sujeto a límites de ninguna naturaleza en función a las características personales del imputado o de las otras partes.

Es un mecanismo que tiene por objeto agilizar el curso del proceso gracias a la limitación de la etapa de investigación preparatoria y a la supresión de las etapas intermedia y del juicio oral. Su finalidad funcional es reducir los tiempos de la causa, cuyo presupuesto es el acuerdo de las partes sobre procedimiento y pena, todo ello en función a la exigencia de actos de investigación, por lo menos, en sede de diligencias preliminares (artículo 330 CPP), sin que se requieran pruebas plenarias para la formación de la convicción judicial. El efecto del procedimiento no solo es evitar dos etapas procesales, en especial el juicio oral, sino su lógica premial, porque concede al imputado una rebaja de pena si la causa culmina por esa vía.

2. Legitimación activa y competencia

2.1. Legitimación activa

El proceso se incoa a pedido de parte; y, dentro de las partes procesales, el fiscal y el imputado (acto de postulación). El actor civil, el tercero civil y, en

su caso, la persona jurídica, no están legitimadas para proponerla e, incluso, para oponerse, en el sentido de impedir la iniciación del proceso.

La explicación a la no intervención de la víctima o el perjudicado por el delito se debe al hecho que nuestra Constitución y el CPP atribuye con carácter de exclusivo al Ministerio Público la titularidad de la acción penal [DOIG].

2.2. Competencia

El conocimiento del proceso corresponde al juez de la investigación preparatoria.

3. Iniciación del proceso

3.1. Oportunidad

Se puede instar después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículo 336 CPP) y hasta de formularse acusación fiscal (artículos 343.3 y 349 CPP).

Se discute si este procedimiento, como consecuencia de entender que se trata de la plasmación del principio de oportunidad, al ser un criterio más que lo expresa, puede ser instado en sede intermedia con arreglo al artículo 350.1e CPP. Este procedimiento, sin embargo, es la plasmación del principio de consenso procesal y como se trata de un procedimiento especial, legalmente establecido en función a sus propias reglas, no es posible derivarlo a la audiencia de control de la acusación; existiendo acusación no es posible una negociación para variar sus términos, aún fuere de modo accesorio [SÁNCHEZ]. Así consta, además, en el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de 18-07-08.

3.2. Postulación procesal

La solicitud, como acto de postulación, debe fundamentarse, aunque mínimamente. Esta motivación parte de la aceptación de los cargos que fluyen de la Disposición Fiscal; en rigor, se circunscriben al núcleo central del hecho procesal atribuido al imputado. Es posible que como consecuencia de las negociaciones se altere, en algo, las denominadas circunstancias del hecho, tal vez incluso el juicio de tipicidad dentro de ese marco. Empero, esos cambios, controlados judicialmente, estarán sujetos a la aceptación del fiscal, lo que se verá en el escrito de traslado o en la audiencia de terminación anticipada.

3.3. Efectos e impedimentos

3.3.1. Efecto principal

La solicitud de terminación anticipada no tiene carácter suspensivo de la investigación preparatoria, por lo que se forma cuaderno aparte. Es, propiamente, un proceso distinto, cuya incoación no perturba el avance de la investigación preparatoria, en particular la realización de las diligencias imprescindibles para confirmar los cargos plasmados en la Disposición Fiscal. Como no es un incidente del proceso principal y va paralelo a él, debe concluir antes y, como tal, de dictarse la sentencia anticipada, influye en su continuación al determinar su clausura por falta de objeto [Sánchez].

3.3.2. Impedimento

Solo puede intentarse una sola vez. Este impedimento, sin embargo, puede ser matizado cuando se levantan las objeciones que se derivan de los supuestos de pluralidad de hechos y de imputados. Así, se tiene, por ejemplo: **1.** Cuando el coimputado no respondió al traslado ni asistió a la audiencia de terminación anticipada –cuya presencia es facultativa–; **2.** Cuando el coimputado que inicialmente no aceptó –y, por ello, se frustró la posibilidad de continuar el procedimiento–; **3.** Cuando el coimputado opositor se retracta ulteriormente y acepta los cargos; y **4.** Cuando también el coimputado opositor es excluido del proceso por ampararse una excepción o cuestión previa o prejudicial.

Se requiere, entonces, que la desestimación anterior no se deba a la propia instancia del imputado requirente, que el obstáculo se debió a la actitud procesal de un coimputado, y que este se retracte ulteriormente de su inicial postura. Es evidente, por lo demás, que como el trámite importa el concurso de los demás coimputados, estos ya no pueden intentar en forma independiente el proceso, salvo que sea posible un acuerdo parcial que los involucre.

Cabe puntualizar que la preocupación porque, en casos de procesos con pluralidad de imputados, exista unanimidad en la postura de todos ellos y por todos los cargos, está en función a que el CPP establece que tal unanimidad es imprescindible para el éxito del proceso, salvo los supuestos de acuerdos parciales, que admiten la ruptura de la continencia de la causa, y que se presenta en los supuestos de conexidad procesal (artículo 31 CPP) y en relación con los otros imputados, salvo que tal ruptura pueda traer aparejada un perjuicio a la investigación o si la acumulación resulta indispensable.

3.4. Modalidades de solicitudes de terminación anticipada

A. Puede tratarse de una solicitud individual –de uno o varios imputados, o exclusivamente del fiscal, en cuyo caso se denomina "requerimiento de terminación anticipada" – o de una solicitud bilateral. La solicitud puede ser conjunta de varios coimputados (algunos o todos los imputados). También puede ser una solicitud bilateral, del imputado (s) con el fiscal.

B. La solicitud, individual o bilateral, sin perjuicio de su fundamentación mínima –cuyo eje es la aceptación de los cargos–, requiere, además, como es obvio, que se precise la pretensión de incoar el proceso de terminación anticipada, en función a lo anterior.

C. La Ley también reconoce la denominada solicitud negociada. Se le anexa un Acuerdo Provisional sobre la pena, reparación civil y, de ser el caso, las demás consecuencias accesorias. En la perspectiva de una solicitud negociada la ley permite a las partes a sostener reuniones preparatorias informales (no se requieren actas, no están sujetas a plazos, no se necesita la presencia personal del imputado).

La provisionalidad del acuerdo determina que puede ser revocado sin precisión de causa, por lo que, sobre esa base, es que la ley, en primer lugar, solo requiere la no oposición inicial de alguna de las partes, para lo cual es evidente que hasta la celebración de la audiencia puede comunicarlo al juez de la investigación preparatoria –lo que determinará el rechazo liminar de la solicitud de terminación anticipada–.En segundo lugar, admite que en el curso de la audiencia cualesquiera de las partes pueda expresar su oposición al procedimiento de terminación anticipada, oportunidad en que el juez de la investigación preparatoria, igualmente, archivará las actuaciones.

El artículo 342 CPC estipula, al efecto, que el desistimiento del acto procesal se interpone antes de que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto, en consecuencia, el juez debe dejar sin efecto la situación procesal que determinó el acto desistido: la incoación del trámite y convocatoria a la audiencia (artículo 343 *in fine* CPC).

4. Etapas del procedimiento

4.1. Calificación de la solicitud

Presentada la solicitud, el juez de la investigación preparatoria debe calificarla desde la perspectiva formal. Analizará **(i)** si cumple los requisitos legales de modo, forma y plazo, así como de precisión y completitud del petitorio –juicio de admisibilidad–. También examinará **(ii)** la legitimación del solicitante, que solo se trate de la primera solicitud, o que sea evidente que no se dé el supuesto de unanimidad exigido por la Ley ni la posibilidad de ruptura de la continencia de la causa –juicio de procedencia–. En el primer caso ordenará su subsanación, si es posible, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad; y, en el segundo caso, la rechazará de plano, motivadamente.

Si la solicitud pasa el examen de admisibilidad y procedencia se pone en conocimiento de las demás partes procesales: los demás coimputados si es del caso, del actor civil –como no supone extinción ni suspensión de la acción penal, no se comunica el pedido al agraviado, artículo 95 CPP; solo puede recibir información sobre estas actuaciones que incluye la propia petición de terminación anticipada, siempre que lo solicite (artículo 95.1, a) CPP)–, tercero civil y persona jurídica. Estas se pronunciarán o alegarán acerca de la procedencia del procedimiento y formularán sus pretensiones o solicitudes dentro del plazo de cinco días. En todo caso no es necesario para el paso a la siguiente fase procesal que las partes se pronuncien al respecto: se trata, pese a la dicción de la norma, de una mera posibilidad procesal. Empero, si lo hacen y se niegan o cuestionan el procedimiento, en el caso de coimputados, cuya posición torne imposible la terminación anticipada por imperio del artículo 469 CPP, el juez de la investigación preparatoria, de plano, podrá declarar la improcedencia de la solicitud de terminación anticipada.

Vencido el plazo, con la absolución del traslado o no, superado el juicio de procedencia, se citará a la audiencia de terminación anticipada.

4.2. Audiencia de terminación anticipada

4.2.1. Características

Dictado el auto de citación a la audiencia de terminación anticipada, que deberá comprender a todas las partes personadas, cuya asistencia, salvo las que instaron el procedimiento, es facultativa. El imputado solicitante y su defensor, así como el fiscal, están obligados a asistir; sin su concurrencia no se podrá instalar la

audiencia. El archivo del proceso de terminación anticipada se dictará cuando las partes necesarias dolosa o culposamente no asistan a la audiencia. Será del caso, en cambio, reprogramar la audiencia frente a un error u omisión en las notificaciones o cuando la inasistencia se deba a una causa justificada: enfermedad, imprevisto inevitable, caso fortuito o fuerza mayor [REYNA].

La audiencia tiene carácter privado. Ello es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la etapa de investigación preparatoria; además, uno de los efectos benéficos, desde la perspectiva del imputado, es que su caso no se ventile públicamente. Es, pues, una excepción razonable a la garantía de publicidad absoluta que informa el enjuiciamiento penal.

La característica esencial de la audiencia, signada por la oralidad en su desarrollo, es su vocación de concreción de acuerdos, a partir de la exposición del caso. El acuerdo se logra en función a los argumentos y alegaciones que en su seno se produzcan. Está prohibida la actuación probatoria.

Rige además el principio de concentración procesal. Se realiza en acto único. Solo se admite la suspensión de la audiencia, y por breve término, con la condición de que se reanude el mismo día, luego de los debates que se produzcan, a efecto de que se pronuncien definitivamente para consolidar el acuerdo buscado de propósito y que es la razón de ser de la audiencia.

4.2.2. Pasos de la audiencia

Son los siguientes:

A. Presentación de los cargos. Corresponde hacerlo al fiscal, y tienen como base el resultado de la investigación preparatoria. Se limitará a la Disposición Fiscal cuando no se han actuado diligencias con posterioridad a ella; y, por ende, pueden modificarse motivadamente si nuevas actuaciones permiten una variación de sus contornos, en orden a su dimensión, entidad e, incluso, tipicidad. En este último caso el fiscal, acorde a las diligencias realizadas, justificará su cambio de posición.

B. Advertencias del juez de la investigación preparatoria. Antes de iniciar el traslado, el juez de la investigación preparatoria debe explicar al imputado concernido los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad, una vez producido el mismo. Esto último es la concreción de un derecho fundamental de defensa procesal que asiste al imputado y

que el juez de la investigación preparatoria debe cuidar que se respete. La aceptación de los cargos y consecuente renuncia al juicio y a la actuación probatoria, requiere de un consentimiento libre, asesorado por Letrado e informado además por el propio juez, en tanto está disponiendo del proceso –realiza un acto de disposición procesal–, de su defensa material. Por lo demás, el juez de la investigación preparatoria está ante la oportunidad de revisar o examinar si el imputado interviene voluntariamente, sin presiones o amenazas, con pleno conocimiento de lo que hace –de lo que deja de hacer, de las consecuencias de su declaración de culpabilidad (en sentido procesal)– y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

C. Contestación del imputado concernido y posición de las demás partes. El imputado tendrá en ese acto la oportunidad de aceptar los cargos, en todo o en parte, o de rechazarlos. A continuación lo harán las demás partes asistentes a la audiencia. La lógica de este paso es que se promueva lógicas consensuales; por consiguiente, el debate se limita a la propia dimensión de los cargos, a lo que se acepta y a lo que se rechaza. Se trata, es preciso aclararlo, de la primera postura de las partes, que va a delimitar el curso de la audiencia, y sobre la cual se centrará el debate ulterior.

D. Debate consensuado. Fijadas las posiciones iniciales de las partes, el juez de la investigación preparatoria las instará a que se llegue a un acuerdo. A estos efectos, puede suspender la audiencia por breve término, que no puede dejar de reanudarse el mismo día, para que ellas se pongan de acuerdo. Se busca la realización de conversaciones informales que faciliten un acuerdo.

E. Acuerdo. Reanudada la audiencia, es posible que exista acuerdo o que no se llegue al mismo. El acuerdo comprende las circunstancias del hecho punible –en orden a la antijuricidad y culpabilidad como categorías del delito, siempre que subsista la imposición de una pena–, así como la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias que deben imponerse, incluso si la pena privativa de libertad puede ser suspendida condicionalmente. El acuerdo debe constar, en esos términos, en el acta de la audiencia. Se debe indicar con precisión la pena propuesta, el monto de la reparación civil y las consecuencias accesorias. En cuanto a la pena debe indicarse qué circunstancias modificativas se asumen y sus efectos sobre la pena. Si no se llega a un acuerdo, así constará en el acta.

Es evidente que el juez de la investigación preparatoria, en función a su rol de director de la audiencia y de contralor del acuerdo, está autorizado

a requerir o plantear *ex officio* se complete una omisión o se subsane un error, en función a las penas, reparación civil y/o consecuencias accesorias. El error –a partir de estrictos cánones legales–, cuya subsanación se inste, podría recaer incluso en el propio quantum de la pena y de la reparación civil; también podría tratarse de un error numérico del montante de la pena en función a las disminuciones propuestas.

F. Deliberación y decisión. En ambos casos: se llegue a un acuerdo o no, se suspenderá la audiencia para la deliberación y expedición de la decisión final: sentencia anticipada o auto de desaprobación del acuerdo. Rige análogamente el artículo 392.2 CPP, de suerte que la deliberación no podrá extenderse más allá de dos días –así lo dice expresamente el artículo 468.5, extremo final, CPP–, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez. Si transcurre ese plazo sin la decisión respectiva, se anulará todo lo actuado y debe repetirse la audiencia. Es obvio, por razón del principio de concentración, que antes de la suspensión para la deliberación secreta deberá anunciarse en ese mismo acto la fecha de la reanudación de la audiencia, salvo que por enfermedad deba extenderse el plazo de suspensión tres días más, en cuyo caso inmediatamente se notificará a las partes para la reanudación de la audiencia de terminación anticipada. Es de advertir que la cita del artículo 392.2 CPP es válida en tanto que permite una alternativa en caso de enfermedad del juez, y además rechaza la posibilidad de estimar que el plazo de cuarenta y ocho horas es un plazo impropio, que solo acarrea consecuencias disciplinarias para el juez.

Para la lectura de la decisión no se requiere la presencia de las partes principales, menos ante las partes contingentes. Se lee ante quienes asistan.

G. Auto de archivo. Si las partes no arriban a un acuerdo, el juez de la investigación preparatoria dictará el auto de archivo de actuaciones, que ponga fin al proceso de terminación anticipada. Declarará, en este caso, que no hubo acuerdo y dispondrá el archivo definitivo del proceso de terminación anticipada.

H. Decisión sobre el acuerdo de las partes. Si se llega a un acuerdo, el juez de la investigación preparatoria podrá dictar: **1.** Una sentencia anticipada, de contenido condenatorio (la norma aplicable para su conformación estructural es el artículo 399 CPP, que se refiere a la sentencia condenatoria; por error se citó el artículo 398 CPP, que se refiere a la sentencia absolutoria). **2.** Un auto de desaprobación del acuerdo, que se expedirá cuando no

corresponda la sentencia anticipada, esto es, cuando el acuerdo no es legal o razonable desde la perspectiva de las reglas de la medición de pena.

Si se desaprueba el acuerdo o, antes, se archiva las actuaciones por suponer falta de acuerdo; y, ambas resoluciones adquieren firmeza, el efecto procesal será, según el artículo 470 CPP, que la declaración formulada por el imputado se considere como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

5. Sentencia anticipada

5.1. Ámbito de la sentencia anticipada

La sentencia anticipada siempre es aprobatoria del acuerdo, homologa su contenido. Sin embargo, el juez no está vinculado al acuerdo. Le corresponde realizar un juicio de legalidad y un juicio de razonabilidad desde los fines de la pena, que debe plasmar en la motivación del fallo.

5.1.1. Juicio de legalidad

Incluye tres niveles de análisis jurídico:

A. El primero, comprende la compatibilidad de las circunstancias del hecho punible indicadas en el acuerdo: la tipicidad del hecho consensuado y su respectiva correlación con los recaudos de la causa –los hechos expuestos, desde luego, podrán aceptar íntegramente lo indicado en la Disposición Fiscal o, en su caso, variarlos en función de las actuaciones realizadas–.

B. El segundo, abarca el examen de la legalidad de la pena –que respete el margen la pena legal abstracta y concreta–, de la reparación civil –que incorpore los extremos que fija el artículo 93 CP– y de las consecuencias accesorias, cuando corresponde.

C. El tercero, involucra el control de la suficiente actividad indiciaria –inserto en el juicio de legalidad-, que es propio de un modelo consensual garantista. Exige que de las actuaciones de la investigación preparatoria – tanto las diligencias preliminares como las actuaciones de la investigación preparatoria, realizadas luego de la Disposición Fiscal–, se advierta *prima facie* la realidad de los hechos acordados, tal como han sido expuestos, y de la vinculación del imputado con ellos. Debe descartarse que el imputado se someta a un acuerdo sin bases mínimas que justifiquen una aceptación de cargos.

A esto último la Corte de Casación Italiana lo ha denominado *control negativo*: el juez ha de comprobar que no concurren los presupuestos determinantes del sobreseimiento; en un nivel preliminar comprobará la voluntariedad de la solicitud o del consenso, que el acuerdo plasme la negociación [Sentencias, Secciones Unidas, de 21-06-00, 22-11-00, 2511-98, 25-03-98 y 28-05-97]. Si no concurre este requisito, el juez se limitará a desaprobar el acuerdo, no a sobreseer la causa, pues el proceso en su conjunto supone en su esencia una respuesta punitiva, de derecho penal, en función a la posición favorable de la defensa, la cual por cierto no es vinculante al juez.

5.1.2. Juicio de razonabilidad

Superado el juicio de legalidad, el juicio de razonabilidad está centrado en el *quantum* de la pena y de la reparación civil. No se trata de reemplazar la voluntad de las partes ni de buscar que el acuerdo se modifique en función a lo que el juez estime exacto, por lo demás imposible de concretar porque carece, dado el momento procesal en que se produce la petición, de dato alguno –prueba, en sentido estricto– relativo al hecho, a sus circunstancias, o a la personalidad del acusado que le permita motivar el ejercicio del arbitrio judicial –control de congruencia–. El juez debe evitar que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, o se lesione la finalidad de la pena (Sentencia de la Corte Constitucional Italiana n.° 313, de 02-07-90). En consecuencia, solo se podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se acuerde una pena o reparación civil desproporcionada, que en el caso de la pena vulnere el principio preventivo –las pautas básicas o esenciales de la individualización de la pena– o, en su caso, el principio del daño causado.

5.2. Estructura de la sentencia anticipada

La estructura formal de la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, es la que, en lo pertinente, establece el artículo 399 CPP –por error se consignó el artículo 398 CPP, referido a la sentencia absolutoria–. Pero se limitará a los juicios de legalidad y razonabilidad. El análisis de los actos de investigación y de prueba preconstituida está circunscrito a consolidar la realidad de los hechos consensuados; la subsunción normativa constatará la posición de las partes; y, la cuantía de la pena y de la reparación civil, así como la dimensión de las consecuencias accesorias, advertirá su correspondencia con la ley y los factores de medición respectivos.

6. Beneficio premial

El beneficio típico es de reducción de la pena de una sexta parte. Tiene un criterio tasado, no sujeto a modulación judicial. Como el acuerdo debe precisar la pena consensuada, será del caso que determine si incorpora o no la circunstancia atenuante excepcional de confesión sincera –controlable judicialmente–, en tanto que por imperio del artículo 161 CPP la disminución de la pena puede llegar hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal–. Sobre la base del referido acuerdo, según los alcances ya anotados, es que el juez de la investigación preparatoria debe reducir la pena en un sexto. La reducción, desde luego, no se extiende a la reparación civil ni a las consecuencias accesorias.

Si en el acuerdo existe algún error numérico como consecuencia de las atenuantes excepcionales incorporadas es obvio que el juez de la investigación preparatoria puede corregirlo sin necesidad de anularlo o disponer su devolución. La corrección de errores materiales es posible siempre que no introduzca elemento jurídico novedoso alguno y se esté dentro de la pena procedente, de acuerdo con la calificación aceptada.

La Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley n.° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, estableció que este beneficio premial no se aplica a los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ellas o que actúan por encargo de la misma. Esta modificación, si bien no excluye el proceso de terminación anticipada, en puridad por este mecanismo de "desactivación por desincentivo" llevará indefectiblemente a su no aplicación en la praxis forense por ausencia del incentivo principal [Reyna]. Por su parte, la ley 30962, de 18 de junio de 2019, estableció que este beneficio tampoco se aplica cuando se trata del delito previsto en el artículo 108-B o por cualquiera de los delitos comprendidos en el capítulo I (violación de la libertad personal): artículos del 153 al 153-J y capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo), XI (ofensas contra el pudor) del título IV del libro segundop del Código Penal (delitos contra la libertad).

7. Terminación anticipada y pluralidad de hechos e imputados

Se entiende que cuando existe pluralidad de hechos e imputados se da un supuesto de conexión procesal, regido por el artículo 31 CPP. Esta comprende: **1.** La conexidad subjetiva, que se presenta cuando un individuo comete varios delitos, o varios individuos perpetran el mismo delito. **2.** La conexidad mixta o analógica, que tiene lugar cuando varios individuos con una misma voluntad

criminal cometen diversos delitos en tiempo y lugares diferentes, y en los supuestos de imputación recíprocas. **3.** La conexidad objetiva, que se produce cuando se comete un delito para facilitar otro delito, o para asegurar la impunidad.

La regla básica estriba en que no cabe la ruptura de la continencia de la causa. En consecuencia, todos los imputados deben aceptar los cargos comunes en su integridad, y cada uno debe, asimismo, confesar la totalidad de los cargos que individualmente se le han atribuido. Todos por todo. Ello implica apostar por un mayor grado de acierto que importa el proceso completo, contradictorio, con juicio oral; y, por otro lado, evitar fallos contradictorios.

No obstante ello, el CPP admite excepciones. Así, el Acuerdo Parcial será posible, siempre y cuando:

A. Comprenda al imputado concernido, parte activa en este procedimiento especial, y haya aceptado todos los cargos que se le atribuyan.

B. El impedimento no se refiera a delitos conexos en el que están involucrados los imputados opositores o que no son parte activa en el procedimiento especial (por ejemplo: **1.** Receptadores frente a ladrones, **2.** Encubridores respecto de autores del delito antecedente, y **3.** Otros delitos acumulados a uno o varios imputados, en los que no están involucrados los imputados concernidos, parte activa en este procedimiento).

C. Si se refieren a delitos conexos sea posible la separación de imputaciones, en tanto ello no "perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable". Debe quedar claro que el analizado artículo 469 CPP utiliza el vocablo 'indispensable', mientras que el artículo 47 CPP utiliza los vocablos "obligatorio" y "facultativo", por tanto, no puede estimarse que se está ante sinónimos o que rigen por analogía. Es sí aplicable el artículo 51 CPP sobre separación de procesos o de imputaciones, que radica la separación en que "existan elementos suficientes para conocer con independencia [...]".

Se debe analizar caso por caso. Se requiere que, atendidas las circunstancias del caso, existan en autos elementos suficientes para decidir la situación jurídica del imputado concernido –si su responsabilidad fuera posible individualizarla–, parte activa en el procedimiento de terminación anticipada, con independencia de los imputados opositores, esto es, que no sea necesaria la declaración del opositor, en función a los recaudos de la causa, para formar criterio suficientemente fundado sobre aquello de que se imputa al acusado que aceptó el acuerdo –aquí es de valorar

los recaudos de la causa, si existen testimonios, otras pruebas personales o pruebas materiales que concretan o avalan el acuerdo de pena.

8. Recurso impugnatorio

Desde luego, el auto que desaprueba el acuerdo puede ser impugnado por todas o cualesquiera de las partes activas y principales en el procedimiento: imputados concernidos y Ministerio Público. Es una resolución que define el objeto del proceso, tiene carácter definitivo; y con ella, además, se excluye al imputado del beneficio premial correspondiente, por lo que, adicionalmente, el gravamen que ocasiona es irreparable [Tapia Cárdenas]. El hecho que en la Sección V, que regula este procedimiento, no se precise la posibilidad de impugnación contra esa decisión no significa que no se aplique la regla general del artículo 446.1b CPP en concordancia con el literal e de dicha norma.

La sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, en principio, puede ser impugnada por las partes opositoras, que verían en ella una lesión a sus derechos e intereses legítimos, a sus expectativas respecto al futuro fallo que recaería contra ellas. Es especialmente obvio el caso del actor civil, quien puede cuestionar la extensión y la cuantía de la reparación civil, al punto que en este caso –y solo en este– el acuerdo puede ser variado por el Tribunal Superior dentro de los límites de la pretensión del actor civil –ello va a significar, en cuanto a la oportunidad procesal, que el actor civil haya fijado su pretensión en el momento oportuno de la audiencia o, antes, cuando se le corrió traslado de la solicitud de incoación de la terminación anticipada–. No será posible que se emitan fallos de vista sorpresivos ni se comprendan ámbitos no planteados previamente en la audiencia o en la causa.

Respecto al fiscal o al imputado, la impugnación es admisible si es que la sentencia vulnera el sentido del acuerdo. El recurso carecerá del presupuesto subjetivo necesario, de agravio o gravamen, si lo que se cuestiona es el propio acuerdo, si expresa sorpresivamente una retractación. No cabe alegar ignorancia, error o asesoramiento deficiente si el imputado estuvo asesorado por su abogado y el juez le explicó acabadamente los alcances del acuerdo; rige el principio *nemo contra propias actos ire potestad*. En estas condiciones el recurso implica una vulneración de la buena fe procesal.

V. EL PROCESO POR DELITO PRIVADO

1. Aspectos generales

1.1. Introducción

Este proceso –que unifica el tratamiento procesal de los delitos que involucra– está previsto en la Sección IV del Libro Quinto "Procesos Especiales" del CPP. Consta de nueve artículos: 459-467. Globalmente puede afirmarse que se trata de un procedimiento de tipo acusatorio en el cual el Estado tiene interés en la punición dentro de la medida en que la pretenda el particular ofendido en su consideración objetiva, vale decir en cuanto al delito en sí, y no en cuanto a los perseguidos y al grado de la responsabilidad penal [CLARIÁ]. El fundamento de este proceso especial ha de buscarse en el intento de tramitar abreviadamente este tipo de delitos [HINOJOSA]. Es un proceso especial por la materia que constituye su objeto: los delitos contra el honor, contra la intimidad y lesiones culposas leves.

El proceso por delito privado no es un procedimiento de partes, a semejanza del proceso civil. El querellante, que es el activamente legitimado, no dispone de su propia punición pues la pena es un instituto público [D'ALBORA] y el Estado tiene interés en ella, claro está, dentro de la medida en que la pretende el querellante en su consideración objetiva (Casación Argentina, causa n.° 4122, Sentencia de 10-07-03). No obstante ello, tiene algunos componentes del proceso de partes, tales como que el querellante –en contraposición al Ministerio Público– no tiene el deber de perseguir ni el de objetividad, y tampoco puede interponer recursos a favor del imputado; además, puede desistirse del proceso y disponer de su objeto bajo la máxima dispositiva [ROXIN]. Esto significa que la voluntad de las partes condiciona de tal manera la actuación jurisdiccional –desde el principio, en su desarrollo e, incluso, en su finalización- que en esta clase de proceso se está muy cerca de los principios procesales que inspiran el proceso civil [CALDERÓN/ CHOCLÁN].

En comparación con el ACPP, el procedimiento previsto en el CPP introduce un orden regulatorio único o común para todos los delitos privados, precisión de conceptos, explicitación y límites a las medidas de coerción personal, auxilio policial, acabada ordenación de la caducidad y reglas de culminación anormal del proceso por inactividad o inasistencia injustificada del querellante particular.

Los delitos privados se caracterizan porque tienen unas condiciones de procedibilidad diferentes, ya que en ellos el ejercicio de la acción penal no es pública, sino que pertenece con exclusividad al ofendido por el delito que recibirá la denominación de querellante particular, y bajo ninguna circunstancia interviene el Ministerio Público. En este proceso, además, exigen los principios dispositivos y de impulso de parte. El querellante particular debe impulsar el procedimiento en todos sus trámites, para que no se le tenga por desistido [Ferreiro Baramonde].

1.2. Notas esenciales

A. La nota característica más relevante de este proceso, desde el punto de vista del procedimiento, amén de su mayor rigor técnico, es la vigencia de los principios procedimentales de oralidad y concentración (artículo 462.3 CPP). En consecuencia, no impone ni regula la etapa de investigación y se inicia en la etapa de juicio, cuya continuación está condicionada a la superación de una conciliación entre las partes [Moras Mom]. También asume la efectividad de la garantía de publicidad (artículo 462.3 CPP).

B. Como se trata de delitos privados –que, en puridad, no afectan al interés público o social, sino exclusivamente al directamente ofendido por el delito–, su ámbito de aplicación, su régimen procesal, es muy distinto, pues existe un poder de disposición del proceso por la parte acusadora. Se excluye la intervención del Ministerio Público. El objeto de estos procesos es de carácter privado y tiene un marcado carácter dispositivo que, sin asimilarlo, lo acerca mucho al régimen de un proceso civil; apreciación que se advierte con claridad si se tiene en cuenta: **(i)** el criterio de oportunidad que determina el inicio del procedimiento, dejado a la voluntad discrecional del ofendido, a través de la querella, así como su intervención activa en todo momento, instando el curso de las actuaciones; **(ii)** la posibilidad de renuncia a la pretensión de condena o de la extinción de la acción por perdón del ofendido triunfante; y **(iii)** la exigencia del intento de conciliación [Clariá]. Todo el procedimiento depende de la actuación del querellante [Eser].

C. La contrapartida de los poderes reconocidos al querellante es que su inactividad se sanciona con el abandono de la acción penal privada y la consiguiente resolución de sobreseimiento definitivo [Horvitz], además si no asiste a la audiencia o se ausenta durante su desarrollo también se sobresee le causa (artículo 462.5 CPP). El abandono, que incluso puede

declararse de oficio, impide la posterior incoación de otra querella (artículo 464.1 y 3 CPP).

D. Consolida una tutela intensificada de la víctima, que se expresa en dos instituciones: 1. Reconoce la posibilidad de una investigación preliminar a cargo de la policía, previa a su incoación formal, como una fórmula de auxilio procesal de la autoridad ante una víctima (artículo 461 CPP) –se sigue el código modelo procesal penal iberoamericano–. 2. Autoriza la publicación o lectura del fallo cuando el delito se comete mediante la palabra oral o escrita o la imagen mediante un medio de comunicación social (artículo 467 CPP) –es, en puridad, una norma material referida al ámbito de la reparación civil, de reparación del daño–.

E. El enjuiciamiento corresponde al juez penal unipersonal (artículo 459 CPP). No interviene el juez de la investigación preparatoria. No se alteran las reglas de competencia material. Funcionalmente conoce del recurso de apelación la Sala Penal Superior. En atención a la noción de simplificación procesal y al principio economía procesal no cabe recurso de casación, por lo que, desde la competencia funcional, está excluida la intervención Sala de Casación de la Corte Suprema (artículo 466.2 CPP).

F. En atención al principio de estricta proporcionalidad, habida cuenta de la escasa gravedad o lesividad social de estos delitos, se limita sensiblemente la intensidad de las medidas de coerción personal (artículo 463 CPP).

G. Por último, una especialidad de este proceso, impuesta por la ley material, es la limitación, en determinados casos, de los hechos que pueden constituir su objeto. Así, el artículo 134 CP solo autoriza la *exceptio veritatis* en el delito de difamación y solo en cuatro ámbitos determinados. Por otro lado, conforme al artículo 135 CP, no se admite la prueba frente a imputaciones por delitos objeto de absolución y ante imputaciones referidas a la intimidad personal, delito de violación sexual y de proxenetismo.

2. El derecho de acción penal y legitimación activa

2.1. Derecho de acción penal

El derecho de acción penal, según está expuesto en el capítulo correspondiente, se expresa en nuestra Constitución a través de la norma que reconoce la garantía genérica de la tutela jurisdiccional –en el que está previsto–: artículo 139.3 de la Constitución. Es un derecho fundamental de carácter procesal

que asiste a todos los sujetos del derecho –esto se aplica específicamente en los delitos privados, en los que la legitimación del Ministerio Público está excluida–, que se ejercita mediante la puesta en conocimiento al juez penal de una *noticia criminal*, de suerte que hace surgir en el órgano jurisdiccional la obligación de dictar una resolución motivada, fundada en derecho y congruente sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal. En nuestro ordenamiento, a través de la querella no solo se ejercita la acción penal sino también, concurrentemente, se introduce la pretensión penal y civil. No existe investigación preparatoria ni auto de procesamiento; el juez penal se circunscribe a calificar la viabilidad de la querella para admitirla y, luego, con la posición del imputado, dictar el auto de citación a juicio. La ley procesal penal asume un supuesto de acción penal privada "exclusiva" o absoluta (artículo 1.2 CPP), típica para este procedimiento, que surge de un delito privado, de modo que el ofendido goza del monopolio, no solo de la acción penal, sino también de la pretensión punitiva: su objeto es de carácter privado, disponible, por lo que se organiza con ciertas similitudes con el proceso civil [Moreno Catena]. Sin perjuicio de ello, el artículo 1.3 CPP reconoce la denominada acción penal "relativa", que surge de la comisión de un delito semipúblico, en cuyo caso el monopolio del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal, pero una vez instaurado el procedimiento el ofendido no goza de la disponibilidad de la pretensión penal.

Si bien, como se ha expuesto, desde el punto de vista formal toda acción penal es pública, desde una óptica material, como se derogan parcialmente los principios de oficialidad y legalidad en el ejercicio de la acción penal, es posible hablar de acciones privadas, informadas por el principio de oportunidad, que otorgan al ofendido un derecho a la no perseguibilidad del delito y, en supuestos especiales, un derecho también a erigirse en única parte acusadora dentro del procedimiento e incluso a provocar, mediante el perdón, la extinción de la responsabilidad penal y a decidir sobre la aplicación o no de la pena (artículos 78.3 y 85.4 CP). También puede desistirse en cualquier estado del procedimiento (artículo 110 CPP). Todas estas manifestaciones son una consecuencia directa de la ley penal de fondo; el delito privado da una plenitud de disposición al ofendido, un derecho exclusivo para intentar la acusación penal, de allí que estos delitos se hallan condicionados a la presentación de querella [Viada/Aragoneses].

La exacta relación entre delito privado y querella determina, asimismo, dos consecuencias centrales: **1.** El objeto procesal se fija por la querella, de suerte que el juez solo examina y juzga el hecho descrito en ella –principio de querella formal–. **2.** Rige el principio de la divisibilidad de la querella, en cuya virtud solo se examina

el hecho en cuanto significa un ataque contra el querellante [BELING]. La querella es un requisito de procedibilidad (STSE de 15-02-84).

2.2. Legitimación activa

Los únicos delitos privados que reconoce el Código Penal son los de difamación, injuria y calumnia, de un lado, y los delitos contra la intimidad y lesiones leves culposas, de otro lado (artículos 138, 158 y 124, § 1, CP). La legitimación activa es especial, la posee el "ofendido por el delito" (artículos 1.2 y 107 CPP); esto es, al sujeto pasivo del delito, al titular del bien jurídico vulnerado por la conducta delictiva –el *ius procedendi* no corresponde al *cuivis ex populo*– [BELING]. Distinta es, como se sabe, la figura del perjudicado, que es quien ha sufrido en su esfera patrimonial o moral los daños producidos por la comisión del delito, siendo su titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito.

El ejercicio de la acción penal se hace por el propio ofendido o por su representante legal o apoderado (artículo 109.2 CPP), nombrado con las facultades especiales según el CPC –apoderado judicial según el artículo 75 CPC–, y que se lleva a cabo ante el juez o por escritura pública sin que en este último caso requiera estar inscrito en los Registros Públicos.

Si fallece el ofendido una vez iniciado el proceso –incluso si queda incapacitado–, cualquiera de sus herederos puede asumir el carácter de querellante particular, siempre que comparezca dentro de los treinta días siguientes de la muerte o incapacidad (artículo 465 CPP). Rige, en lo pertinente, el artículo 108 CPC sobre sucesión procesal. Una justificación interesante a la sucesión procesal está en la STCE n.° 190/1996, que entendió que "la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación".

Es interesante destacar, de un lado, que es posible en delitos contra el honor que el ofendido sea una persona jurídica, pues el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Incluso cuando se trata de colectividades y aun cuando el derecho al honor tiene un significado personalista –referible a personas individualmente consideradas– los ataques pueden trascender a sus miembros o componentes siempre que estos sean identificables como individuos dentro de la sociedad. De otro lado, en el caso de fallecidos es posible la intervención de sus herederos –se incluye la incapacidad del ofendido– pues la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que

guarda una estrecha relación (artículo 465 CPP). El artículo 138 CP incluye a los muertos presuntos y a los declarados judicialmente ausentes o desaparecidos.

3. El procedimiento preparatorio de incoación de la causa

Esta etapa del procedimiento por delito privado –de las dos que existen: incoación y enjuiciamiento– consta de dos momentos singulares, cuya nota más saltante es la eliminación del procedimiento de investigación preparatoria o de instrucción y todo régimen inquisitivo y secreto: **1.** La querella y su control sucesivo de admisibilidad y de procedencia, que incluye una particularidad referida a la querella preliminar y al auxilio judicial. **2.** La decisión de apertura del juicio.

3.1. La querella

El primer paso es la presentación de la querella. La iniciación del proceso por delito privado corresponde al directamente ofendido por el delito y por medio de una querella constituyéndose en querellante particular (artículo 459.1 y 2 CPP). La querella es un presupuesto procesal de perseguibilidad del delito. No es suficiente la simple denuncia. Es la primera manifestación del carácter privado de esos delitos, e importa la formulación de la acusación en contra del querellado (Casación Argentina, Sala III, causa n.° 6033, Sentencia de 07-07-05).

La querella se presenta por escrito. Según el artículo 108 CPP debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad, amén de la identificación del querellante y del relato circunstanciado del hecho punible con indicación del sujeto pasivo de la acción –datos precisos y domicilio del querellado–, la pretensión motivada de carácter penal y civil que deduce y el ofrecimiento de medios de prueba. Rige en lo pertinente lo dispuesto por los artículos 424 y 425 CPC.

Si bien corresponde a las partes indicar el domicilio de los órganos de prueba y, en su caso, contribuir a la efectividad de su concurrencia, la notificación, en cuanto acto oficial, de autoridad, corresponde al órgano jurisdiccional. Solo el emplazamiento judicial genera los efectos jurídicos correspondientes sobre la realidad de la notificación y los apercibimientos correspondientes.

La querella, de un lado, exige una acusación clara, precisa y circunstanciada del hecho acotado en su circunstancia histórica –se impone una concreta imputación delictiva y no una mera narración de hechos [D'Albora]–; y, de otro lado, requiere del pedido de pena y reparación civil –lo que fortalece su calificación de erigirse en una acusación–, y el ofrecimiento de pruebas.

3.2. El control de admisibilidad

El artículo 460 CPP –homólogo del artículo 426 CPC– impone al juez penal unipersonal –órgano competente para el conocimiento de estos delitos– revisar el escrito de querella y, en su caso, ordenar la subsanación de omisiones o defectos cuando advierta que la querella está incompleta; es decir, si no acompaña copias del escrito y del poder si litiga el representante legal, o los datos que contiene no cumplen todas las exigencias del artículo 108 CPP o cuando el petitorio es impreciso o el mismo relato de los hechos. Se trata de un juicio de admisibilidad, de carácter formal, de mero cumplimiento de los requisitos legales impuestos a toda querella. El plazo para la subsanación o aclaración es de tres días.

Como toda norma sancionadora, prevé la declaración de inadmisibilidad de la querella si no se subsana o aclara el defecto. Acumulativamente, se asume que la no subsanación equivale a un desistimiento de la pretensión, en cuya virtud "se prohíbe renovar la querella sobre el mismo hecho punible" (artículo 460.2 CPP); esto es, tiene efectos de una desestimación de la querella con la autoridad de cosa juzgada (artículo 344 CPC).

El auto que dispone la subsanación no es impugnable porque no pone fin al procedimiento. Solo será apelable el auto que inadmita la querella y la dé por no presentada.

Si se presenta una querella que indebidamente acumula al delito privado uno de persecución pública, se calificará como corresponde el delito privado y se excluirá el otro delito, que será puesto en conocimiento del Ministerio Público. Rige en este caso el artículo 50 CPP [ROSAS].

3.3. El control de procedencia

El artículo 460.3 CPP establece que si el hecho no constituye delito, la acción ya prescribió o verse sobre hechos punibles de acción pública, se rechazará de plano la querella. En este caso, el control de procedencia incide sobre la idoneidad del objeto procesal y la viabilidad, en abstracto, de la punibilidad y perseguibilidad del hecho materia de querella.

Una primera nota esencial que permite una desestimación liminar es la noción de lo "manifiesto" o lo "evidente". Se trata de una apreciación judicial que descansa en la idea de lo obvio o patente, que no necesita debate alguno y es de suyo claro para el juez. Si el hecho no constituye un injusto penal o el injusto

penal denunciado tipifica un delito público, distinto del que habilita el proceso en cuestión, la acción penal no puede aceptarse.

Una segunda nota esencial es que está referido a aspectos específicos de la tipicidad del hecho, de su vigencia punitiva y de la estricta persecución privada del hecho. Se trata de un juicio de compatibilidad entre hecho imputado y correspondencia con el tipo legal privado que habilita el procesamiento especial.

Como es obvio, esta resolución desestimatoria tiene el carácter de cosa juzgada respecto de la atipicidad y prescripción del hecho imputado; es decir, ya no podrá intentarse una segunda querella por los mismos. En cambio, en el caso del rechazo porque el hecho no puede ser calificado de delito privado, habilitador del procedimiento especial, sino que configura un delito público; como se pronuncia sobre el fondo mismo del hecho atribuido, no lo rechaza por no integrar el ámbito del Derecho penal, base del proceso penal, se podrá intentar una denuncia en la sede competente.

3.4. La querella preliminar y solicitud de auxilio judicial

El auxilio judicial consiste en una prestación que, por excepción, concede el órgano jurisdiccional al querellante para contribuir a que pueda ejercer en debida forma la garantía de tutela jurisdiccional. Ante un pedido de auxilio, el juez se limita exclusivamente a facilitar el acceso al órgano de investigación oficial del Estado. El CPP exige que la querella cumpla rigurosamente requisitos determinados y el procedimiento por delito privado carece de la etapa de investigación preparatoria, ante las exigencias de identificación del querellado, conocimiento y enunciación de su domicilio, y un relato circunstanciado del hecho típico atribuido –sin lagunas ni imprecisiones–. Así las cosas, es factible que en casos determinados el querellante no pueda, por sí, agenciarse de esos datos básicos e imprescindibles para el ejercicio de la tutela jurisdiccional, ya sea por imposibilidad material o por imposibilidad legal (por ejemplo, necesidad de medidas instrumentales, de citaciones forzosas, de acceso a internet o de registro de datos, etcétera).

En tal virtud, el artículo 461 CPP prevé dos supuestos vinculados al sujeto activo del delito y al objeto del proceso: **1.** Desconocimiento del nombre o domicilio del posible querellado; **2.** Descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho que pretende atribuir a una persona determinada. En esos casos, en el escrito de querella, que podemos denominar preliminar o preparatoria, debe incluir un tal pedido de auxilio judicial.

La solicitud debe integrar la querella preliminar que se plantee al juez. El querellante debe incorporar todos los datos que disponga y, sobre esa base, justificar la imposibilidad en que se encuentra y requerir el auxilio judicial. Si la solicitud está incursa en los dos supuestos de habilitación –si es pertinente–, el juez penal ordenará a la Policía Nacional que realice una investigación, a la vez que fijará el plazo y comunicará la orden al Ministerio Público –se entiende para su seguimiento y supervisión, mas no para su intervención al no ser un delito público–.

Recibida la orden judicial, la Policía está obligada a realizar las investigaciones y elevar –dentro del plazo otorgado– un Informe Policial. Su intervención se ha de limitar estrictamente a realizar todas aquellas diligencias de investigación circunscriptas a lo pedido por el querellante, sin comprender otros temas aun cuando fueran conexos –para tales efectos, en todo caso, se requerirá al juez la ampliación del objeto investigativo–. El juez penal, a su vez, notificará al querellante la recepción del documento policial y, de ser el caso, deberá completar la querella dentro del quinto día de notificado.

El plazo fijado al querellante es de caducidad del derecho de ejercicio de la acción penal. Si el juez no advierte la presentación de una querella complementaria tardía, la parte puede presentar una excepción de caducidad, aplicando analógicamente el artículo 446.11 del CPC.

3.5. La admisión del proceso

Si la calificación de admisibilidad y procedencia es favorable, el juez penal dictará el auto admisorio de la instancia (artículo 462.1 CPP). Esa resolución no implica un prejuzgamiento de cara a la realización del juicio y emisión de la sentencia, pues el control es de meros requisitos legales sin contener un pronunciamiento acerca de la realidad del hecho atribuido o de la autoría y punibilidad del querellado. Además, la medida de coerción posible es tasada: solo cabe la comparecencia y circunscrita a un juicio de peligrosismo procesal centrado en dos motivos: riesgo de fuga y riesgo de entorpecimiento de la actividad probatoria. No se vulnera, pues, la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional.

El auto admisorio importa correr traslado al querellado por el plazo de cinco días hábiles para que conteste la querella y ofrezca la prueba que le corresponde. Si se contesta la querella –que puede incluir medios de defensa técnicos: excepciones, cuestiones previas y prejudiciales– es posible realizar un juicio de admisibilidad en orden a los requisitos que debe contener, en rigor,

enunciación de medios de prueba, acompañamiento de copias, identificación y asistencia letrada, entre otros.

El traslado, respecto del querellado, solo importa una carga procesal, que puede o no realizar (artículo 462.2 CPP). Por ello aún si no contesta la querella, el juez penal dictará el auto de citación a juicio. Este auto no solo define la fecha de la audiencia, que tiene un plazo prefijado, no menor de diez ni mayor de treinta días, sino que además contiene un pronunciamiento acerca de las pruebas ofrecidas por el querellado.

4. El procedimiento de enjuiciamiento

4.1. Periodos del enjuiciamiento

El procedimiento de enjuiciamiento está sometido a las reglas del juicio oral del proceso común (artículo 462.3 CPP). Destaca, en principio, el sometimiento a las reglas del proceso común. Pero, como es obvio, se reconocen varias particularidades procedimentales.

El procedimiento del juicio oral consta de un periodo preliminar, dedicado a la instalación de la audiencia en sesión privada, y a la posibilidad de conciliación y acuerdo, lo que se explica por el carácter dispositivo de su objeto procesal y constituye un mecanismo que tiende a dar respuesta procesal a la voluntad de las partes. También comprende los periodos probatorio y final.

4.2. Particularidades del juicio

Las particularidades procedimentales son las siguientes:

A. La audiencia se instala con la presencia obligatoria de las partes. Es posible, sin embargo, suspender el juicio ante la falta de concurrencia de los órganos de prueba –fuerza mayor o caso fortuito–. Se aplica la regla del artículo 379 CPP.

B. Si el querellante no asiste injustificadamente o se ausente durante su desarrollo se sobreseerá la causa. Solo cabe ausencia, condicionada legalmente del querellado: artículo 359.3 y 4 CPP–. Es un sobreseimiento por abandono del querellante, que hace cosa juzgada.

C. Si el querellado no asiste, pese a estar debidamente notificado, se le declarará reo contumaz y se dispondrá su conducción compulsiva, reservándose el

proceso hasta que sea habido. La captura del mismo determinará el auto de citación a juicio y el desarrollo del juicio en calidad de detenido; el artículo 79.6 CPP establece que debe realizarse las diligencias que requieran su intervención para que cese esa condición. La defensa letrada es necesaria en todo el curso del procedimiento (Sentencia de la I Sala de Apelaciones La Libertad, de 09-04-08. Causa n.º 011-2008).

D. La audiencia en esta primera parte es privada. Se insta, imperativamente, la conciliación –institución que se funda en una conveniencia social de facilitar el acuerdo de las partes en este tipo de procesos (Casación Argentina, Sala II, causa n.° 670, de 19-04-96), persigue el restablecimiento de la paz jurídica quebrantada y descongestionar los tribunales [LLOBET], y apunta a lograr el avenimiento entre querellante y querellado [BERTOLINO]–. Si se logra se sobreseerá la causa, pero de no ser posible, se sigue la audiencia por sus propios cánones en sesión pública. La proposición de nueva prueba, acorde con el artículo 373 CPP, solo se admite cuando se trata de prueba conocida con posterioridad a la presentación del escrito de contestación de la querella.

E. Se asimila el querellante a las facultades y obligaciones del Ministerio Público, con el expreso reconocimiento que puede ser interrogado.

F. Los medios de defensa que se aleguen con el escrito de contestación o en el curso del juicio oral –en este último caso se entienden cuestionamientos a la legalidad de la prueba o cuestiones incidentales, pero no a proposición de excepciones, cuestiones previas o prejudiciales, por prohibirlo los artículos 8.1 y 350.1b CPP– se resolverán conjuntamente con la sentencia (artículo 462.4 CPP).

Como se trata de un proceso por delito privado informado por el principio dispositivo, el juzgador habrá de estar siempre al resultado de la iniciativa de las partes en el desarrollo del juicio, por eso no cabe planteamiento de tesis cuando estima que el querellante calificó los hechos con manifiesto error [MORENO CATENA]; tampoco cabe, por la naturaleza privada de la acción, que se ordene de oficio la recepción de nuevos medios de prueba [D'ALBORA]. Rige, además, la congruencia civil, por lo que el Juez Penal Unipersonal no puede otorgar más de lo pedido en la pretensión civil y penal [GIMENO].

5. Otras particularidades procedimentales

Son las siguientes:

5.1. La coerción personal

Contra el querellado, se entiende que, al dictar la resolución admisoria, solo puede dictarse comparencia, simple o restrictiva (artículo 463.1 CPP), lo que constituye una derivación del principio de estricta proporcionalidad. Para dictar comparecencia restrictiva, con arreglo al principio dispositivo, el querellante debe solicitarla, y el juez puede concederla o llanamente acordar la comparecencia sim ple. El motivo para dictarla solo obedece a dos peligros: fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, lo que no significa que deba obviarse el presupuesto de indicios de criminalidad delictiva, obligatorio en función al principio de intervención indiciaria. No cabe, por ningún concepto, dictar mandato de detención y de prisión preventiva.

La inasistencia del querellado al juicio oral justifica declararlo reo contumaz y disponer su conducción compulsiva, reservándose el proceso hasta que sea habido (artículo 463.2 CPP).

5.2. El abandono

Se reconoce la institución del abandono del proceso –se denomina *caducidad de la instancia* –, como una forma especial de conclusión del mismo. Es la terminación de un proceso, que se halla en estado de paralización, por el transcurso de unos plazos legalmente fijados y por la falta de realización, durante los mismos, de un acto de parte necesario para la reanudación del proceso. Opera desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución. Se castiga la negligencia manifiesta del querellante, que con su inactividad deja paralizado el proceso; procura, en consecuencia, evitar la inactividad del querellante. El plazo es de tres meses. Como la pretensión queda imprejuzgada puede interponerse en un posterior proceso.

Los presupuestos, en función a la influencia del impulso oficial, son: **1.** Paralización del proceso por causa dependiente de la voluntad de las partes, no por una paralización atribuible a la potestad jurisdiccional de impulso. **2.** Transcurso de los plazos legales sin que las partes realicen el acto de impulso necesario para reanudar el procedimiento paralizado. **3.** Inexistencia de la eficacia obstativa de la fuerza mayor o de otra causa ajena a la voluntad de las partes,

siempre que concurran en el momento final del plazo. La inactividad relevante que pueda dar lugar a tan grave sanción procesal no puede ser otra que la falta de realización de diligencias útiles para dar curso al procedimiento, que son de cargo del querellante [HORVITZ].

5.3. El desistimiento y la transacción

El desistimiento y la transacción constituyen sendas manifestaciones del poder dispositivo de las partes.

5.3.1. El desistimiento

Corresponde al querellante. Se define como el acto procesal del querellante en virtud del cual hace dejación del proceso iniciado a su instancia, provocando su terminación. El propio apdo. 2 del artículo 464 CPP entiende que la pretensión es la que está comprometida con el desistimiento, por lo que, conforme al artículo 344 CPC, produce los efectos de una absolución con la autoridad de la cosa juzgada. En rigor, es una renuncia, porque la pretensión queda desestimada, y su efecto en sede penal es la extinción de la acción penal y el consecuente sobreseimiento de la causa.

El desistimiento requiere escrito preciso y legalización de firma del proponente ante el secretario judicial. Es incondicional y solo perjudica a quien lo hace (artículo 341 CPC). La oportunidad para presentarlo es antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto (artículo 342 CPC); si bien el artículo 464.2 CPP precisa que el desistimiento tiene lugar en cualquier estado del proceso, es obvio que, si la situación procesal que intenta solucionar ya fue decidida jurisdiccionalmente, ya no resulta posible hacerlo.

5.3.2. La transacción

Es un negocio jurídico bilateral, mediante el cual las partes sacrifican recíprocamente intereses implicados en una situación litigiosa, con la causa de extinguir ese estado de litigiosidad: atribución de un hecho punible privado. La transacción judicial es la referida en el artículo 464 CPP: se realiza pendiente el proceso y además se concluye dentro de las actividades del mismo; como tal, está sometida a la aprobación judicial. Su efecto es terminar el proceso. La aprobación judicial –homologación judicial– está limitada a comprobar si la transacción reúne los requisitos respectivos (aptitud de los sujetos o capacidad, objeto circunscrito a delitos privados, y presentada en el tiempo y forma legalmente prevista: por escrito

y firma legalizada), si existen causales de nulidad en sentido estricto. La resolución que se profiere tiene la forma de auto. El efecto que produce es definitivo: no puede formularse un nuevo proceso por los hechos transigidos. La estimación de la transacción determina la no condena en costas (artículo 503.1 CPP).

5.4. Sucesión procesal

La muerte o incapacidad del querellante antes de concluir el juicio, autoriza a sus herederos a incorporarse. El artículo 465 CPP fija un plazo de caducidad para hacerlo: dentro de los treinta días siguientes de la muerte o incapacidad. Es importante precisar que los herederos del querellante solo pueden continuar la causa, no pueden instaurarla.

5.5. Publicidad de la sentencia

Publicación, en delitos contra el honor por medio de palabra o imagen por cualquier medio de comunicación social, a pedido de parte, la publicación o lectura del mismo. Es una posibilidad vinculada o integrante de la reparación civil. El artículo 467 CPP permite interpretarla en el sentido que la publicación o lectura puede solicitarse con posterioridad, siempre a pedido de parte, a partir de la cual el Tribunal decidirá mediante auto fundado, previo traslado. La publicación está condicionada a razones de conveniencia, dado que se trata de una reparación específica, ordenado a favor del querellante.

6. Impugnación

Contra la sentencia del juez penal unipersonal procede recurso de apelación. Es competente la Sala Penal Superior. No cabe recurso de casación (artículo 466 CPP).

Rigen las reglas comunes del recurso de apelación contra sentencias. Son aplicables, entonces, los artículos 421 al 426 CPP. Así:

A. El plazo para interponer el recurso es de cinco días (artículo 414.1, b CPP).

B. El efecto del recurso es suspensivo. Si se impuso pena privativa de libertad efectiva se ejecuta provisionalmente, pero puede ser suspendida por la Sala Superior "atendiendo a las circunstancias del caso".

C. El poder de revisión de la Sala Penal Superior está limitado a la pretensión impugnativa –solo se extiende ante la presencia de nulidades absolutas y

siempre que causen indefensión material–. La alzada comprende, según el ámbito del recurso, el examen de cuestiones fácticas y/o jurídicas. El Tribunal *Ad Quem* puede condenar al absuelto.

D. El concesorio del recurso de apelación por el juez penal se notifica a todas las partes, luego de lo cual se eleva la causa a la Sala Penal Superior (artículo 405.3 CPP).

E. La Sala Superior da traslado del escrito de fundamentación a la parte recurrida por el plazo de cinco días. Acto seguido, le corresponde el control de la admisibilidad del recurso concedido por el juez penal –la declaración de inadmisibilidad puede ser objeto de reposición–. Si la Sala Superior declara bien concedido el recurso de apelación, corre traslado a las partes para ofrecimiento de prueba por el plazo de cinco días.

F. El ofrecimiento de pruebas está sometido a dos presupuestos: **1.** Que se ofrezcan pruebas desconocidas, pruebas indebidamente denegadas y que hubieron sido objeto de protesta, o pruebas no actuadas por causas no imputables al proponente. **2.** Que solo se refiera a la impugnación del juicio de culpabilidad o inocencia o a factores fácticos que incidan en el juicio de medición de la pena. La decisión del Tribunal *Ad Quem* no es recurrible.

G. La audiencia de apelación se realiza con la asistencia obligatoria de las partes. Si el recurrente no concurre, se declarará la inadmisibilidad del recurso. La inasistencia de la parte recurrida no impide la continuación de la audiencia.

H. La Sala Penal Superior, en cuanto a la apreciación probatoria, no realiza una valoración independiente de prueba personal, salvo la actuada en segunda instancia. Puede hacerlo de la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada.

I. La sentencia de apelación debe respetar la interdicción de reforma peyorativa y dentro de ese límite, y en el ámbito del propio recurso, puede variar la pena y la reparación civil, así como condenar al absuelto indebidamente –con las previsiones expuestas en la parte referida a la impugnación–.

VI. EL PROCESO POR FALTAS

1. Caracteres generales

Dentro de la clasificación bipartita de la infracción punible, establecida por el CP, el proceso por faltas está destinado al conocimiento de las infracciones tipificadas como tales, caracterizadas por su escasa lesión social y una mitigada penalidad, que no entrañan pena privativa de libertad, solo restrictivas de derechos y multas (artículo 440.3 CP).

El proceso está informado por el principio de oralidad, así como por sus principios-consecuencia: inmediación, concentración y publicidad, así como simplificación de trámites, rapidez del procedimiento y doble instancia. Rige, asimismo, el principio acusatorio: *ne procedat iudex ex oficio*, derecho al conocimiento de la acusación –base del principio de contradicción–, derecho a no ser condenado por un hecho distinto ni por una calificación "heterogénea" distinta a la sostenida en el escrito de acusación, así como el derecho a la interdicción de la *reformatio in peius* en la segunda instancia [Gimeno].

No se requiere de un acto de imputación formalizado para la apertura del juicio oral, basta la mera noticia de los hechos constitutivos de falta atribuidos a una persona, bajo cualquier forma legalmente prevista (denuncia ante la policía, querella, informe policial), lo que se explica por el carácter menos formalista de este proceso [Hinojosa]. Empero, es imprescindible una acusación en el acto oral para dar paso a la sentencia –debe existir acusación previa, cierta y expresa desde fuera del Juzgado, que exige al respecto una posición incriminatoria del agraviado [Calderón/Choclán]–, y tal exigencia se cumple con la mera declaración en sentido incriminador del agraviado; de no ser así el emplazamiento no es viable, porque el juez no puede acusar de oficio ni en primera ni en segunda instancia (SSTSE 56/1994, de 24 de febrero, y 115/1994, de 14 de abril). Ello no obsta considerar que si la víctima decide denunciar los hechos ante el Juzgado está obligada a constituirse en querellante particular, siguiendo en lo pertinente las reglas del artículo 108 CPP.

Es un procedimiento de doble instancia, simple y rápido, en función a la escasa gravedad de las infracciones de faltas [Montón]. No existen las etapas de investigación preparatoria ni intermedia, lo cual es expresión de la escasa lesividad social de las faltas [Prieto Castro]. En consecuencia, sus notas características son la simplificación, la concentración, la celeridad y la ausencia de las etapas de investigación preparatoria e intermedia [Armenta]. El legislador dotó a este

procedimiento, en razón a su escasa importancia punitiva, de celeridad y economía procesal [RIFA/GONZÁLES/RIAÑO], empero es de afirmar la vigencia del principio estructural de contradicción y los procedimentales de oralidad y publicidad, sin perjuicio de reconocer la voluntad del legislador de incrementar el principio de oralidad y el de inmediatez temporal en la celebración del juicio.

La concentración se expresa, en el proceso por faltas, en la supresión de etapas preclusivas en la realización de los actos procesales que integran el proceso cognitivo ordinario o común en el orden penal; la causa por faltas se desenvuelve en un solo acto procesal, la vista oral, en el que se llevan a cabo conjuntamente todos los actos de alegación y prueba [FENECH].

2. Ámbito de aplicación, competencia y partes

2.1. Modalidades de juicio de faltas

El proceso por faltas está regulado en la Sección VII del Libro V. Consta de seis artículos: 482-487 CPP. Existe una modalidad de juicio rápido: 483.4 CPP, cuando: están presentes en la Sala Judicial imputado y agraviado y demás órganos de prueba, si no corresponde la presencia de órganos de prueba porque son prescindibles o innecesarios, y en los casos de admisión de los cargos en sede policial. La modalidad de juicio común es, por tanto, subsidiario del procedimiento rápido, cuando este último no sea posible.

2.2. Competencia

La competencia objetiva para su conocimiento corresponde al juez de paz letrado. Excepcionalmente, en los lugares donde no exista juez de paz letrado, el conocimiento corresponde al juez de paz (artículo 482.1 y 2 CPP) –carácter residual de la intervención del juez de paz–. Para la competencia territorial rigen las reglas comunes: lugar de comisión de la infracción (artículo 21.1 CPP). En materia de competencia funcional las sentencias son recurridas ante el juez penal (artículo 482.3 CPP).

2.3. Partes

Por lo que se refiere a las partes, la especialidad procedimental consiste en la exclusión absoluta del Ministerio Público. El régimen de postulación no cambia: las partes se presentan con la intervención de letrado, más aún si una de las partes

se personó con abogado. No está contemplado que estas puedan acudir sin ser asistidas por letrado.

Desde las partes acusadoras solo puede incoar el proceso e intervenir en su trámite el ofendido por el delito, quien además ha de constituirse en querellante particular (artículo 483.1 CPP), con las facultades que le reconoce el artículo 109 CPP. No se admite denuncia por acción popular; denunciante solo puede ser el ofendido por el delito, se excluye al perjudicado por las consecuencias del delito.

Por otro lado, es posible, conforme a las reglas generales, la intervención como partes acusadas del responsable civil y de la persona jurídica.

3. Iniciación del proceso

3.1 Incoación

La noticia criminal puede provenir de una denuncia de la parte ofendida. La comunicación se formulará ante el juez –en cuyo caso se constituirá en querellante y se tratará de una querella– o ante la policía –en cuya virtud se tratará de una denuncia–. No cabe iniciación de oficio. El órgano jurisdiccional ha de conocer de los hechos por denuncia de parte o por Informe Policial –que se erige en el órgano de investigación que comunica al juez de la comisión de una falta–.

El proceso por faltas también podría iniciarse ante la transformación de un procedimiento por delito a uno por falta, como consecuencia de la remisión de las actuaciones por el juez –de la Investigación Preparatoria o Penal– o el fiscal, según el caso.

La calificación positiva de la imputación está en función a que el hecho constituya falta, la acción no haya prescrito y existan fundamentos razonables de su perpetración y de la vinculación del imputado en su comisión –sospecha inicial simple o indicios reveladores de la existencia de una falta (artículo 336.1 CPP)–. Si la comunicación de los hechos se hace a través de una querella del ofendido, y el juez advierte que resulta indispensable completar los recaudos o esclarecer los hechos e indagar preliminarmente, ordenará a la Policía que realice las investigaciones correspondientes. Se trata, propiamente, de la realización de diligencias preparatorias del juicio, en las que el juez no juega papel inquisitivo alguno que comprometa su imparcialidad, pues no presuponen actos que importan que este se ya se formó una opinión sobre la culpabilidad del imputado.

Con el Informe Policial –devuelto luego de la orden judicial de indagaciones o formulado por denuncia del ofendido–, realizará la calificación de lo actuado. Puede denegar el procesamiento y archivar lo actuado: si el hecho no es falta, la acción penal ya prescribió y no existan indicios de criminalidad. Por extensión, es posible incorporar como presupuestos los fijados en el artículo 336.1 CPP, en especial, la necesaria individualización del imputado. También la decisión puede importar la derivación del hecho al Ministerio Público porque el hecho constituye delito y no falta.

Se está, en los casos reseñados, ante un juicio de procedencia, pero también es posible introducir el juicio de admisibilidad, conforme al artículo 426 CPC: requisitos legales, anexos, petitorio incompleto o impreciso, vía procedimental incompatible. En ese caso corresponde ordenar la subsanación de la omisión o defecto por un plazo determinado, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad.

Estos juicios, en especial el de procedencia, no importan una contaminación del juez de paz letrado. No se ha realizado acto instructorio alguno –no hay actividad instructora o de investigación, que es lo definitivo– ni se ha realizado un juicio sobre la participación del imputado en la falta, ni se trata de decisiones que orientan la investigación penal, por lo que no pueden inducir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del encausado; no hay opinión sobre la culpabilidad del imputado.

3.2. Citación a juicio

El cumplimiento de los requisitos y presupuestos determina la emisión del auto de citación a juicio, debidamente motivado, con especial mención de los hechos atribuidos y los elementos de convicción que los sustentan, con los emplazamientos correspondientes. Su realización podrá ser de inmediato o con posterioridad, según la presencia de partes y pruebas o ante una admisión del imputado. La primera tarea del juez es determinar si corresponde el juicio inmediato o rápido, y de no ser posible, el juicio común, en cuyo caso señalará la fecha más cercana posible (artículo 483.5 CPP).

El auto de citación debe ser motivado y, en lo posible, cumplir con las exigencias de los artículos 353 y 355 CPP, sin perjuicio de incorporar en lo pertinente las exigencias referidas al relato de los hechos y la tipificación que corresponda: inexcusable en todo acto de imputación judicial. En atención a la necesidad de cumplimiento tanto de una primera línea de congruencia procesal

como de la satisfacción del requisito de pleno conocimiento de los cargos, el auto en mención debe contener la identificación de querellante y querellado, las faltas materia de imputación con de las normas legales correspondientes, los medios de prueba admitidos –se citará a quienes indique el denunciante o querellante, los que surgen del Informe Policial y los que pidan las demás partes–, amén de la sede de juzgamiento y de la fecha de realización del juicio oral.

4. El juicio oral

4.1. Instalación

La instalación requiere la concurrencia del imputado y su defensor –a quien se debe notificar con el tenor de la denuncia, querella o del Informe Policial y, siempre del auto de enjuiciamiento, de suerte que pueda conocer los cargos y armar su defensa de modo razonable–. También se citará, si existe, al querellante y su defensor, aunque su presencia no es preceptiva para la instalación del juicio, según lo que fluye del artículo 484.2 CPP, que impone el trámite de conciliación si este último –el agraviado– está presente. Conspira contra el principio de igualdad diferenciar a estos efectos al agraviado del querellante, pues lo que el Código persigue, como base, es contar con una imputación, sin que sea necesaria que la propia víctima sostenga los cargos en el acto oral, cuya existencia no es requisito de procedibilidad del acto oral ni del fallo. Otra cosa es que se cite al ofendido como testigo.

El imputado, en todo caso, tendrá designado un defensor de oficio, salvo circunstancias excepcionales, esto es, cuando no existan abogados en el lugar del juicio o no existan en número suficiente. Las partes también pueden asistir acompañados de los medios probatorios que pretendan hacer valer.

4.2. Periodos

4.2.1. Marco general

El desarrollo del juicio, siempre en audiencia pública –rige en absoluto el principio de la publicidad tanto en sede de primera instancia como en apelación–, con las excepciones legalmente previstas, en tanto acto complejo se divide en cinco periodos muy marcados:

A. Relación de cargos por el juez. La base es la querella o el Informe Policial, así como el auto de enjuiciamiento. En cumplimiento del principio de contradicción, que expresa el derecho de conocer el ámbito de la

acusación, el juez relatará los hechos y su posible subsunción normativa, lo que no implica la asunción de rol acusador alguno, sino de una práctica para orientar el debate y garantizar, en su día, el principio de correlación o congruencia. Esta relación –plenamente objetiva de parte del juez– se erigirá como formalización de la acusación al inicio de la vista.

B. Instancia de conciliación y celebración de acuerdo reparatorio. De ser así, se homologa la conciliación y el acuerdo, y se da por concluida las actuaciones. Es obvio que si no concurre el agraviado no cabe conciliación alguna.

C. Posible conformidad. Si el imputado acepta los cargos: hechos que se le acusa, y si no caben actos de prueba –se entiende siempre a petición de la defensa, pues ello importa una renuncia al juicio, a la actuación probatoria y a la presunción de inocencia– se dicta sentencia conformada verbal, que se protocoliza por escrito en el plazo de dos días –si el juez tiene elementos para dudar de la veracidad de la aceptación de cargos, puede disponer la actuación probatoria, lo que implícitamente importa superar el periodo de posible conformidad e inaugurar el periodo de actuación probatoria–. El CPP permite, para este procedimiento, la sentencia *in voce*, cuya protocolización es obligatoria; es decir, la formulación por escrito de tenor íntegro, conforme al artículo 139.5 de la Constitución, que exige la expedición escrita de resoluciones que requieren motivación. Cómo la sentencia ya se dictó cuando fue pronunciada *in voce*, no hace falta su notificación y, menos, su lectura en audiencia. Es de carga de las partes constituirse a la sede judicial para recabar copia de ella.

D. Actuación probatoria si rechaza los cargos. En consecuencia, se actuará el interrogatorio del imputado y del ofendido, así como la ejecución de las pruebas admitidas y las que han presentado las partes –en puridad, no se estable un procedimiento de ofrecimiento de pruebas previo al debate, sino que las partes acudan con las pruebas de cargo y descargo al juicio oral– [LLOVET], lo que no obsta, por cierto, que si con anterioridad a la calificación ofrezcan pruebas estas no puedan ser admitidas según los principios de pertinencia y necesidad; los que requieren de la respectiva notificación, aunque la entrega de la cédula, correrán a cargo de las partes concernidas. Se siguen las reglas del proceso común, sin perjuicio de estimar que la regla base es la brevedad y simpleza del proceso por faltas.

Sobre esa base se entiende que en el juicio de faltas rige la regla de que tan solo constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de

inocencia la practicada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, inmediación y publicidad; por tanto, fuera de los supuestos de la prueba documental preconstituida y anticipada, no puede el juez fundar una sentencia de condena en pruebas no ejecutadas en el juicio oral [Gimeno].

E. Alegatos orales de las partes. Como ya se dijo, es de la esencia del principio acusatorio que exista una imputación para sustentar una sentencia congruente, precedida de una alegación de defensa en forma. La imputación, necesariamente, debe provenir de la víctima, siendo suficiente al efecto su declaración incriminatoria, aunque no califique los hechos ni señale pena y reparación civil. Su ausencia, en caso no declaró en sede policial ni presentó querella, determina el sobreseimiento de la causa. Es posible, en consecuencia, celebrar juicio de faltas sin la presencia del denunciante o querellante (artículo 484.2 CPP) fuera del supuesto del juicio rápido.

F. Deliberación y sentencia, que puede dictarse de inmediato en ese acto o dentro del tercer día de su culminación. La sentencia puede ser verbal y protocolizarse en el plazo de dos días. No es extraña a ella las notas de motivación y congruencia: el juez ha de pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la parte acusadora y la defensa; se rechazan las condenas sorpresivas o inesperadas.

4.2.2. Especialidades

En la audiencia de faltas, según el artículo 484.5 CPP, pueden presentarse las siguientes especialidades.

A. Consta de una sola sesión. No se admite, como regla básica, una audiencia con varias sesiones sucesivas.

B. El plazo de suspensión es de tres días –no de ocho días, como se establece para el proceso común: artículo 360.3 CPP–.

C. La suspensión solo procede ante defectos de medios probatorios: no concurrencia de órganos de prueba. En este caso, de conformidad con el artículo 369.2 CPP, la audiencia se instala y se realizan todos los actos de prueba que correspondan, luego de lo cual se suspenderá hasta por tres días para lograr el concurso de los órganos de prueba que no asistieron y cuya presencia resulta imprescindible.

D. Al tercero día debe reanudarse la audiencia, con o sin la presencia de los órganos de prueba cuya inasistencia determinó la suspensión del juicio,

dando paso a las alegaciones de las partes y al derecho a la última palabra del imputado.

4.2.3. Documentación

Se rige por las reglas generales. Del juicio se extiende el acta correspondiente. Se aplican los artículos 361.1-2 y 120 CPP.

5. Impugnación

Contra la sentencia del juez de paz letrado procede recurso de apelación ante el juez penal (artículo 486.1 CPP).

El juez penal resuelve en el plazo improrrogable de diez días. Como regla no está prevista actuación probatoria, salvo expreso pedido del recurrente (artículo 486.2 CPP).

De mediar actuación probatoria, se sigue el modelo ordinario de audiencia de apelación, conforme a lo establecido por el artículo 424 CPP, que se traduce en los siguientes pasos: **1.** Relación del fallo recurrido; 2. Posibilidad de desistimiento y ratificación de motivos del recurso; **3.** Actuación de pruebas admitidas; **4.** Lectura de actuaciones documentadas; **5.** Alegatos de las partes y autodefensa; **6.** Declaración de cierre del debate.

Si no se ha propuesto actuación de pruebas, solo cabría una vista pública de la causa, dentro de los veinte días de recibidos los autos. Esta se circunscribe al informe oral de la defensa. No está negada la posibilidad de informe de hechos de las partes, conforme lo dispone el artículo 132 de la LOPJ. Está previsto como paso importante los alegatos escritos de abogados defensores y, si lo solicitan, el informe oral en la vista de la causa.

Contra la sentencia del juez penal no procede recurso alguno. La ejecución del fallo corresponde al juez que dictó la sentencia de primera instancia (artículo 486.3 CPP).

6. Otras particularidades procedimentales

6.1. Restricción de la libertad

Solo cabe mandato de comparecencia simple. La no presentación voluntaria del imputado importa la dictación de un mandato de acompañamiento

–hacerle comparecer por medio de la fuerza pública–; y, si fuera necesaria, la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia, la cual se celebrará inmediatamente (artículo 485 CPP). Por lo demás, no es posible obviar la declaración de contumacia, pues la ley prevé el apercibimiento de contumacia ante la inasistencia del acusado (artículo 355.4 CPP).

6.2. Desistimiento

El proceso por faltas permite el desistimiento o la transacción en cualquier estado de la causa. De producirse, se da por fenecido el proceso. No es necesario que la víctima se erija en querellante. Las faltas están sujetas a reglas dispositivas y, por ende, el propio proceso.

VII. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Aspectos generales

1.1. Función pública y proceso penal

El CPP reconoce que la condición funcionarial de la persona es fundamento suficiente para instituir determinadas especialidades procedimentales al proceso común. La base de esta diferencia, que forma parte de la historia constitucional y procesal penal patria, está reconocida en la Constitución, el Reglamento del Congreso, la LOPJ y, desde luego, en la Ley Procesal Penal. Esta pléyade de normas, en este ámbito concreto, constituye en la materia un concreto bloque de constitucionalidad [Gimeno].

El aforamiento y las especialidades procedimentales están enunciadas en la propia Constitución y en el Reglamento del Congreso –para los Congresistas–. Además, estas instituciones procesales, tanto para los Altos Funcionarios cuanto, para otros agentes públicos de especial relevancia, están expresamente previstas en la LOPJ (artículos 34.4 y 41.4). Por ende, la ley ordinaria no puede instaurar nuevos aforamientos ni configurar especialidades no justificadas en la naturaleza funcional del delito atribuido ya reconocido en la LOPJ. La infracción de esta institución vulnera dos derechos fundamentales: **1.** La naturaleza objetiva o de inherencia al cargo referido a la actuación del funcionario público y no a la persona; y **2.** El derecho al juez legal.

1.2. Prerrogativas procesales

1.2.1. Inmunidad y acusación constitucional

La Constitución introduce dos prerrogativas procesales para los altos funcionarios en general y los congresistas en particular. Se entiende por prerrogativas las sustracciones al derecho común, instituidas por la Ley Superior y demás normas que la desarrollan, conectadas a una función y, por tanto, tienen un carácter instrumental en relación a la función misma [PUNSET BLANCO]. En cuanto prerrogativas institucionales lo que buscan es proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales a causa de un interés general. En la medida en que obstaculizan el libre acceso a la justicia y suponen una restricción a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, debe realizarse una interpretación restrictiva tendente a la proporcionalidad entre el instrumento y el final que se dirigen (STCE n.° 90/1985, de 22 de julio).

Ambas prerrogativas, siempre de naturaleza penal, en tanto en cuanto tutelan al congreso –evitan la perturbación de su funcionamiento o la alteración de su composición–, no protegen a los congresistas de acciones judiciales en su contra: STCE 243/1988, de 19 de diciembre), son temporales, tienen un periodo de vigencia en función al tiempo de ejercicio del cargo. Para los congresistas, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones para el caso de la inmunidad, y desde que son elegidos hasta cinco años después de que hayan cesado en sus funciones para el caso de la acusación constitucional. Procesalmente constituye una condición de procedibilidad [JESCHECK].

Se expresan de la siguiente manera:

A. De los congresistas. Tienen las prerrogativas de **(i)** inmunidad –concebida como una garantía institucional o funcional y, por ende, con un definido carácter objetivo–, que origina el desafuero del congresista y habilita la intervención de la jurisdicción penal ordinaria respecto de delitos comunes u ordinarios –siempre que se advierta que la vía penal no ha sido utilizada, injustificada y torticeramente, con la intención de perturbar el funcionamiento del Congreso o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular–; y **(ii)** de *acusación constitucional*, que instaura un procedimiento parlamentario previo para "todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas", que de aprobarse la resolución acusatoria de contenido penal –es, por consiguiente, una protección frente a la improcedencia o

falta de fundamentación de las acciones penales– reconoce la competencia de la Corte Suprema de Justicia para su conocimiento jurisdiccional. Están previstas en los artículos 93 y 99-100 Constitucionales, que a su vez han sido desarrollados por los artículos 16 y 89 del Reglamento del Congreso, respectivamente.

B. De los altos funcionarios públicos. Solo les corresponde la garantía funcional de acusación constitucional. El artículo 99 Constitucional identifica taxativamente a los altos funcionarios concernidos: presidente, congresistas, ministros, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, jueces supremos, fiscales supremos, defensor del pueblo y contralor general de la República –no es posible extender por ley esta garantía funcional–.

Un límite a la persecución penal está reconocido para el presidente de la República, quien durante su periodo solo puede ser acusado por traición a la patria, impedir elecciones, disolver el congreso e impedir reunión o funcionamiento del sistema electoral (artículo 117 Const.). Después del mismo, desde luego, puede ser perseguido penalmente por todo delito cometido cuando ejercía la Presidencia de la República.

1.2.2. Aforamiento

La LOPJ establece el aforamiento ante la Corte Suprema no solo de los altos funcionarios públicos arriba señalados en el caso de acusación constitucional: delitos cometidos en el ejercicio del cargo, sino también para los fiscales y jueces superiores, los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y contra los demás funcionarios que señala la ley –es el caso de los procuradores públicos del Estado– (artículo 454.1 CPP). Asimismo, similar aforamiento existe, pero ante la Corte Superior, para los jueces especializados o mixtos, jueces de paz letrados, jueces de paz y otros funcionarios señalados por la ley, aunque hayan cesado en el cargo –fiscales, por ejemplo– (artículo 454.4 CPP).

Se entiende por aforamiento aquella prerrogativa procesal que deroga las normas comunes de la competencia objetiva, en cuya virtud determinadas autoridades quedan sometidas, de conformidad con su jerarquía, a órganos superiores de los jueces de la investigación preparatoria y penales territorialmente competentes en todo lo relativo a su procesamiento, investigación preparatoria y enjuiciamiento [Gimeno].

1.3. Modalidades procedimentales

1.3.1. Regulación legal

En atención a la base constitucional y orgánica antes citada, el CPP instituye tres modalidades procedimentales (artículos 449-455 CPP). El Título Primero está dedicado al proceso por delitos de función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos –normas generales de aplicación–. El Título Segundo a los delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios. El Título Tercero a los delitos de función atribuidos a otros Funcionarios Públicos. Así se tiene que:

A. El Título I consta de tres artículos: 449-451 CPP.

B. El Título II consta de dos artículos: 452-453 CPP.

C. El Título III consta de dos artículos: 454-455 CPP.

1.3.2. Justificación

El CPP asume la lógica material que justifica las prerrogativas procesales a los funcionarios públicos, y desde esa perspectiva, en clave de proporcionalidad, diseña un modelo orgánico y funcional procesal que reconoce las directivas constitucionales.

Como consecuencia de la acusación constitucional o antejuicio y de sus notas características, fija las reglas específicas o especialidades procedimentales del proceso por delitos de función atribuido a los altos funcionarios públicos. De igual manera, establece las reglas cuando se trata de perseguir judicialmente a Altos Funcionarios que tienen reconocida la prerrogativa procesal de la inmunidad, radicado en la comisión de delitos comunes. Por último, determina las pautas para otros funcionarios que incurren en delitos de función.

2. El proceso por delito de función contra altos funcionarios públicos

2.1. Competencia objetiva

El artículo 449 CPP, con pleno respeto del artículo 99 de la Constitución, desarrolla las pautas procedimentales para el proceso penal derivado de un procedimiento parlamentario de acusación constitucional. El trámite, en su esencia, es el que corresponde al proceso común. Este proceso requiere, según el artículo 99 de la Ley Fundamental, que se circunscriba a un alto funcionario, que el delito que se le atribuya lo sea en el ejercicio de sus funciones, y que el plazo

máximo de vigencia de esa regla es de cinco años luego del cese de las funciones públicas –para la incoación del proceso, el plazo, como es lógico por su carácter procesal, no se refiere a la fecha de comisión del delito, sino a la fecha del cese del cargo público–. Si al momento de la incoación del procedimiento penal venció dicho plazo, no cabe esta especialidad procedimental (artículo 450.10 CPP). El *dies a quo* está referido al momento de la incoación del procedimiento penal, no del proceso parlamentario.

2.2. Requisitos de procedibilidad

Según el artículo 450.1 CPP, tres son los requisitos de procedibilidad necesarios para la incoación del proceso penal: **a)** denuncia constitucional por un delito cometido en el ejercicio de las funciones de un alto funcionario (definición ex *numerus clausus*, artículo 99 Const.) y presentada en sede parlamentaria por los congresistas, el fiscal de la nación –Ley n.° 27399–, el agraviado por el delito; **b)** denuncia circunscripta a un plazo de cinco años luego del cese de las funciones públicas –no se refiere a la fecha de comisión del delito, sino a la fecha del cese del cargo público–; y **c)** resolución acusatoria del congreso de contenido penal.

2.3. Iniciación y formalización del proceso penal

El Congreso debe remitir las actuaciones con su resolución acusatoria de contenido penal al fiscal de la nación. Este dictará, en el plazo de cinco días, una Disposición de formalización de la investigación y acompañará la denuncia correspondiente. Es de entender que la Disposición Fiscal viabiliza la promoción de la acción penal, y la denuncia fiscal le da el curso respectivo.

La denuncia con la respectiva Disposición la dirige a la Sala Penal de la Corte Suprema. Esta se limita designar al juez supremo de la investigación preparatoria y a la Sala Penal Especial encargada del juzgamiento –a estos efectos, no es de aplicación el artículo 28.1 CPP–. La Disposición, además de promover la acción penal y solicitar la constitución del órgano jurisdiccional, designará a los fiscales supremos que conocerán de ambas etapas procesales.

2.4. Resolución de imputación

La Sala Penal de la Corte Suprema, designado el juez supremo de la Investigación Preparatoria, le remitirá todas las actuaciones. Corresponde al citado juez supremo dictar, en el similar plazo de cinco días, el auto de aprobación de la formalización de la Investigación Preparatoria, con citación

de las partes (artículo 450.3 CPP). El citado auto de aprobación constituye una excepcional intervención del órgano jurisdiccional tendiente a determinar si, en efecto, se cumplen los presupuestos procesales y requisitos legales determinantes del procesamiento penal, aunque limitados por lo expresamente estatuido en el artículo 100 *in fine* de la Constitución.

Frente a la resolución acusatoria del Congreso, tanto el fiscal de la Nación, cuanto el juez supremo de la investigación preparatoria, están obligados a respetar los hechos atribuidos y, además, la tipificación señalada en dicha resolución. No se puede cuestionar la relevancia penal del hecho ni su tipificación. Todo hecho nuevo, que esencialmente implique un nuevo dato fáctico, diferente y diferenciable del que es materia de la resolución acusatoria parlamentaria, requiere de una precisa autorización del Congreso (artículo 450.6 CPP). Solo incoado el proceso cabe una nueva calificación, siempre que no importe cambio fáctico. Para ello no es necesaria la preceptiva autorización parlamentaria, cuyo carácter es solo habilitar y delimitar inicialmente el curso de la causa judicial. Dentro del concepto nuevo hecho delictivo no están incluidas las denominadas circunstancias, que pueden estar referidas tanto al autor como al hecho, pues como están vinculadas a una dimensión penológica adicional –rebaja o aumento de la pena– no constituyen hechos nuevos (artículo 450.6 CPP).

Recién, y luego de producida la inculpación formal de carácter judicial, será posible cuestionar la naturaleza delictiva del hecho, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, y lo relativo a la extinción de la acción penal (artículo 450.5 CPP). El principio rector, por una consideración superior referida a la división de poderes y al respecto del marco institucional de funciones reconocido por la Constitución, consiste en que, expedida la resolución del Congreso, se impone al Poder Judicial la incoación del proceso penal; recién, una vez abierto el proceso jurisdiccional, será posible el planteamiento de medios de defensa tendientes a cuestionar la legalidad y procedibilidad de la acción penal y, desde luego, su estimación o desestimación.

Por otro lado, cabe puntualizar, con arreglo al artículo 450.9 CPP, que el plazo de cinco años para determinar la necesidad de la acusación constitucional y aforamiento no determina la interrupción ni la suspensión de la prescripción de la acción penal (artículo 450.9 CPP).

2.5. Otras particularidades

Destacan tres:

A. El tribunal de juicio siempre es colegiado y la sentencia que emita es objeto de recurso de apelación, concebido como medio de gravamen. No cabe recurso de casación.

B. El sobreseimiento o la absolución, una vez firmes, devuelven al procesado sus derechos políticos. No se requiere acuerdo del Congreso.

C. En caso de pluralidad de imputados: aforados y no aforados, la acumulación se realiza en este procedimiento. En este sentido, el fuero de alto funcionario es atrayente respecto de los no aforados.

2.6. Auto de conversión del procedimiento

Es posible que en el curso de un proceso común se determine que uno de los imputados está investido de la prerrogativa de acusación constitucional. El artículo 451 CPP determina los trámites previos para instar la intervención y decisión del Congreso, bajo el entendido que las actuaciones encaminadas a dilucidar este punto en modo alguno interrumpen o suspenden el curso del principal.

El procedimiento de conversión puede iniciarse de oficio o a instancia de parte –imputado o actor civil–, y se decide por el juez de la causa previo traslado y audiencia, en la que participarán todos quienes son parte en el proceso. Si el órgano jurisdiccional estima que el imputado en cuestión ostenta la prerrogativa en cuestión, dispondrá se eleve copia certificada de lo actuado al fiscal de la Nación para su remisión al Congreso formulando denuncia constitucional. En este caso, si el fiscal de la Nación no considera legal la decisión judicial se dirigirá al pleno de la Sala Penal de la Corte Suprema para que decida, previa audiencia con asistencia de las partes. La resolución de la Corte Suprema es inimpugnable.

En el caso de procesos complejos y si a uno o algunos de los imputados le alcanza la prerrogativa de acusación constitucional, el procedimiento antes indicado se sigue por cuerda separada, sin interrumpir el curso del principal. En ese interregno, hasta la decisión del Congreso, se separan las imputaciones. Si el Congreso emite la resolución acusatoria de contenido penal, las causas se acumularán y serán tramitadas conforme a este procedimiento especial. Es de entender que la acumulación obligatoria prevista en el artículo 451.2 CPP será posible si con ella no se vulnera el derecho al juicio rápido –que es una garantía

específica que integra el contenido esencial de la garantía genérica del debido proceso, entendida como un derecho fundamental de quien está encausado–. En consecuencia, se requerirá que tal acumulación sea procesalmente posible, es decir, que no ocasione grave retardo en la prosecución de la causa o que no tergiverse la lógica del procedimiento: la causa que prosiguió su trámite no ha de encontrarse resuelta o sea inminente el enjuiciamiento.

3. El proceso por delito común contra altos funcionarios públicos: Inmunidad

3.1. Ámbito de la inmunidad

Solo está contemplada para los congresistas, el defensor del pueblo y los magistrados del Tribunal Constitucional. Tiene un límite temporal. Rige desde su elección hasta un mes de haber cesado en sus funciones. La decisión acerca de la inmunidad, exclusivamente referida a delitos comunes atribuidos a quienes ostentan estos tres cargos, conforme al artículo 93 de la Constitución, está reservada al Congreso y, en su caso, al Tribunal Constitucional respecto de sus propios magistrados. La inmunidad comprende **(i)** la inmunidad de arresto o detención y **(ii)** la inmunidad de proceso. La primera no será necesaria en los supuestos de flagrancia delictiva. La decisión sobre la inmunidad importa el pronunciamiento del órgano constitucional concernido acerca de la politicidad de los cargos objeto de atribución judicial, no comprende el análisis acerca de la fundabilidad de la imputación –garantiza, entonces, la libertad e independencia de la institución parlamentaria y del TC–. El pronunciamiento del Congreso o del Tribunal Constitucional, en sede ordinaria, es en este sentido vinculante al órgano jurisdiccional.

El Congreso, en su decisión, no debe sustituir al juez (contrastando la culpabilidad, o no, del imputado), sino debe comprobar, con criterio exquisitamente político, si tras la imputación no se oculta una persecución contra el congresista y, de todos modos, si parece oportuno actuar el proceso o asumir la provisión requerida [BISCARETTI].

3.2. Autorización constitucional y proceso penal

Conforme al artículo 453.1 CPP el proceso que se incoe, luego de la autorización constitucional, será el común; no existe variación en la causa, salvo la previa exigencia de la autorización constitucional. La especialidad que se reconoce,

radicada en la etapa de enjuiciamiento, sea cual fuere el delito cometido y la pena conminada, es que intervendrá un Tribunal Penal Colegiado. Se admite, como consecuencia de lo anterior, la procedencia del recurso de apelación, que tiene un carácter ordinario y general. El recurso de casación, que es extraordinario y sujeto a una serie de regulaciones restrictivas, cuya admisibilidad está condicionada a su debido cumplimiento, tampoco es alterado en esta clase de procesos.

3.3. Requerimiento de levantamiento de inmunidad

El requerimiento para el levantamiento de la inmunidad siempre es judicial; es decir, la autorización constitucional solo procede a instancia del Poder Judicial. Este se insta de oficio o a petición de parte. En cuanto a su oportunidad, tiene lugar al calificar la denuncia –ante la comunicación del fiscal según el artículo 3 CPP, el juez de la investigación preparatoria está obligado a revisar si en estos casos es posible la presencia de la prerrogativa de inmunidad– o en el curso del proceso–. Como no comprende las indagaciones preliminares –fase previa a la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, artículo 336 CPP–, es desde luego posible realizar diligencias de investigación preliminar conforme a los artículos 329 y ss. CPP, las cuales precisamente serán el sustento para justificar razonablemente la solicitud en cuestión.

La posible presencia de la prerrogativa de inmunidad en un concreto imputado se planteará de oficio o a instancia de parte. En ambos casos, previo traslado a las partes personadas y audiencia con intervención de estas últimas, se expedirá la resolución correspondiente. El juez de la investigación preparatoria es el órgano competente para tomar la iniciativa para que en su día pueda instarse formalmente la solicitud al Congreso por parte de la Corte Suprema. Es evidente que la potestad de oficio se expresa solo para instar el trámite jurisdiccional, no para la decisión sobre su procedencia, que requiere la intervención de las partes y la realización de la audiencia correspondiente. Si el imputado ostenta la prerrogativa de inmunidad, existe sospecha suficiente o razonable de la comisión de un delito común y se cumplen los demás presupuestos materiales y formales correspondientes, se requerirá al Congreso o al Tribunal Constitucional, según el caso, se expida la decisión de autorización de la privación de libertad y/o del procedimiento penal. Esta decisión se canaliza a través del Presidente de la Corte Superior respectiva, quien elevará las actuaciones formadas al efecto al Congreso o al Tribunal Constitucional.

El auto que resuelva solicitar el levantamiento de la inmunidad es apelable –un término más amplio utiliza el artículo 453.2 CPP: 'impugnable', pero en

puridad, por las características del sistema de recursos que prevé el CPP y los órganos competentes funcionalmente para resolverlo, no cabe duda que el recurso pertinente es el de apelación–. Expedida esta resolución, aun cuando se apele, se reserva lo actuado respecto al alto funcionario concernido, sin perjuicio de continuar la causa si existen otros procesados.

Por último, se discute si las disposiciones del CPP han sido abrogadas por la Resolución Legislativa n.° 011-2004-CR, de 23-10-04, que, modificando el Reglamento del Congreso estableció, entre otras reglas referidas a la inmunidad de arresto y proceso de los congresistas, la formación de una Comisión –en pureza, una Sala Especial– de jueces supremos titulares encargados de presentar al Congreso la solicitud correspondiente; procedimiento que a su vez fue regulado por la Sala Plena de la Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa n.° 009-2004-SP-CS, de 28 de diciembre de ese año. Es de recordar, desde esta perspectiva, que el CPP fue aprobado por el D. Leg. n.° 957, publicado el 2907-04; es decir, con anterioridad a la modificación del Reglamento del Congreso, norma última que además comprende parcialmente la materia regulada por el CPP. Siendo así, estas normas son las que rigen el levantamiento de la inmunidad, por lo que se requiere de una resolución que puede denominarse "auto de requerimiento de levantamiento de inmunidad", emitida por la aludida comisión y dirigida formalmente al Congreso.

La concesión de la solicitud judicial de autorización del Congreso para proceder permite la continuación del proceso jurisdiccional. Su denegación comporta el sobreseimiento de la causa [ARMENTA].

4. El proceso por delitos de función contra otros funcionarios públicos

4.1. Ámbito

Comprende, de un lado, desde la perspectiva subjetiva, a jueces superiores, fiscales superiores, jueces supremos integrantes del Tribunal Supremo Militar Policial –Ley n.° 29182–, procurador público, jueces especializados o mixtos y de paz letrados y fiscales provinciales y adjuntos –artículo 454.1 CPP, concordante con la LOPJ, la LOMP y la Ley de Defensa Judicial del Estado–. Por otro lado, desde la perspectiva objetiva, solo abarca aquellos delitos cometidos por los funcionarios públicos antes mencionados en el ejercicio de sus funciones, por lo que están excluidos del aforamiento –una prerrogativa legalmente admisible– la comisión de delitos comunes, ajenos al desempeño funcional.

El procesamiento penal está sometido a una condición de perseguibilidad. El fiscal de la nación es la única autoridad del Ministerio Público que, previa indagación preliminar realizada por su Despacho está habilitada para autorizar la promoción del ejercicio de la acción penal contra dichos funcionarios públicos. La autorización se expresa en una Disposición que decide el ejercicio de la acción penal y ordena al fiscal respectivo –obligado a intervenir por razones objetivas y territoriales–, la formalización de la Investigación Preparatoria.

Una excepción a la exigencia de previa autorización del fiscal de la nación, contemplada en el artículo 454.2 CPP, tiene lugar en los supuestos de flagrante delito, en cuyo caso el funcionario intervenido deberá ser conducido en el plazo de 24 horas al Despacho del fiscal supremo o del fiscal superior correspondiente.

4.2. Competencia objetiva

4.2.1. Competencia objetiva de la Corte Suprema

Las imputaciones por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones seguidas contra los miembros del Tribunal Supremo Militar Policial, los jueces y fiscales superiores y el procurador público, así como otros funcionarios que señale la ley –de dudosa ampliación por no poder ser integrados a la noción de bloque de constitucionalidad–, son de conocimiento de un fiscal supremo y de la propia Corte Suprema de Justicia.

En este caso, el fiscal de la nación designa los fiscales supremos que conocerán de las etapas de investigación preparatoria e intermedia y de enjuiciamiento. La Sala Penal de la Corte Suprema es el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de este proceso. Entre sus miembros se designará al juez supremo de la Investigación Preparatoria y a los integrantes de la Sala Penal Especial encargada del juzgamiento; luego, sin interesar la entidad del delito objeto del proceso penal, el órgano del juzgamiento siempre será colegiado. Contra el fallo de la Sala Penal Especial procede recurso de apelación, que será conocida por la Sala de la Corte Suprema que establece la LOPJ. No procede recurso de casación.

4.2.2. Competencia objetiva de la Corte Superior

Las imputaciones por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones seguidas contra los jueces especializados o mixtos y de paz letrados, y el fiscal provincial y adjunto provincial, son de conocimiento de un fiscal superior y de la propia Corte Superior.

El fiscal presidente de la Junta de Fiscales Superiores –las funciones directivas ya no las tiene un fiscal decano sino un presidente elegido entre sus pares, según la ley n.° 29286, de 04-12-08–, designará a los fiscales superiores que conocerán de las etapas de investigación preparatoria e intermedia y de enjuiciamiento. Por su parte, el presidente de la Corte Superior designará entre los miembros de la Sala Penal competente a los jueces superiores encargados de las funciones de juez de la investigación preparatoria y de Tribunal de Juicio, que siempre será colegiado. Contra la sentencia o autos equivalentes de la Sala Penal Especial procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal de la Corte Suprema. No cabe recurso de casación.

4.3. Reglas del procedimiento

El artículo 455 CPP estipula que el proceso se seguirá por las reglas del proceso común. Se reconoce, igualmente, las excepciones fijadas en el artículo anterior; esto es, **(i)** la necesidad de una indagación preliminar y una decisión previa del fiscal de la Nación que autorice la inculpación formal el funcionario cuestionado, **(ii)** la intervención de fiscales y jueces de nivel superior al común, desde la perspectiva del ordenamiento judicial, **(iii)** el órgano jurisdiccional de enjuiciamiento siempre es colegiado, y **(iv)** no procede recurso de casación.

VIII. EL PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

1. Aspectos generales

1.1. Criterios funcionales

En principio, según propugna el derecho internacional penal, cabe utilizar en la persecución procesal contra la corrupción las delaciones tanto para disminuir o exonerar de pena cuanto para esclarecer otros comportamientos delictivos, en especial de las actividades criminales que se realizan mediando clandestinidad, *pactum sceleris* o a través de organizaciones criminales.

Las discusiones dogmáticas y político criminales acerca de la legitimidad de la utilización de las delaciones y de los procesos por colaboración eficaz, bajo la incorporación de reglas que estructuralmente induzcan a la delación, permanecen vigentes hasta la actualidad.

Pragmáticamente, y con diversos límites y precauciones, estas instituciones, de uno u otro modo, existen en muchos países de nuestra orbita de cultura, porque las posibilidades de estas normas son estimadas como verdaderamente prometedoras [Überhofen]. La pauta comisiva del *pactum sceleris* entre corruptor y corrompido, y el fenómeno de la criminalidad organizada, con su nivel de sofisticación, tecnificación y cultura del silencio, que ha penetrado el sistema institucional, complica en demasía la detección, investigación, enjuiciamiento y sanción de los delitos asociados a la corrupción –ya identificados por el derecho internacional penal en la línea de armonizar las legislaciones penales de los Estados–. Resulta pacífico entender que los métodos de la corrupción son hoy mucho más sofisticados [Quintero], y que su descubrimiento y persecución está rodeada de grandes dificultades, centralmente porque los involucrados carecen de interés en la publicidad [Überhofen].

Por ello es que, **(i)** unido a una presión consistente a través de adecuados mecanismos de prevención y una eficaz política de información interinstitucional y de análisis de los métodos delictivos advertidos o lógicas de penetración de la delincuencia en la administración pública –que implica capacitación y cooperación internacional–, es pertinente **(ii)** la utilización de la delación y de los beneficios premiales para neutralizar los comportamientos corruptos, desbaratar las redes corruptas de poder interno, y quebrar la organización y los vínculos entre los criminales –*intraneus* y *extraneus*–. El peligro de vulneración de derechos fundamentales de los afectados por la delación, siempre presente, se puede superar **(iii)** afirmando la validez y eficacia de las garantías procesales, y fijando a su vez una serie de cautelas que eviten sanciones a inocentes, de tal suerte que una regla de oro estriba en que la versión de los delatores nunca puede erigirse como la única palabra.

La primera modalidad de procedimiento por colaboración eficaz se introdujo en el Perú en 1992, mediante Decreto Ley 25582, posteriormente el CPP amplió su ámbito de aplicación. En efecto, está comprendido en la sección VI, artículos 472-481-A CPP. Su fuente próxima es la Ley de Colombia n.º 81, de 02-11-93, inspirada en la legislación de Puerto Rico.

1.2. Regulación Legal

La primera modalidad de procedimiento por colaboración eficaz se introdujo en el Perú en 1992, mediante el Decreto Ley 25582, posteriormente el CPP amplió su ámbito de aplicación. En efecto, su base normativa se encuentra en

los artículos 472/481-A del CPP: un total de 13 artículos. El Decreto Legislativo 1301, de 30-12-2016, fijó la primera modificación global, con inclusión de los artículos 473-A, 476-A y 481-A. Este Decreto Legislativo, a su vez, fue modificado por la Ley 30737, de 12-3-2018, para incluir preceptos en función a las personas jurídicas. El Reglamento del proceso por colaboración eficaz fue aprobado por el Decreto Supremo 007-2017-JUS, de 30-3-2017. Su fuente próxima es la Ley colombiana 81, de 2-11-1993, que a su vez se inspiró en la legislación de Puerto Rico.

2. Teoría general

2.1 Lógica del proceso especial

El sistema nacional de colaboración eficaz se afilia, siguiendo los términos de Gonzales Portillo, a un modelo de derecho procesal penal premial, más que derecho penal premial. Éste último tiene como fundamento las excusas absolutorias y las atenuaciones por colaboración con la justicia, en la propia rebaja o exclusión de penas (beneficios premiales) a quien aporta información relevante en la causa. El primero tiene una cobertura más allá del beneficio premial, busca no solo premiar al delator, sino se concentra en la calidad de la información para vincular a otros delincuentes, en el procedimiento que se configura, en su lógica condicional y en la necesidad de articular otro proceso contra los delatados. Se vincula con la generación de un proceso especial, con cambios en la acusación y el enjuiciamiento, con la modificación del estatus procesal del colaborador, con la inclusión de medidas de coerción, de aseguramiento personal y de protección (artículos 38/43 del DS 007-2017-JUS).

2.2. Notas Características

El proceso por colaboración eficaz parte de un modelo de proceso transaccional de justicia penal negociada. Dos perspectivas:

PRIMERA. Tiene cinco notas propias: **A. Eficacia:** la justicia como valor jurídico debe preservarse. **B. Proporcionalidad:** el premio se concede en función a la entidad del delito cometido y culpabilidad por el hecho, así como al nivel de colaboración o delación realizado: grado de eficacia (artículo 475.2 CPP) –el grado de colaboración con la justicia debe sr medida con rigor, con el objeto de tasar el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar [SÁNCHEZ VELARDE]–. **C. Condicionalidad:** los beneficios se otorgan por una sola vez y están

limitados al cumplimiento de condiciones específicas bajo control fiscal (artículo 479 CPP): no reincidencia en el delito dentro de los diez años de otorgado el beneficio, imposición de obligaciones, concurrencia a los procesos que se incoaron a partir de su testimonio, y caución en el caso de las obligaciones. **D. Formalidad:** manifestación expresa del sujeto de colaborar con la justicia (artículo 472.1 CPP). **E. Oportunidad:** El proceso se inicia en la medida en que el colaborador sea un implicado, investigado, acusado condenado, incluso esté o no sujeto a investigación –el proceso se incoa a instancia del arrepentido y lo hace el fiscal–, y según el estado del proceso contradictorio las reglas difieren.

Segunda. Es un proceso distinto del proceso en que está o puede estar involucrado el colaborador. No es incidente de este último proceso. Requiere la formación de un expediente propio. Allí se aporta información y se realizan diligencias de corroboración y, en función, a su efectividad y entidad, se firma un **Acuerdo de Beneficios y Colaboración**, que luego deberá ser aprobado por el juez.

Se cuestiona, desde la concepción europea continental, que se considere como verdadero proceso especial al de colaboración eficaz porque –se dice– su objeto no es una pretensión penal en sentido estricto y porque carece de partes contrapuestas, de suerte que solo cabría calificarlo de un "mero expediente de investigación" [Ruiz de la Cuesta]. Empero, es de entender que en este profeso se define si la pretensión del aspirante a colaborador: disminución o exención de pena puede ser aceptada por el fiscal, luego, en la búsqueda de un "Acuerdo de Beneficios y Colaboración", que acto seguido ha de ser defendido ante el juez. Además, el fiscal y el aspirante a colaborador no alteran su condición de partes procesales, pues el imputado tratará de aportar información que corrobore su delación mientras que el fiscal procurará determinar si ésta puede ser acreditada y, luego, sostener cargos contra terceros si así fuera el caso. La contradicción, desde luego, no se expresa en términos, digamos, clásicos –de oposición a contrarios–; más bien se adapta a las lógicas premiales, aunque el objetivo siempre es confirmar si la información aportada por el aspirante a colaborador tiene sustento. Es en este proceso donde no solo se investiga la noticia criminal del aspirante a colaborador –que lo incluye a él, que es el sujeto pasivo del procedimiento–, sino también donde se define la procedencia del "Acuerdo de Beneficios y Colaboración", el cual finalmente será examinado por el juez pues está en discusión la potestad punitiva del Estado, que, como es obvio, siempre se define a través de un proceso penal.

2.3. Elementos básicos

Deben cumplirse tres elementos básicos. **1.** Condición de imputado o próximo a ello del colaborador –que afirme haber cometido delitos–. **2.** El delito perpetrado debe serlo por uno en que hayan participado varios sujetos (codelincuencia, concertación delictiva y, especialmente, criminalidad organizada), pues la información se ha de referir no solo a él –debe aceptar el delito o, por lo menos, no contradecir los cargos, y abandonado voluntariamente las actividades delictivas (artículos 472.4 y 474.1 CPP)–, sino fundamentalmente a otros (confesión o autodenuncia, de un lado, más delación –heteroincriminación, de otro–), cabecillas, estructura de la organización, modus operandi, bienes delictivos en general (artículo 475.1 CPP). **3.** La información debe ser eficaz, útil o valiosa –según el modelo italiano, la información ha de poder impedir la producción del delito, obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a la que ha pertenecido, siempre en la lógica del "completo esclarecimiento de los hechos".

2.4. Carácter de la información del colaborador

El aporte de información debe ser novedoso, desconocido para las autoridades hasta ese momento. Sin aporte de información de gran relevancia positiva a efectos de la investigación no es factible hablar de colaboración con la justicia (SSTSE 1946/2002, de 17 de marzo; y, 837/2010, de 29 de septiembre). El dato ha der ser relevante, decisivo para los objetivos antes indicados; y, además, debe ser real y sincero, fidedigno y pleno. El colaborador no debe ocultar elementos relevantes ni añadir falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del colaborador de torcer el debido esclarecimiento de los hechos (STSE 1028/2011, de 11 de octubre)–. Por tanto, el CPP está orientado a una línea marcadamente subjetiva, orientada a obtener información de conductas ajenas, donde lo esperado del colaborador será los aportes por la delación. La colaboración debe ser activa y obtener uno de los fines, no todos (artículo 475.1 CPP).

La doctrina coincide en admitir dos afirmaciones:

PRIMERA. Que no es necesario que se produzcan o persigan todas estas finalidades pretendidas con la actitud colaboradora para que la misma sea tenida en cuenta de cara a la individualización de la sanción y la delimitación del beneficio premial.

SEGUNDA. Que es exigible una colaboración "activa" con las autoridades. No basta comportamientos meramente omisivos. Se requiere conductas positivas que consistan en el aporte de datos relevantes o la realización de acciones que ayuden o faciliten la labor de la autoridad a la hora de aclarar responsabilidades penales.

Pero, de otro lado, no existe consenso doctrinal a la hora de delimitar el elemento teleológico y determinar si éste es de índole preventivo-especial o de índole finalista. Si se sostiene la primera postura, se dará más importancia a la actitud del sujeto (arrepentimiento y colaboración plena y sincera, esto es, colaboración activa, con independencia del resultado obtenido a partir de la colaboración suministrada). Si se enfatiza la segunda postura, y lo pretendido es la obtención de informaciones valiosas para la persecución y enjuiciamiento de delitos o la captura de sus responsables, esto es, colaboración eficaz, el elemento decisivo será el criterio de la eficacia, vale decir, en función de los resultado de la información recibida y de su papel relevante en la formación de la convicción judicial. Sin duda, la tesis predominante y asumida por el Código es esta segunda. La finalidad buscada por el legislador nacional es esperar una cierta eficacia o relevancia de la colaboración prestada.

4. Ámbito competencial

4.1. Delitos comprendidos

No todo delito es objeto de este proceso. El artículo 474.2 CPP fija los delitos, en cinco niveles: **A.** Organización criminal, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato –presuponen pluralidad de personas–. **B.** Delitos vinculados a la criminalidad organizada. **C.** Delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros, falsedad documental, orden migratorio, en pluralidad de personas. **D.** Delitos de personas jurídicas: desde concusión a denuncia calumniosa. **E.** Delitos conexos a los anteriores (artículo 474.3 CPP).

Cabe aclarar que el alcance material de la colaboración eficaz comprende no solo el delito o delitos objeto de procesos penales en los que el colaborador esté involucrado, sino en todos los hechos que conoce. La intención legislativa es premiar al colaborador eficaz que coopere para la total desarticulación de la trama criminal, existan o no otras causas penales abiertas contra dicha organización, y pretende que puedan abrirse otras causas o resulta de la información facilitada

por el arrepentido. La colaboración se ha de referir, entonces, no solo a los delitos por los que el sujeto admitió, sino a todos aquellos "[...] *teleológicamente conectados o relacionados*" (Sentencia de la Corte de Casación de Italia 31276, de 6 de mayo de 1997).

4.2. Competencia objetiva

Los delitos más graves, de proyección nacional o en más de una región, son de competencia de la Corte Superior Especializada en criminalidad organizada y corrupción de funcionarios. Los demás, corresponderán a cada Corte Superior.

El artículo 475.6 CPP señala las personas excluidas. Se tratan del máximo dirigente de una organización y de los máximos mandos de aquélla. El criterio de exclusión es material, por lo que debe estarse al rol de máximo o máximos dirigentes que les corresponde en la estructura organizacional, no a los nombres o denominaciones con los que ellos se identifiquen.

Siendo así, pueden acogerse los dirigentes, cabecillas y/o jefes –igualmente, es una clasificación material y está en función al rol, menor que el de máximo o máximos dirigentes de la organización, que efectivamente desempeñen. Estos últimos individuos solo pueden ser objeto del beneficio premial de disminución de la pena (artículo 475.6 CPP).

5. Estructura del proceso por colaboración eficaz

5.1. Fases del proceso por colaboración eficaz

El artículo 3.2 del Decreto Supremo 007-2017-JUS, identifica seis fases o etapas en este proceso especial. Son: **1.** Calificación, **2.** Corroboración, **3.** Celebración del acuerdo, **4.** Acuerdo de beneficios y colaboración, **5.** Control y decisión jurisdiccional. **6.** Revocación.

5.1.1. Calificación

Esta etapa consta de dos grandes pasos. **1.** La solicitud del aspirante, que puede ser escrita o verbal, mediante acta. En ella el aspirante indicará su manifestación de sometimiento al proceso y apartamiento de actividades delictivas; los alcances de su pretensión premial; los hechos en los que está involucrado; y, la información que proporcionará. La norma autoriza al Ministerio Público a

que proponga a una persona someterse a este proceso, y la policía igualmente podrá captarlo. 2. Acto seguido, el fiscal se entrevistará con el solicitante o su representante. Si, *prima facie*, advierte lo útil, relevante y corroborable de la información ofrecida, lo nombrará, para este proceso, como colaborador y le asignará una clave. Si no contara con abogado le asignará uno de oficio, que continuará hasta la finalización del proceso.

5.1.2. Corroboración

Cuatro tipos de actuaciones son materia de esta etapa.

PRIMERA. El fiscal dicta una Disposición para iniciar la fase de corroboración que indicará la posibilidad concreta de una prestación de información utilizable y de concesión de beneficios, y señalará las diligencias de corroboración correspondientes y quién las tendrá a su cargo –total o parcialmente–. Si el colaborador está imputado, este proceso especial no alterará el curso del proceso contradictorio. El proceso es reservado.

SEGUNDA. Se abrirá una carpeta (expediente) fiscal de corroboración, donde constarán las diligencias, solicitudes judiciales, resoluciones, documentos aportados, disposiciones y providencias de impulso. Los actos de corroboración se rigen por las formalidades del Código. La declaración del colaborador es reservada. Solo intervienen el fiscal, el colaborador y su defensor. El agraviado es citado al último, para emplazarlo e indicarle lo actuado, así como invitándolo a que plantee su pretensión civil.

TERCERA. El fiscal podrá celebrar reuniones con el colaborador, incluso informales, las cuales serán documentadas; y, es posible la celebración de Convenios Preparatorios, bajo consenso de ambas partes, cuyas cláusulas deben cumplirse por lo menos en su mayoría.

CUARTA. El artículo 475.4 CPP recoge una medida de seguridad personal para el colaborador. Dicha medida se dicta a favor del colaborador, siempre que exista riesgo para su vida o integridad –equivalente al internamiento del anormal psíquico grave para tratarlo médicamente–. Propiamente no está destinada a evitar la fuga, obstaculización probatoria o reiteración delictiva, luego, no es una medida de coerción. El fin mediato de la medida de seguridad personal consiste en garantizar el éxito de la investigación de corroboración y de la debida conclusión del proceso por colaboración eficaz, así como de su familia (artículos 247-249 CPP). Si se trata de una privación o restricción grave de un derecho fundamental

el origen de las medidas solo puede ser judicial –a instancia del fiscal–, y siempre han de ser objeto de un procedimiento reservado y en coordinación con el fiscal.

5.1.3. Celebración del Acuerdo de Colaboración

Dos notas distintivas son propias de esta etapa.

PRIMERA. El Acuerdo se realiza cuando finalice la fase de corroboración. La decisión celebrar el Acuerdo corresponde al fiscal. Si acepta celebrarlo, optará entre cuatro beneficios: exención, remisión, disminución y suspensión de ejecución de la pena, según la utilidad de la información y el resultado de las diligencias de corroboración. El conjunto de fuentes–medios de investigación obtenidos y actuados, respectivamente, son plenamente utilizables, incluida el íntegro testimonio del colaborador.

SEGUNDA. El fiscal puede denegar el acuerdo, y lo hará mediante una Disposición motivada indicando el motivo (información no útil, información no corroborada, información falsa). Los efectos de tal decisión son tres: **1.** No tienen valor las declaraciones contra sí mismos del propio colaborador; luego, lo expuesto respecto de terceros o situaciones distintas a su posible nivel de involucramiento en los hechos, pueden utilizarse. **2.** Procesar a los delatados si correspondiere y emplazar al excolaborador para que declare en el procedimiento abierto al efecto. **3.** Todos demás fuentes–medios de investigación obtenidos y actuados, respectivamente, son utilizables.

5.1.4. Acuerdo de Beneficios y Colaboración

Esta etapa importa lo siguiente: **1.** Si Fiscal y Defensor llegan a un consenso sobre los beneficios y lo eficaz de la información corroborada, se suscribe el acta de Acuerdo –para los beneficios, como se sabe, prima el principio de proporcionalidad–. **2.** El acta tiene un contenido predeterminado con once cláusulas, destacando entre ellas la información aportada, la información corroborada, los beneficios acordados, la reparación civil asumida y las obligaciones del colaborador. **3.** Si se firmó, antes, un Convenio Preparatorio, debe respetarse, a menos que no todo lo que inicialmente se consignó se pudo corroborar debidamente.

5.1.5. Control y decisión jurisdiccional

El procedimiento judicial comprende cinco períodos.

Primero. **Competencia:** Corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria si el proceso por colaboración eficaz se inició hasta antes de emisión de auto de enjuiciamiento y, luego, en sede de ejecución de sentencia. El Juez Penal será competencia, si el indicado proceso por colaboración eficaz se inició con posterioridad a la emisión del auto de enjuiciamiento y hasta la emisión de la sentencia inclusive. En ambos casos, se al órgano jurisdiccional competente el acta y la carpeta fiscal más los cuadernos de medidas dictadas por el juez.

Segundo. **Trámite inicial:** El juez realiza un previo control formal del contenido del Acta de Acuerdo –examina si el acta está completa–. Si falta un punto o cláusula, lo devuelve para su inclusión o subsanación. El control se extiende a la proporcionalidad de lo acordado –aunque es un acto ulterior, no en sede de admisibilidad y procedencia, que se limita al contenido formal y a si no existen improcedencias evidentes–. El fiscal, en este caso, subsanará el acta y presentará una completa.

Tercero. **Audiencia Privada Especial:** Superado el control der admisibilidad y procedencia, el juez dicta el decreto de citación para la audiencia. Ésta se instalará con la presencia obligatoria de fiscal, colaborador y defensor. Todos intervendrán en orden a la justificación y explicación del acuerdo arribado. Si el Juez nota un defecto pedirá su corrección en ese acto.

Cuarto. **Ámbito del control judicial:** El juez debe cuidar que el Acuerdo cumpla con cuatro requisitos. **1.** Voluntariedad y conocimiento informado del colaborador. **2.** Que los delitos objeto del acuerdo se correspondan con los autorizados por la ley. **3.** Que los beneficios otorgados cumplan con los requisitos de **(i)** legalidad –que sean los permitidos por la ley– y **(ii)** proporcionalidad, en relación tanto a la información considerada como corroborada y a los delitos cometidos, cuanto a su eficacia, siempre desde los propios términos del referido Acuerdo –no corresponde al juez se realiza un examen alternativo y propio de la actividad de corroboración–. **4.** Compatibilidad de las obligaciones impuestas.

Quinto. **Decisión judicial:** El juez tiene dos posibilidades: **1.** Si no aprueba el test antes expuesto, emitirá un auto de desaprobación del Acuerdo. **2.** Si el Acuerdo pasa el test, dictará sentencia aprobatoria sin modificar los términos del Acuerdo.

Los términos de la sentencia aprobatoria son comunicados a los fiscales y jueces que tienen a su cargo los procedimientos contra el colaborador para su archivo. El Juez excarcela al colaborador si así correspondiere y, en todo caso, anulará sus antecedentes. La sentencia aprobatoria debe indicar las obligaciones

del colaborador. Es oponible a cualquier proceso que incluya los hechos indicados en el Acta.

5.1.6. Revocación de los beneficios

Según se señaló, los beneficios son condicionales, lo que importa que si no se cumplen originan determinados efectos jurídicos. En este sentido: **1.** El Fiscal controlará el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el colaborador. **2.** En caso de incumplimiento de obligaciones, previa obtención de las pruebas, el Fiscal pedirá la revocatoria del beneficio premial. **3.** La revocación la dicta el juez, previa audiencia; y, si no concurre el colaborador, ésta continúa nombrándosele un defensor público o de oficio.

6. Eficacia y utilización de las diligencias de corroboración

La eficacia y utilización de las diligencias de corroboración está en función a dos niveles o al estado del proceso por colaboración eficaz, según ésta concluyó o esté en trámite.

6.1. Proceso por colaboración concluido

En los procesos derivados o conexos, el Fiscal decidirá si las actuaciones las deriva como prueba trasladada a aquellos procesos. Se remiten los originales, previa dictación de la Disposición correspondiente. El Fiscal también podrá incorporar la declaración del colaborador como testigo en los procesos derivados o conexos; y, si tiene medidas de protección, declarará bajo video conferencia, distorsionador de voz u otros mecanismos que impidan su identificación.

6.2. Proceso por colaboración en trámite

Los medios de investigación pueden utilizarse en los procesos derivados o conexos para medidas limitativas de derechos o medidas de coerción. También se incorporará la declaración del colaborador, la que se transcribirá en sus partes pertinentes. Obviamente, el control de lo "pertinente", a final de cuentas incumbe al juez –titular de la potestad jurisdiccional–, quien podrá ordenar se le ponga a disposición el conjunto del testimonio del colaborador para su revisión reservada y corrección, si fuere el caso, de las partes omitidas o distorsionadas.

6.3. La prueba trasladada al proceso derivado o conexo

6.3.1. Bloque normativo

Tres son los preceptos directamente aplicables en relación a la utilización de los medios de investigación y/o de prueba en el proceso especial por colaboración eficaz en los procesos derivados o conexos (otros procesos). Se trata, específicamente, de los artículos 476-A, 481 y 481-A del CPP. La disposición legal de referencia, empero, aunque aplicable para el proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado, es el artículo 20 de la Ley 30077, de 20-8-2013, que incorporó para el nuevo proceso penal la institución de la "prueba trasladada".

El artículo 481 CPP sufrió una modificación por el Decreto Legislativo 1301, de 30-12-2016, mientras el artículo 481-A fue incorporado por el citado Decreto Legislativo, al igual que el artículo 476-A CPP.

La disposición originaria contenida en el artículo 481 CPP tenía dos apartados. Se refería al efecto que trae consigo las declaraciones del colaborador y de terceros, así como otros actos de aportación de hechos ejecutados en el curso del proceso por colaboración eficaz, cuando se desestima la solicitud del aspirante a colaborador eficaz. Las dos modificaciones, no relevantes por cierto, que incorporó el Decreto Legislativo 1301 fueron, en el segundo apartado, **(i)** el vocablo "etapa" en vez de "fase", para referirse a la verificación de la información proporcionada por el colaborador –de escaso calado dogmático–; y **(ii)** la introducción de un signo de puntuación [;] para, de un lado, hacer referencia a la prueba documental, al informe pericial y a las diligencias objetivas e irreproducibles (mencionadas, por lo demás, en los artículos 325 y 383.1,e del CPP), y, de otro lado, enfatizar que mantienen su eficacia probatoria –este agregado lo único que resalta es que estos actos de aportación de hechos son utilizables y que su valor probatorio es el que corresponde a cualquiera medio de investigación o de prueba, con las limitaciones lógicas de la testificales, que de ser impropias tienen un valor mínimo–.

El nuevo artículo 476-A CPP, emanado del originario artículo 476 CPP, se refiere, como no puede ser de otro modo, al caso en que el proceso por colaboración eficaz culmina con el acta de colaboración eficaz y es aprobada por el Juez. Dos reglas rigen al respecto, primero, el aporte de los actos de investigación y/o de prueba al proceso receptor, por decisión del fiscal; y, segundo, el aporte de la declaración del colaborador, más allá de preservar la reserva de su identidad si existe riesgo para su vida o integridad.

El nuevo artículo 481-A CPP incorpora otro supuesto de utilización de los aludidos actos de aportación de hechos. No se refiere, como presupuesto, al resultado final del proceso por colaboración eficaz, el cual no lo condiciona. Se circunscribe al requerimiento en el proceso receptor de dos tipos de medidas limitativas de derechos: las instrumentales y las coercitivas, en las que se puede utilizar, sin límites, la declaración del colaborador y los demás elementos de convicción obtenidos y actuados en el proceso por colaboración eficaz (proceso fuente).

Es obvio afirmar, desde ya, que tal utilización probatoria, en el supuesto del artículo 481-A CPP, se hará cuando el proceso por colaboración eficaz está en trámite, pues si ya culminó favorablemente su utilización es libre, conforme al artículo 476-A, 1, 2 y 3, CPP; y, si culminó negativamente, por ser una norma expresa, rige el artículo 481, que hace imposible utilizar la declaración del ex colaborador, pero contra sí pero no contra otros.

6.3.2. Prueba trasladada

Esta institución, como es conocido, existe en el proceso civil desde el 4-3-1992, conforme al artículo 198 CPCivil; y, se incorporó como tal en el artículo 261 Código de Procedimientos Penales mediante el Decreto Legislativo 983, de 22-7-2007, que fue validada constitucionalmente por la STC 12-2008-PI/TC, de 14-4-2010 (Fundamentos Jurídicos 29 y 30), y adecuadamente interpretada por la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema A.V. 19-2001, de 7-4-2009 (Fundamento Jurídico 71). Los términos del artículo 261 del ACPP se repitieron en el artículo 20 de la Ley 30077 en sus parágrafos 1 y 2).

El fundamento de la validez de una prueba de un proceso trasladada a otro proceso radica en la unidad de jurisdicción; por tanto, es plenamente posible utilizar pruebas actuadas incluso en sede ci vil, laboral y contencioso-administrativo, pues la prueba es jurídicamente igual [DEVIS]. Lo importante para su utilización –de los medios de investigación y medios de prueba– es si han sido contradichas y formalmente practicadas; no se requiere necesariamente identidad de partes entre el proceso fuente y el proceso receptor, solo se necesita, sin embargo, que las partes en el proceso receptor hayan tenido la oportunidad de ejercer su control con las garantías del debido proceso legal en el proceso receptor [LEDEZMA]. La utilidad de esta prueba radica en el mejor y más económico desarrollo de los procesos.

Bajo determinados presupuestos y limitaciones, los medios de investigación y/o de pruebas practicados en otro proceso (proceso fuente) pueden utilizarse

en un proceso distinto en trámite (proceso receptor) –actuación de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba (por ejemplo: testificales, inspecciones, pesquisas, reconocimientos, careos), salvo el caso e n que, libremente, pueden incorporarse, como son: dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental–. Siempre se reconoce el derecho de oposición por la parte afectada con la prueba concernida, derecho centrado –según el CPCivil, aplicable supletoriamente al procedimiento penal– en pruebas inadmisibles, improcedentes, impertinentes, irrelevantes, ineficaces o ilícitas. Lo substancial es que la prueba se traslade a una causa no esté afectada de nulidad alguna para que pueda gozar de eficacia [Hinostroza].

Por lo demás, el apartado 4) del citado artículo 20 de la Ley 30077 estipula tres criterios de seguridad probatoria –que por su carácter principalista pueden asumirse para todo tipo o modalidad de prueba trasladada–.:

1. Valoración conjunta entre la prueba trasladada, materia del proceso fuente, tras su valoración individual, y las pruebas actuadas en el proceso receptor, así como las reglas de la sana crítica (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos).

2. Incorporación válida de la prueba trasladada, con respeto a las garantías que rigen el derecho probatorio (admisión, traslado, lectura en audiencia y alegación sobre su legalidad y mérito: garantía de defensa procesal y principio de contradicción). Por ende, prima la necesidad, de ser posible, de la ratificación de esa prueba en el proceso receptor. En todo caso, su ofrecimiento, aceptación, actuación y lectura contradictoria es imprescindible.

3. Derecho del afectado con la prueba trasladada para aportar prueba de descargo y cuestionar las conclusiones probatorias emanadas del proceso fuente.

Es de precisar, adicionalmente, que una cosa es la corroboración como etapa del proceso por colaboración eficaz y otra es cuando las declaraciones del ex colaborador o, según el caso, del aspirante a colaborador y los medios de investigación y/o de prueba actuados en esa causa autónoma se aportan al proceso receptor. En este caso se está, como se ha expuesto, ante la institución de la prueba trasladada. Es indiferente que en sede de colaboración eficaz se consideró corroborada determinada información del colaborador, pues en el proceso receptos lo que se aporta no es la decisión judicial recaída en el proceso fuente sino el medio de investigación y/o de prueba correspondiente, y éste, conforme a las reglas del artículo 20.4 de la Ley 30077, debe ser valorado autónomamente en función,

además, a los medios de investigación originales de esa causa. La valoración de la prueba trasladada que hizo el Juez del proceso del cual deriva (proceso fuente) no vincula al Juez del proceso receptor, corresponde a éste calificarla y tiene plena autonomía para su examen. Cabe enfatizar que lo que se traslada es el medio de aportación de hechos, de suerte que en el proceso receptor el juez de la causa deberá establecer la inferencia y el resultado o valoración [SUMARIA].

Esta última consideración permite reconocer como legítima que se puedan utilizar las actuaciones del proceso fuente en el proceso receptor, aun cuando el primero no estuviere concluso –en el CPCivil no se requiere, como presupuesto, la conclusión del proceso fuente–. La corroboración siempre es necesaria y tratándose de procesos por colaboración eficaz en trámite el aporte de medios de investigación al proceso receptor se necesita una apreciación autónoma en esta sede, con los rigores y limitaciones generales previstas, en particular, para las declaraciones de coimputados.

Desde tales lineamientos, en conclusión, lo que estatuyen los artículos 476-A, 481 y 481-A CPP pueden considerarse reglas específicas de "prueba trasladada" en los casos en que el proceso fuente es el proceso por colaboración eficaz.

6.4. Valor probatorio del testimonio del colaborador.

Tradicionalmente la declaración del colaborador ha sido considerada una "prueba sospechosa y peligrosa", que obliga a extremar las cautelas a la hora de otorgarle suficiente valor incriminatorio, pese a que es una prueba (medio de prueba) válida aunque no suficiente para enervar la presunción constitución al de inocencia (STCE 102/2008, de 28 de julio). El artículo 158.2 CPP tiene una regla, basada en criterios de experiencia, que limita la sana crítica judicial: se requiere, en adición a ese testimonio, otros elementos de prueba que racionalmente corroboren la información que los colaboradores han proporcionado.

Como criterio objetivo se exige la necesaria concurrencia de elementos corroboradores de la delación incriminatoria del colaborador, que deberían ser elemento de conformidad obtenidos de otras pruebas autónomas practicadas en el proceso con todas las garantías (testificales, periciales, documentales, etc.). No necesariamente son elementos corroboradores ni la declaración de otro colaborador o coimputado, ni siquiera varias declaraciones de coimputados coincidentes entre sí, ni la declaración de policía ante el cual se produjo la autoinculpación, ni tampoco la diligencia de careo, ni la propia futilidad o inverosimilitud de las declaraciones exculpatorias del delatado (SSTCE 142/2006, de 8 de mayo;

198/2006, de 3 de julio; 165/2014, de 8 de octubre; 190/2003, de 27 de octubre; y, 2335/2008, de 10 de junio). El modelo de apreciación es el de "verificación extrínseca reforzada", en cuya virtud la corroboración exigible debe acreditar y confirmar la participación del delatado en los hechos objeto de imputación. Es necesario que dicha corroboración se predique de la participación del tercero incriminado, esto es, de su implicación en los hechos, de tal manera que permita establecer algún tipo de conexión objetiva entre este tercero incriminado y los hechos objeto de imputación (STCE 277/2006).

Los denominados "móviles espurios o bastardos" incluyen no solo el odio, la venganza, la enemistad o la auto-exculpación, sino también el deseo de obtener ventajas y beneficios penales, que pueden restar credibilidad a los testimonios incriminadores (STSE 210/1995, de 14 de febrero). Estos últimos *per se* no invalidan su testimonio. El hecho de perseguir beneficios penales no es un dato que elimine por sí mismo la veracidad de la declaración del colaborador, pues además de que puede no ser la única razón, no implica la imposibilidad de que subsista un deseo de colaborar (STSE 2101/2002, de 13 de diciembre). Esta circunstancia no necesariamente anula la declaración del colaborador y si bien puede empañar su fiabilidad, serán convincentes y capaces de generar certeza si se colma el requisito de la necesidad de corroboración externa (STSE 887/2014, de 22 de diciembre).

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la Sentencia Corneils contra Holanda de 25 de mayo de 2004, estipuló que en la medida en que el delatado pudo contradecir los testimonios del colaborador y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, no habrá afectación al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías. Asimismo, en la Sentencia Deweer contra Bélgica, de 27 de febrero de 1980, admitió el procedimiento por colaboración en la medida en que se cumpla como requisito ineludible la ausencia de amenaza al colaborador. Es decir, declaración libre y voluntaria del colaborador, y posibilidad de contradicción de su testimonio. Las declaraciones del arrepentido, más allá de reconocer que es un arma muy importante en la lucha de las autoridades contra el crimen organizado, deben corroborarse con otras pruebas; además, los testimonios de oídas deben sustentarse en pruebas objetivas (STEDH Labita contra Italia, de 6-4-2000).

La declaración del colaborador en su propia sede tiene parámetros de apreciación específicos, pero carecen de eficacia procesal para ser utilizados por el juez cuando se trata de dictar sentencia en otra sede por un proceso conexo, pues propiamente no es un medio de prueba, sino simple medio de investigación. Distinto es el caso para su manejo como medio de investigación y para erigirse

en información utilizable para dictar resoluciones de imputación, de medidas limitativas de derechos o de carácter intermedio –propios de la etapa intermedia–.

Empero, en los casos en que estas declaraciones configuren prueba preconstituida para su utilización en la sentencia en un proceso conexo –si y solo si cumplan, desde luego, con los requisitos de irrepetibilidad y urgencia (v.gr.: fallecimiento, enfermedad grave incapacitante, desaparición o ausencia)– como no han sido sometidas nunca a contradicción –según la ley se obtienen reservadamente (artículos 4, 11.1 y 13.1 del Reglamento, DS 007-2017-JUS, de 30-3-2017). Inicialmente se afirmó que estas declaraciones, en estos términos, no era utilizables por vulnerar la garantía de defensa procesal. Se argumentó que las exigencias de contradicción en estos casos son mayores, de suerte que la condena no puede ser, de uno u otro, apoyada en estas declaraciones si en ningún momento del procedimiento la defensa del imputado pudo contradecir mediante su sometimiento a un interrogatorio en los términos que corresponden al derecho a ser juzgado con todas las garantías. Así lo decidió con rotundidad la STEDH Saïdi contra Francia, de 20 de septiembre de 1993. En consecuencia la declaración de un testigo de cargo que no ha sido sometida a contradicción en el proceso, siendo posible, carece, en principio, de efecto probatorio y no puede sustentar, por sí sola, una declaración de culpabilidad (STSE 279/2000, de 3 de marzo).

No obstante ello, con posterioridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos matizó esta rígida doctrina en la STEDH Al-Khawawaja y Taheri contra Reino Unido, de 15 de diciembre de 2015. Introdujo tres criterios de comprobación: **1.** Si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos. **2.** Si la declaración en cuestión sería el fundamento único o determinante para la decisión. **3.** Si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurada la equidad del procedimiento –a más importancia de las declaraciones sin contradicción más sólidos los elementos de compensación–. Los elementos de compensación están en función no solo a la coherencia, precisión y detalle circunstancial del testimonio incriminador, sino también, y preferentemente, la existencia de otras pruebas que corroboren el testimonio único o preponderante (STSE 187/2017, de 22 de marzo). Esta concepción, por lo demás, ha sido seguida por la Corte Suprema en la Ejecutoria RN 420-2018/Cajamarca, de 22-3-2018.

Como ya se anotó, una perspectiva distinta se produce cuando se trata de utilizar los testimonios de arrepentidos o colaboradores en el proceso ya abierto contra el delatado. Se está, en estos casos, ante actos de investigación con una

regulación específica, que exige la reserva de las declaraciones, precisamente para cautelar el procedimiento de corroboración en sede del proceso especial por colaboración eficaz. Como son actos de investigación y legalmente está autorizada su utilización, pueden incorporarse a los procedimientos de investigación respectivos y en curso, así como sustentar una medida de coerción. Sin embargo, ante el carácter "sospechoso" y "peligroso" de este testimonio, se impone la regla de la presencia de otros medios de investigación o de prueba (anticipada o preconstituida), externos a él, que puedan corroborar lo que se atribuye al delatado.

6.5. Prisión preventiva y declaración del colaborador

Es evidente que el artículo 268 CPP es la disposición rectora en materia de prisión preventiva. En pureza, este precepto establece, como acotan Roxin-Schünemann, un requisito un dos presupuestos materiales: **1.** Sospecha fuerte, grave o vehemente de la realidad del delito y de la vinculación del imputado como interviniente en el mismo. **2.** Motivos de prisión: **(i)** delito grave y **(ii)** peligrosismo procesal –peligro de fuga o peligro de obstaculización–.

La sospecha fuerte (graves y fundados elementos de convicción) responde al principio de intervención indiciaria y requiere de medios de investigación vehementes que denoten una fuerte probabilidad de la comisión del delito y de la intervención delictiva del imputado (dos reglas). Por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales [Volk]. Opera como una *conditio sine qua non* de la adopción y el funcionamiento de la prisión preventiva (STEDH W contra Suiza, de 26-1-1993). Aquí se puede utilizar la declaración del colaborador –si la ofrece el Fiscal– en los supuestos de procesos por colaboración eficaz conclusos favorablemente al colaborador o en trámite, nunca cuando concluyó desfavorablemente. En todo caso, en sede de casación, por ejemplo, no corresponde la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la prisión preventiva (STCE 40/1987, de 3 de abril), sino únicamente el control externo del auto de prisión preventiva, si se acordó en forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución (STCE 128/1995, de 26 de julio). Recuérdese que la "cuestión de hecho" es ajena al recurso de casación.

Los riesgos a prevenir (objetivo institucional) son dos: fuga y obstaculización (sustracción a la acción de la justicia y obstrucción de la justicia penal). El objeto de la prisión preventiva importa que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria,

provisional y proporcionada a la consecución de los fines u objetivos ya indicados (STCE 47/2000, de 17 de febrero).

Los criterios relevantes para la suficiencia y razonabilidad de la motivación específica del auto de prisión preventiva son, conjuntamente, en primer lugar, las características o naturaleza del hecho y la gravedad del delito y de la pena con que se amenaza –cuando más pena conlleve el injusto penal más fuerte es el riesgo de fuga–; y, en segundo lugar, tanto las circunstancias concretas del hecho delictivo perpetrado, como las circunstancias personales del imputado –se trata de dos momentos procesales para apreciar la procedencia de la prisión preventiva– [BARONA]. El último criterio (circunstancias personales del imputado: personalidad, situación familiar, laboral y económica, y/o comportamiento frente a otras causas seguidas en su contra) no puede ser exigible, porque no se disponen de ellas, al inicio del proceso, pero sí en un momento posterior, en que ineludiblemente deben ponderarse (STEDH Neumeister vs. Austria, de 27-6-1968, y STCE 23/2002, de 28 de enero). En esta misma línea tiene declarado la STCE 65/2008, de 29 de mayo: "si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva puede justificar que se adopte atendiendo sólo a circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto y los datos del caso concreto". Por lo demás, las referidas circunstancias objetivas y personales en función al caso concreto deben analizarse en forma aislada sino debe hacerse en relación con los otros [LLOBET].

La evaluación de la pena previsible, desde el prisma de la tentación de huida que le es inherente –peligro de fuga–, impone individualizar la diferente participación que inicialmente haya podido tener cada imputado en el conjunto del suceso histórico atribuido, y la naturaleza del hecho punible, pues no es lo mismo un crimen pasional que un delito de terrorismo o de corrupción [GIMENO]. El riesgo concreto –no abstracto– de ocultación no resulta de una aplicación automática de la gravedad de los hechos, sino del hecho de que el imputado pueda mostrar una determinación suficientemente contumaz con la justicia, en función a las "circunstancias concretas del caso". La tentación de huida disminuye conforme se contrae la participación que el imputado haya podido tener en los hechos investigados, pero además se requiere analizar si tiene o no un arraigo personal, laboral y social en la localidad –es lo que se denomina "circunstancias de arraigo"– (AATSE de 9-11-2017 y de 4-12-2017: magistrado LLARENA CONDE).

La pena amenazada sólo puede justificar la prisión preventiva si de ella –y teniendo en cuenta el resto de factores– se deducen elementos de convicción bastantes de que el encausado intentará huir: pero entonces será esto último, y no una determinada pena amenazada, lo que resulta acreditado y verdaderamente justifica la medida de coerción. Y ello, desde luego, fundado en hechos concretos, no en abstracto [Sánchez-Vera].

La necesidad de conjurar el riesgo de destrucción del patrimonio probatorio –que es una causal de mucho menor importancia que el peligro de fuga e, igualmente, se deduce del análisis particularizado del caso concreto y de la propia persona del imputado [Llobet]– requiere que la prisión preventiva se acomode al fin perseguido con ella, y que el auto de coerción exprese hasta qué punto la prisión preventiva es útil a los fines perseguidos en el caso concreto. Ha de configurarse acciones por el imputado orientadas a la hipotética destrucción de los vestigios derivados de su intervención en el delito (AATSE de 9-11-2017 y de 4-12-2017: magistrado Llarena Conde).

Se necesita, primero, que las fuentes de prueba que se pretenden asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento; y, segundo, que el peligro de la actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, peritos o quienes pudieran serlo [Gimeno].

7. Personas jurídicas y proceso por colaboración eficaz

Las personas jurídicas, como ya se indicó, pueden someterse a este proceso (Ley 30737, de 12-3-2018: Disposición Complementaria Modificatoria al CPP). El marco de su colaboración son los delitos objeto al Acuerdo, los cuales son: primero, los delitos previstos en los artículos 382 al 401 del CP; y, segundo, los delitos previstos en el artículo 1 de la Ley 30424, de 21-4-2016, luego modificado por la Ley 30835, de 2-8-2018), que además de los delitos antes mencionados, comprendió los artículos 1 al 4 de Ley de Lavado de Activos Decreto Legislativo 1106, y el artículo 4-A del Decreto Ley 25475: financiamiento del terrorismo.

La Ley 30737, de 12-3-2018, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado Peruano en casos de corrupción y delitos conexos, introdujo cambios en la Sección VI del Libro Quinto, procesos especiales, del CPP, para comprender a la persona jurídica en el proceso por colaboración eficaz. Es de destacar que para las personas jurídicas se incorporó beneficios premiales específicos. La Decimotercera Disposición Complementaria Final instituyó

incentivos a la colaboración de las personas jurídicas. Admitió la incoación de este proceso penal especial, y lo sometió a olas mismas reglas que la persona natural con determinadas especialidades procedimentales. Determinó que, en todo caso, el acogimiento de la persona jurídica está condicionada **(i)** a la identificación de los involucrados en los hechos delictivos y **(ii)** a la eficacia de la colaboración prestada –que, además de eficaz, sea corroborable y oportuna–. El Acuerdo no implica la renuncia a la reparación civil.

Los beneficios que pueden otorgarse son: exención de medidas administrativas, disminución por debajo de los parámetros mínimos establecidos, remisión de la medida que está cumpliendo, y los beneficios previstos en normas especiales que lo regulan. Si se trata de medias ya impuestas, el beneficio puede alcanzar la conversión por multa, pero nunca cuando se trata de prohibición de contratación con el Estado o de disolución. La disminución de la entidad de las medidas es aplicable en los casos de los incisos 1, 3, 4 y 5 del artículo 105 CP.

IX. PROCESO CON ESPECIALIDADES PROCEDIMIENTALES: ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1. Aspectos generales

1.1. Concepto de organización criminal

La Ley n.° 30077, de 20-08-13, considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la acotada Ley (artículo 2, inc. 1). La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, y debe orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal (artículo 2, inc. 2).

Desde una perspectiva teórica se entiende por criminalidad organizada toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Además,

estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico [Prado]. Esta definición se entronca con mayor precisión en el esfuerzo europeo que se concretó en la denominada Acción Común de 21/12/1998 relativa a la Tipificación Penal de la Participación en una Organización Delictiva en los Estados Miembros de la Unión Europea; y, finalizó en la configuración mundial definida en la Convención contra la Delincuencia Organizada Trasnacional de Palermo-Italia, de 15-11-00, ratificada por Naciones Unidas el 21-02-02.

El legislador nacional en la definición auténtica de organización criminal estatuida por el artículo 2 de la Ley, en pureza, no crea un tipo legal, circunstancia agravante o subtipo agravado, pues no prevé una pena penal ni se remite a sanción penal alguna: no deroga, modifica o, siquiera, adiciona un párrafo, al tipo legal de asociación ilícita –aunque, en efecto, modifica ese tipo penal, pero sin incorporar referencia alguna a lo estableció en los artículos 2 y 3–. Solo tiene por cometido reforzar la persecución de las organizaciones criminales y endurecer el derecho penal de ejecución.

A partir de la referida ley, como norma-base de este subsistema –en tanto en cuanto se han configurado un conjunto de disposiciones anteriores y posteriores a ella: las fijadas en el CPP, en la Ley n.º 30076, de 19-08-13, y los D. Leg. n.º 1180 y 1182, de 07-07-15–, se tiene que este fenómeno criminal parte de una doble configuración esencial: **(i)** la existencia de una organización, que supone una estructura distinta de sus miembros –división de funciones, tareas: relaciones de coordinación y de subordinación– para una finalidad común: obtención de lucro ilícito a través de la comisión de delitos graves –lo que presupone una actuación al margen del ordenamiento jurídico y una estabilidad en el tiempo de la misma, entendidas como "capacidad de mantenerse en el tiempo mientras dure la voluntad de los asociados" [Faraldo]–; y, **(ii)** la permanencia de la organización más allá de sus miembros: fungibilidad –carácter autorrenovable de la organización criminal–. Ello, a su vez, en la medida en que se independice el injusto realizado por la conformación, creación o pertenencia a una organización criminal –injusto de organización criminal– y se asuma como figura o figuras concurrentes las conductas realizadas por la comisión de los delitos concretos (delitos-fin, delitos-medios, delitos de encubrimiento, delitos de favorecimiento) –injusto personal–, se habilita con mayor precisión a los operadores jurídicos la utilización de técnicas especiales de investigación, dada la mayor gravedad de la conducta completa perpetrada [Zúñiga].

Se afirma, en estos casos y frente a tal confluencia típica, el mayor peligro que la agrupación coordinada de esfuerzos supone para los bienes jurídicos correspondientes, al facilitar la comisión de los delitos, incrementar la dimensión lesiva y repercusión criminal y social de los mismos y favorecer la impunidad de quienes los cometen [GONZÁLEZ RUS], lo que a su vez obliga a la utilización instrumentos procesales más intensos. Con la ley se busca el desmantelamiento de la organización criminal.

La independización del injusto de organización, a los solos efectos funcionales de garantizar objetivamente el empleo de este proceso especializado, se da, por cierto, a partir de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la referida Ley, que asumen, en todo caso, una definición instrumental de organización criminal. La persecución de dichas conductas desde esta doble perspectiva –de injusto de organización e injusto personal– es posible hacerlo aplicando concurrentemente el modificado artículo 317 CP sobre asociación ilícita, aunque por cierto no existe una coincidencia total entre ambas figuras, pero resulta plenamente factible utilizar ese tipo legal conjuntamente con el injusto personal cometido. Es obvio que el crimen organizado es un supuesto –no elevado a una concreta figura penal por la vigente legislación– más compleja y con mayores o más requisitos –que ganan en intensidad– que el delito de asociación ilícita –aunque este lo comprende, pues las mayores exigencias de la organización criminal respecto de la asociación ilícita no lo excluyen de por sí–. En consecuencia, y en lo pertinente, es posible invocar la aplicación este último delito cuando se trata de la persecución y sanción del crimen organizado en los marcos de la legislación examinada.

1.2. Delitos comprendidos

El artículo 3 de la Ley n.º 30077, establece para la criminalidad organizada, los siguientes delitos graves:

- Homicidio calificado-asesinato (artículo 108 del CP).
- Secuestro (artículo 152 del CP).
- Trata de personas (artículo 153 del CP).
- Violación del secreto de las comunicaciones (artículo 162 del CP).
- Delitos contra el patrimonio (artículos 186 –hurto agravado–, 189 –robo agravado–, 195 –receptación agravada–, 196-A –estafa agravada– y 197–supuestos típicos de estafa– del CP).

- Pornografía infantil (artículo 183-A del CP).
- Extorsión (artículo 200 del CP).
- Usurpación (artículos 202 y 204 del CP).
- Delitos informáticos (artículos 207-B y 207-C del CP).
- Delitos contra la propiedad intelectual (artículo 222 del CP).
- Delitos monetarios (artículos 252, 253 y 254 del CP).
- Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos (artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del CP).
- Delitos contra la salud pública (artículos 294-A y 294-B del CP).
- Tráfico Ilícito de Drogas en sus diversas modalidades (artículo 296 del CP).
- Delitos de tráfico ilícito de migrantes (artículos 303-A y 303-B del CP).
- Delitos ambientales (artículos 310-A, 310-B y 310-C del CP).
- Delitos de marcaje o reglaje (artículo 317-A del CP).
- Genocidio, desaparición forzada y tortura (artículos 319, 320 y 321 del CP).
- Delitos contra la administración pública (artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397A, 398, 399, 400 y 401 del CP).
- Delitos de falsificación de documentos (artículo 427 del CP).
- Lavado de activos (artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del D. Leg. n.° 1106).

2. Aspectos procesales de la criminalidad organizada

2.1. Ámbito de aplicación

Rigen tanto las normas de la ley especial como las disposiciones del CPP –con sus respectivas modificaciones dictadas al efecto–, para aquellas personas que integran, se encuentran vinculadas o actúan por encargo de una organización criminal, que se hallan sometidas a una investigación y proceso penal, de

conformidad con el artículo 4° de la Ley n.° 30077. Se descarta por completo, en cualquier supuesto, la aplicación del ACPP.

La definición del fuero competencial material, en cuanto presupuesto del órgano jurisdiccional referido a la competencia penal, está normado por la Ley n.° 30133, de 20-12-13. Esa Ley estatuyó, en cierta concordancia con el artículo 24 CPP, que el conocimiento del crimen organizado corresponde a la Sala Penal Nacional y los Juzgados Penales Nacionales, siempre que el delito o sus efectos tengan repercusión nacional o internacional y, por tanto, den lugar a un proceso complejo; luego, los casos que no importen esos dos requisitos: repercusión nacional o internacional y complejidad –aunque, desde ya, todo proceso contra la criminalizada organizada es complejo: artículo 6 de la Ley n.° 30077–, son de conocimiento de los órganos jurisdiccionales de cada Corte Superior.

La Ley en referencia debe analizarse en bloque con los cambios producidos por la anterior Ley n.° 30076 y los posteriores Decretos Legislativos n.° 1180 y 1182. Así, no solo se configura un procedimiento con especialidades procedimentales, sino que el propio proceso común se ve modificado con una clara vocación general de "mejorar" o rodear de mayor claridad y eficacia a numerosas instituciones del proceso penal, especialmente en el ámbito de las medidas coercitivas –proceso de coerción–, de las medidas instrumentales restrictivas de derechos –búsqueda de prueba y restricción de derechos–, de los actos de investigación especiales y del derecho probatorio penal.

Se busca, de esta forma, poner al día el proceso penal para este nuevo fenómeno delictivo grave desde una perspectiva de eficiencia y firmeza o solidez de la persecución penal del mismo.

2.2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado

La Ley n.° 30076, en lo pertinente y en lo que, por extensión, es propio para el proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado, incorporó dieciséis cambios, sin perjuicio de las modificaciones que inciden en el derecho procesal de ejecución –con clara vocación restrictiva– y en el proceso auxiliar de cooperación judicial internacional. Son los siguientes:

A. La titularidad de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, encuentra una precisión, respecto a las relaciones con la Policía. El incorporado apdo. 4 del artículo II del TP CPP obliga al fiscal a tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la PNP, fijada en el ordenamiento, de tal

suerte que no es posible disponer una comisión investigativa a un órgano policial no habilitado legalmente para una determinada clase de delitos.

B. La investigación del delito, bajo la conducción del MP, impone la colaboración con la PNP, en forma conjunta y coordinada. A estos efectos la Fiscalía debe diseñar protocolos de actuación. Con esta finalidad el fiscal de la Nación ha de dictar las correspondientes "Instrucciones Generales" y coordinará con el órgano policial encargado de la coordinación con el MP. El problema, que pretende superar la Ley, empero, siempre estará sujeto a tensiones y, a final de cuentas, al modo de entender la dirección jurídica y la conducción de las investigaciones como base del señorío del fiscal respecto de esa etapa procesal. Por lo demás, es distinto mencionar un reglamento de ordenación de diligencias y, de otro lado, un protocolo de actuaciones.

C. Sobre la base de que es el fiscal quien decide la estrategia de investigación del caso concreto, sin embargo, deberá escuchar las recomendaciones que, al efecto, le brinde la PNP. En esta perspectiva, el Informe Policial debe indicar, cuando estas se hayan emitido, su contenido y resultado. El principio de legalidad guía la actividad de investigación, al que se someten el MP y la PNP. Ello impone capacitaciones conjuntas en lo que al ámbito de coordinación corresponde.

D. El artículo 67 CPP fija el marco de la función policial de investigación del delito. La nueva Ley solo cambió la frase "en su función de investigación", por la frase "en cumplimiento de sus funciones". Esta última aclaración no es razonable, primero, porque la policía tiene su marco de relación de subordinación funcional con el MP exclusivamente en el ámbito investigativo; y, segundo, porque en las demás funciones policiales, no existe vínculo alguno.

E. El abogado defensor, en el ejercicio de su misión de defensa o patrocinio, está prohibido de recurrir a mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la impartición de justicia. Esta adición al artículo 84 CPP, si bien ratifica el principio de moralidad procesal, es reiterativo de la prohibición genérica establecida por la Ley Procesal Común, el artículo 112.6 CPC, sobre la actuación de mala fe procesal o temeridad.

F. El artículo 85 CPP ha sido ampliamente reordenado. Primero, se precisó en el caso de diligencia no inaplazable que el abogado de oficio designado exige la reprogramación de la diligencia por una sola vez. *Mutatis mutandis*, tal

reprogramación también se dará en el caso de la designación de un nuevo abogado de confianza. Eso porque se construyó mal la frase del último extremo del segundo apartado; en vez de una coma, debió consignarse un punto seguido y, de este modo, evitar el gerundio. Segundo, la inasistencia del defensor que no asiste injustificadamente a una diligencia o que abandona la diligencia que se está realizando (amonestación, multa y suspensión). Tercero, la renuncia del defensor no lo libera de participar en diligencias urgentes a las que ha sido citado, y la renuncia debe ser puesta en conocimiento del juez en el término de 24 horas antes de realización de la diligencia. Cuarto. La aplicación de la sanción es de conocimiento y registro por la Presidencia de la Corte Superior –lógica de lo que se denomina *dación en cuenta*–, y la ejecución efectiva es atribución del Colegios de Abogados. Un símil se procederá, como es obvio, aunque no se diga, respecto de la Corte Suprema.

G. En materia de confesión se incorpora a los presupuestos formales o intrínsecos de la confesión las notas de sinceridad y espontaneidad, que importan, primero, la aceptación de cargos sin ocultar nada conocido por el imputado respecto del hecho, de sus circunstancias o de la intervención de otras personas; y, segundo, que sea voluntaria o de propio impulso, es decir, sin precisiones y, obviamente, en la primera oportunidad, sin reticencias ni demoras. De otro lado, el efecto premial de la confesión –la cual siempre será sincera y espontánea–, no funcionará en un tercer supuesto: la reincidencia o habitualidad del imputado. Tal disposición, a nuestro juicio, es irrazonable y discriminatoria, puesto que la lógica premial de la institución no está en función a la condición personal del imputado –a su culpabilidad como categoría del delito–, sino a los beneficios para la persecución penal. No se está, propiamente ante una circunstancia atenuante privilegiada –el nuevo artículo 49 CP incluso la considera, pese a tratarse de un supuesto más exigente, como una circunstancia de atenuación simple–, sino ante un beneficio premial de carácter procesal por su incidencia en el proceso. Estas normas ya son de vigencia generalizada.

H. El desarrollo del interrogatorio del testigo (artículo 170 CPP) permite, en el momento del contrainterrogatorio –por parte del defensor a cuya parte afecta la exposición del primero–, preguntas sugestivas. Se entiende por tales, aquellas preguntas que importan introducir en el ánimo del testigo alguna idea, insinuándosela o haciéndole caer en ella. Entiendo que esta introducción es, sencillamente, nefasta, pues intenta hacer caer y torcer la

lógica declarativa de un testigo, dominando su voluntad. Ganará, con ello, la habilidad del interrogador y no el esclarecimiento de los hechos.

I. La pertenencia del imputado a una organización criminal –o su reintegración a ella– ya no es un presupuesto material flexibilizado para dictar prisión preventiva, siguiendo el modelo germano, sino solo un supuesto de peligro de fuga. Se entenderá, empero, a estos efectos, que debe acreditarse, a nivel semipleno o de mera probabilidad, que existe el riesgo de que el imputado podrá utilizar los medios que le brinde la organización criminal para facilitar su fuga. Es preocupante que no incluya el peligro de obstaculización, toda vez que el artículo 270.3 CPP solo reconoce el supuesto de inducción, no de actuación autónoma de la organización, que por lo demás no requiere de una inducción de uno de sus miembros para actuar.

J. En materia de prolongación de la prisión preventiva, la Ley n.º 30076 precisó que la especial dificultad o prolongación incide tanto en la etapa de investigación preparatoria, cuanto en las etapas intermedia, de enjuiciamiento e impugnativa del proceso penal declaratorio de condena. Empero, la reforma perdió la brillante oportunidad para precisar que el plazo de la prisión preventiva se paraliza o interrumpe cuando el Tribunal de Apelación o de Casación anula la sentencia, el juicio y/o remite la causa para una ampliación de la investigación preparatoria o, en todo caso, para fijar un nuevo plazo especial. Cabe aclarar que "término" identifica el concreto momento en que debe realizarse una determinada actuación procesal mediante la indicación de la fecha e, incluso, hora en la que debe practicarse, mientras que el "plazo" abre la posibilidad de su práctica o realización dentro de un espacio o lapso temporal fijado para su posible desarrollo, a partir de la indicación de su fecha de inicio – *dies ad quo* y, por tanto, fecha en la que ha de iniciarse el cómputo– y de finalización –*dies ad quem*– o día a partir del cual el plazo ha de entenderse agotado [López Yagües]. Todas las normas sobre prisión preventiva son de vigencia generalizada.

K. La comparecencia simple se dictará cuando, primero, el fiscal no solicita la prisión preventiva; y, segundo, de mediar solicitud de prisión preventiva, no concurran sus presupuestos materiales. El fiscal y el juez deben motivar su decisión. Es obvio que la segunda decisión será la única que merezca tal motivación reforzada. Por otro lado, en concordancia con el artículo 287 CPP, la comparecencia restrictiva se aplicará solo si el peligro de fuga o de obstaculización puede razonablemente evitarse: solo podrá optarse por

ella en el supuesto segundo. Otra restricción que puede imponerse es la de prohibición de comunicación o de aproximación a la víctima o de otras personas –no solo delitos de violencia doméstica si no otros ilícitos penales que puedan importar afectar el entorno jurídico de aquella–, siempre que en este último caso no peligre irrazonablemente el derecho de defensa.

L. El desalojo preventivo, en cuanto medida de coerción real de carácter anticipada, una vez impuesto y la resolución esté firme se ejecuta dentro del término de 72 horas de concedida. Lo inmediato del desalojo a que se refiere el apdo. 5 del artículo 311 CPP cuando la Sala Superior así lo dispone, debe tomar en cuenta ese plazo –por error se dice 'término'–. Esta norma es de vigencia generalizada.

M. El plazo ordinario de las Diligencias Preliminares ya no es de 20 días sino de 60 días. Este puede ser superior, por decisión del fiscal, cuando las características, complejidad y circunstancias de los hechos de investigación así lo aconsejen. El reclamo del afectado se efectuará ante el juez de la investigación preparatoria.

N. El artículo 386 CPP solo trae una corrección obvia. La conclusión es del debate probatorio, no del examen del acusado, que por lo demás es el primer acto del debate probatorio, no el último, que se circunscribe a la inspección judicial, reconstrucción y/o prueba de oficio.

Ñ. La confesión que determina la concurrencia premial con el premio por terminación anticipada es solo aquella útil y anterior a la celebración del juicio. En pureza, lo expuesto es obvio, pero también limitado. La lógica de la confesión como beneficio premial ya está regulada en el nuevo texto del artículo 161 CPP y con mayor propiedad, no hacía falta una regulación pretendidamente *ad hoc*. De otro lado, en la misma línea de esa norma, se excluye a los reincidentes y habituales –lo que merece nuestra censura–; y, en lo atinente a la terminación anticipada, se excluye a los integrantes, vinculados o a quienes actúen por encargo de una organización criminal –que también es reprochable porque se confunde un premio procesal con una atenuación privilegiada–.

O. El nuevo artículo 119-A CPP estipula, en lo nuevo, que por excepción es posible realizar el juicio, en lo que respecta a la presencia del acusado, mediante el sistema de videoconferencia, siempre que el traslado del reo en cárcel presente dificultades por la distancia entre la sede de la audiencia y la ubicación del establecimiento penal, o porque exista peligro de fuga. Ello

significa, de un lado, la existencia de dos locales de audiencia; real y virtual, y que el reo podrá observar, e intervenir si correspondiere, pero desde el establecimiento penal u otra sede factible en todas las incidencias de la audiencia. Ello presupone la imposibilidad de realizar el juicio en una sede judicial contigua al establecimiento penal. Cabe acotar que el artículo 381 CPP, no modificado, se pone el caso de testigos y peritos que se encuentren en lugar distinto al del juicio, en que será posible tomarles declaración o examinarlos mediante videoconferencia. En caso de órganos de prueba protegidos también es viable la recepción de su declaración o examen este método (artículo 248.2e CPP).

La Ley n.º 30077 introdujo seis cambios específicos –que dan lugar a un 'proceso con especialidades procedimentales'– en: **(i)** el plazo de las diligencias preliminares e investigación preparatoria formal; **(ii)** en las medidas instrumentales restrictivas de derechos –el CPP, bajo inspiración italiana, las denomina "búsqueda de pruebas y restricción de derechos"– de interceptación postal, intervención de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil e incautación; **(iii)** en los actos especiales de investigación, a los que incorporó los actos de seguimiento y vigilancia, la información por las personas públicas y privadas –morales y naturales–; **(iv)** en el derecho probatorio: incorporación de la prueba trasladada y en las pruebas del extranjero. De otro lado, **(v)** estableció que rige el CPP –la aplicación del CPP para este procedimiento se generalizó– y que la competencia corresponde a la Sala Penal Nacional –es un 'fuero ordinario especial'–; además, **(vi)** adelantó la vigencia las medidas de protección y el proceso por colaboración eficaz.

El D. Leg. n.º 1180 reguló el establecimiento y otorgamiento del beneficio de recompensa a favor de ciudadanos colaboradores que brinden información oportuna e idónea que permita la búsqueda, captura y/o entrega de miembros de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúen por encargo de la misma. A partir del artículo 2 esta figura del informante o confidente se residencia en todas aquellas personas no vinculadas a las Fuerzas del Orden y de aplicación de dicha norma, así como no relacionadas a los delitos en cuestión –de ser así, serían colaboradores eficaces o arrepentidos–. El artículo 7 determinó que la información que proporciona tiene el carácter de secreta y el mismo tratamiento jurídico del artículo 15 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esto es, que no es posible que ninguna persona o autoridad acceda a esa información. Esto último significa que el informante, en los marcos de esta ley, no puede ser identificado ni prestará declaración en el proceso. Esa información ha

de ser absolutamente corroborada por las actuaciones investigativas que al efecto se lleven a cabo. La referida revelación, por consiguiente, es solo útil para dar pistas a la investigación, será objeto de investigación. Ni siquiera el policía puede incorporar esos datos vía testifical de referencia.

El D. Leg. n.° 1182 autorizó, como una medida instrumental restrictiva de derechos, primero, la geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar a instancia de la Policía, con la ulterior aprobación judicial a pedido del fiscal, siempre en delitos flagrantes y por razones de estricta necesidad; y, segundo, la remisión de los datos conservados por los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y las entidades públicas relacionadas con estos servicios, y relativos a la información almacenada en dichas empresas o entidades, derivados de las telecomunicaciones, por espacio de tres años, se obtendrá previo mandato judicial a instancia de la Fiscalía. Los datos en cuestión, aludidos en el punto segundo se refieren a: los números telefónicos, el titular del servicio telefónico, el lugar tanto de la llamada cuanto de su recepción, y la duración de la comunicación en referencia.

La misma Ley n.° 30077 incorporó, de otro lado, doce cambios en el CPP, que rige para todo el ordenamiento procesal penal. Son los siguientes:

A. La interceptación e incautación postal, producido el mandato judicial, la apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el fiscal considere más conveniente para los fines de la investigación –ya no será en la Oficina Fiscal, como era antes–. El control de comunicaciones: intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación, incluye ahora la geolocalización de teléfonos móviles. El cambio importa, además, que el ejecutante del control es la Fiscalía o la dependencia policial que se indique –ya no se trata de personas–; que la comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones será mediante oficio en la que se transcribirá la parte pertinente de la resolución autoritativa; que los concesionarios deben facilitar en forma inmediata lo ordenado en tiempo real y en forma ininterrumpida, todos los días del año, y sus servidores deben guardar secreto, salvo que se les cite como testigos; que los concesionarios deben otorgar el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las comunicaciones de la PNP, incluso al renovar sus equipos; que el plazo de la interceptación es no superior a 60 días –antes era de treinta días–, que puede renovarse por plazos sucesivos a instancia del fiscal por el juez de la investigación preparatoria.

B. El control de comunicaciones: intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. El cambio importa, además, que el ejecutante del control es la Fiscalía o la dependencia policial que se indique –ya no se trata de personas–; que la comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones será mediante oficio en el que se transcribirá la parte pertinente de la resolución autoritativa; que los concesionarios deben facilitar en forma inmediata lo ordenado en tiempo real y en forma ininterrumpida, todos los días del año, y sus servidores deben guardar secreto, salvo que se les cite como testigos; que los concesionarios deben otorgar el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el "Sistema de Intervención y Control de las comunicaciones de la PNP", incluso al renovar sus equipos; que el plazo de la interceptación es no superior a 60 días –antes era de treinta días–, que puede renovarse por plazos sucesivos a instancia del fiscal por el juez de la investigación preparatoria.

C. El registro de la intervención de comunicaciones se asegura mediante grabación. Lo recolectado –se utiliza indebidamente el término anglosajón de 'evidencias' en vez de decir 'prueba material'– se entrega al Fiscal, quien debe conservarlas; durante la ejecución de los denominados "actos de recolección y control de las comunicaciones" se dejan constancia en el acta; que el fiscal –indebidamente se consigna la intervención en esta fase del juez, pues no interviene en la misma– ordenará la transcripción de los datos relevantes en acta propia, sin perjuicio de conservar la grabación completa, siendo el juez quien dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes, si la investigación no se formaliza el fiscal hará lo propio; que el fiscal, con celeridad e inmediatez, comunicará al juez las grabaciones que se refieran a otros delitos; que las actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.

D. En orden a las medidas de protección adicionales, y cuando se trata de organizaciones criminales, el fiscal, una vez finalizado el proceso, decidirá la continuación de las mismas, salvo que se trate de "reserva de identidad", que tendrán carácter permanente.

E. En lo concerniente a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, se comprende los bienes y ganancias materia del D. Leg. n.° 1106 –antes era la Ley n.° 27705–.

F. En lo relativo al agente encubierto, la identidad supuesta es entregada por el fiscal –no por la Dirección General de la PNP– y por el plazo de seis meses, prorrogables por el mismo por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo.

G. El plazo ordinario especial de la investigación preparatoria para procesos complejos es de ocho meses, mientras que para organizaciones criminales es de 36 meses. La prórroga por un plazo igual la decide el JIP. Además, un supuesto de complejidad se refiere a cuando se comprendan los delitos materia de esta Ley n.º 30077, a los integrantes, los que actúan por encargo y los vinculados a organizaciones criminales.

H. Los delitos objeto del proceso por colaboración eficaz son, además, los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia.

I. En lo atinente al registro de la intervención de comunicaciones, si durante su ejecución se toma conocimiento de delitos contra la vida e integridad personal, y cuando se trata de delitos de terrorismo, TID y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el fiscal excepcionalmente, dando cuenta al juez para su convalidación, incorporará dicho número al procedimiento de intervención ya existente, siempre y cuando el JIP en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

J. En cuanto a las medidas de protección, podrá adoptarse la salida del país con una calidad migratoria que permita al extranjero y/o sus familiares residir temporalmente o realizar actividades en el extranjero.

K. Un acto de investigación especial nuevo es la denominada "operación encubierta" focalizada en la criminalidad organizada para identificar bienes y personas. Estas serán la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general –incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible– entre otros procedimientos, incluso la creación ficticia de personas jurídicas o la modificación de las existentes. Se abrirá un registro especial y las actuaciones sobre este acto de investigación especial no formarán parte del expediente, sino un cuaderno secreto, al que tendrán acceso los fiscales y jueces competentes.

L. Del proceso por delito de lavado de activos y otras formas de crimen organizado, lamentablemente, se eliminó la institución de la "búsqueda selectiva en bases de datos", que incorporaban que la Policía, por sí o a instancia del fiscal, realizará comparaciones de datos registrados en bases

mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público; y, si se trata de acceso a información confidencial o del análisis cruzado de las bases de datos, deberá mediar autorización judicial. Es absurda esta derogatoria del artículo 15 de la Ley de lavados de activos, D. Leg. n.° 1106.

2.3. La investigación preparatoria

2.3.1. Plazo de las diligencias preliminares

El plazo es de sesenta días para todo delito vinculado a una organización criminal. El fiscal puede fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación (artículo 5, num. 1, de la Ley n.° 30077). De conformidad con el artículo 334, inc. 2, del CPP, corresponde al juez, en caso de impugnación del plazo fijado por el fiscal, concretar la razonabilidad del mismo y para ello evalúa la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta (artículo 5, num. 2, de la Ley n.° 30077).

2.3.2. Carácter complejo

Distinto es el plazo de la investigación preparatoria formalizada –luego de la inculpación formal– cuando se trata de un proceso complejo seguido contra aquellas personas vinculadas a una organización criminal (artículo 6 de la Ley n.° 30077). Se considera complejo un proceso contra cuando concurran los siguientes requisitos: **i)** Actuación de una gran cantidad de actos de investigación; **ii)** Presencia de numerosos delitos investigados; **iii)** Incorporación de gran cantidad de imputados y agraviados; **iv)** Realización de pericias que requieran abundante documentación o un arduo y extenso análisis técnico; **v)** Ejecución de gestiones procesales fuera del país; **vi)** Actuación de diligencias en varios distritos judiciales; **vii)** Revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. Es evidente que dentro del supuesto de complejidad, como así lo ha considerado la ley examinada, se encuentra los procesos contra el crimen organizado (artículo 342, apdo. 3, del CPP).

3. Los actos especiales de investigación

3.1. Aspectos generales

En estricto sentido la legislación contra la criminalidad organizada reconoce cinco actos especiales de investigación: agente encubierto y especial, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, operaciones encubiertas, seguimientos y vigilancia, y geolocalización de telecomunicaciones. Los tres primeros ya han sido analizados en la parte referida a la estructura del proceso penal común. Resta analizar los dos últimos.

Se trata de actos de investigación directos, esto es, cuando por sí mismos obtienen la información necesaria para erigirse en fuente de investigación o de prueba. Como no representan una intensa restricción de derechos fundamentales, solo requieren el conocimiento –dación en cuenta– y/o la autorización del fiscal; y, cuando sea menester afectar más intensamente un derecho fundamental, en especial el secreto postal o el secreto de las comunicaciones, se requerirá con carácter previo la orden judicial –ambas medidas son, en pureza, medidas instrumentales restrictivas de derechos y se reputan actos indirectos de investigación–.

De otro lado, la Ley n.º 30077 cambia el *nomen iuris* de la institución, de actos especiales de investigación a técnicas especiales de investigación, aunque en puridad se trata de vocablos sinónimos. Al incidir en el vocablo "técnicas" se destaca un procedimiento especializado técnico-policial y criminalístico, cuya ejecución y, antes, planeamiento, requiere de un algo grado de preparación y conocimientos para sorprender a los delincuentes organizados, construir un sofisticado armazón probatorio con entidad para descubrir las lógicas del funcionamiento de la organización criminal, y desbaratar la organización criminal misma y sus redes de actuación; y, de ese modo, ponerlos a disposición de la justicia con las pruebas de cargo correspondientes.

Ha destacado Naciones Unidas, que lo que califica estas técnicas como especiales es el hecho de que su aplicación es a menudo costosa y complicada, requiere experiencia avanzada y, algunas veces, conocimientos e instrumentos tecnológicos avanzados; su aplicación puede, en algunos casos, implicar problemas éticos, mientras que en otros puede crear peligros para la seguridad de los operadores, y, aún más importantes, puede afectar derechos fundamentales de los individuos. En principio, por lo tanto, deben utilizarse cuando no exista una alternativa razonable para obtener información o pruebas [UNODC].

A diferencia de los citados actos o técnicas especiales de investigación, son medidas de búsqueda y restricción de derechos: 1. El control de comunicaciones, 2. La interceptación postal, 3. El levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, 4. La incautación. Las unas y las otras configuran, genéricamente, medidas que de uno u otro modo limitan derechos fundamentales materiales –con diferentes niveles de intensidad–, pero –como ya se anotó– las primeras son actos directos de investigación –que buscan elementos de información válidos y útiles– con un contenido funcional específico de propender a esclarecer y descubrir hechos; y, las restantes, son actos de investigación indirectos que levantan obstáculos de carácter constitucional para obtener información relevante.

Lo destacable en materia de crimen organizado es que el control de comunicaciones, la interceptación postal, la circulación y entrega vigilada de bienes, el agente encubierto, las acciones de seguimiento y vigilancia, y la obtención de información confidencial, cuando corresponda la autorización judicial, esta se dicta sin trámite alguno en el plazo de veinticuatro horas –se dice, equivocadamente, "término"–. En el caso de las "medidas limitativas de derechos", el levantamiento del secreto y la reserva se dicta por el juez de la investigación preparatoria reservadamente y sin trámite alguno, así como la incautación de bienes (artículo 203.2 CPP); la audiencia es optativa (artículo 203.3 CPP), salvo las de reexamen.

Para el supuesto de la incautación de bienes, la Policía no necesita orden fiscal o judicial en casos de flagrancia o peligro inminente de su perpetración; tampoco –esa es la novedad– resolución confirmatoria judicial.

3.2. Seguimiento y vigilancia

El artículo 14 de la Ley n.º 30077 reconoce como acto de investigación secreto ordenado por el fiscal las acciones de seguimiento y vigilancia de los investigados o de terceros vinculados a él para agenciarse de información útil en orden a sus movimientos, acciones y contactos personales y, de ese modo, descubrir indicios de integración en un entramado asociativo delictivo y/o de la comisión de delitos vinculados a una concreta organización criminal.

La norma de remisión es el artículo 207 CPP, que se refiere a la videovigilancia, en cuya virtud la policía, desde una perspectiva de necesidad investigativa y con apego al principio de proporcionalidad, podrá realizar tomas fotográficas y registro de imágenes, o utilizar otros medios técnicos especiales para observar o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

La policía, pues, puede acudir a formas tradicionales como el seguimiento a través de equipos policiales, pero también puede usar modernas tecnologías electrónicas, tales como teleobjetivos de alto poder o seguimiento electrónico mediante tecnología GPS para monitorear los movimientos del investigado en zonas complicadas por la superficie del mismo o en áreas con altas tasas de delitos.

3.3. Operaciones encubiertas

La IV Disposición Complementaria de la Ley n.° 30077 incorporó al CPP el artículo 341-A, que rotuló: operaciones encubiertas. Esta técnica especial de investigación ya ha sido estudiada en la lección referida a la investigación preparatoria –de igual modo lo han sido el agente encubierto y especial y la entrega vigilada–. Las operaciones encubiertas incorporan –desde una perspectiva amplia o abierta– un conjunto de investigaciones y acciones secretas, autorizadas por el fiscal a la Policía, distintas del agente encubierto y especial. Básicamente se trata de simular negocios para "ayudar" a la organización criminal o servir de nexo a ella en su lógica de actuación delictiva.

Naciones Unidas da cuenta de un ejemplo de estas medidas utilizadas en Serbia. Se trata de un caso de tráfico de productos PGM, a cuyo efecto se creó establecimientos de instalaciones para ensayos a fin de 'ayudar' a las mafias en el análisis de los PGM robados, la compra de productos PGM ilícitos de blancos identificados en operaciones encubiertas, la venta de productos PGM ilícitos a los blancos principales y eventualmente actuar como transportadores del producto ilícito desde el exportador blanco hacia los destinos en el extranjero para luego identificar al comerciante extranjero y las cuentas extranjeras utilizadas por las mafias, con el propósito de llevar a cabo una recuperación en una etapa posterior.

Otras técnicas especiales, incorporadas en este rubro, serían, primero, la búsqueda de los desechos de la oficina de un delincuente durante un periodo de tiempo variable, que no requerirá orden judicial si ese material –documentación, por ejemplo– se coloca más allá de la propiedad y control de una persona, en la medida en que se entiende –por ejemplo, según la jurisprudencia USA– que en estos casos el individuo abandona la propiedad y, por ello, no puede objetar su examen. Segundo, la emisión de órdenes de incautación de bienes, de uno u otro modo, delictivos –por ejemplo, cuadros falsos–, sin indicar el motivo exacto de la investigación y el delito perpetrado, a fin de que los traficantes no sospechen el curso principal de la investigación –esta operación se denomina "información encubierta acerca de un delito" – [UNODC]. Tercero, la colocación de dispositivos de control

remotos (denominadas comúnmente "Balizas"), en atención a la complejidad de los objetivos y escasez de personal, que permiten el control remoto, si no de personas, sí de vehículos, embarcaciones, etcétera –sea por sistema GPS, Alpha y Qlog–, de suerte que, como se colocan en los exteriores del vehículo o embarcación, no importan una injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos, por lo que requieren previo mandato judicial [STSE 652/2007, de 22-06-07].

3.4. Geolocalización

3.4.1. Alcances

La geolocalización es una técnica especial de investigación radicada en la averiguación tanto de delitos graves y de mediana gravedad –sancionados con pena privativa de libertad superior a cuatro años– cuanto de delitos asociados a la criminalidad organizada, que permite la utilización de tecnologías de la información y comunicaciones por parte de la Policía Nacional. En cooperación con las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios –han de implementar mecanismos de acceso exclusivo a la unidad especializadas de la Policía Nacional (I Disposición Complementaria Final)–, esta técnica especial de investigación permite que la Policía conozca la ubicación, circunscripción, paradero o posición geográfica o territorial de una persona sospechosa de estar involucrada en los delitos antes referidos a partir de la utilización por aquella de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar (artículo 2).

Está técnica especial de investigación no incide en el proceso comunicativo en sí mismo a través de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar. No está destinada a captar o saber lo que un sospechoso está conversando o con quién lo está haciendo –acto de intervención de comunicaciones–, sino dónde se encuentra el poseedor que utiliza un teléfono móvil asociado a una línea telefónica determinada u otro dispositivo electrónico de naturaleza similar –así se desprende de la prevención fijada en el artículo 6–. La información que se solicita presupone que la Policía sepa el número telefónico del sospechoso –si quiere saberlo, por intermedio del fiscal, debe solicitarse al juez la información respectiva, en tanto afecta el secreto de las comunicaciones– y, por ello, solo ha de conocer su ubicación geográfica en un momento determinado. Ninguna otra información debe proporcionar las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios.

Tres son los presupuestos para que opere esta técnica especial de investigación.

A. Flagrancia delictiva, en los términos del artículo 259 CPP. Tres son sus notas esenciales: **(i)** inmediatez temporal, de la acción delictiva o, lo que es igual, que la misma se esté realizando o se haya realizado momentos antes; **(ii)** inmediatez personal, es decir, presencia del delincuente en relación todavía con el objeto o los instrumentos del delito; y, **(iii)** necesidad urgente de intervención, ora para evitar que se siga cometiendo el delito, ora para detener al delincuente, ora para para obtener pruebas de las que razonablemente se puede suponer que desaparecerán [CALDERÓN/ CHOCLÁN].

B. Delito de mediana entidad. El delito investigado debe estar sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad, lo que significa que debe partirse de la pena conminada por el delito en el precepto penal correspondiente: pena concreta y no, necesariamente, pena abstracta, pues de no haber sido así, como el CPP fijó para la competencia del Juzgado Penal Unipersonal y la viabilidad del recurso de casación (artículos 28.2 y 427.2), se habría mencionado el extremo mínimo de la pena privativa de libertad.

C. Necesidad de la medida, esto es, que esa es la única forma posible para acceder a la ubicación del sospechoso.

3.4.2. Procedimiento

La decisión de geolocalizar a un sospechoso corresponde, de inicio, a la Policía Nacional. A estos efectos, primero, el requerimiento lo canaliza la unidad a cargo de la investigación policial –que se entiende debe contar con el conocimiento y dirección jurídica de la Fiscalía: no pueden existir investigaciones al margen del conocimiento del Ministerio Público–; y, segundo, el pedido es remitido a la unidad especializada de la Policía Nacional, la que previa verificación del responsable de la unidad solicitante, cursa el pedido a los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones o a las entidades públicas relacionadas con estos servicios –a través de correo electrónico institucional o de otro medio idóneo convenido–.

El requerimiento policial debe ser atendido inmediatamente, sin demoras, por las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios cuyo auxilio se pide.

Acto seguido, la unidad encargada de la investigación informa inmediatamente al Fiscal lo que requirió a las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios, la información recibida y lo que está haciendo o realizará con aquella–, justificando en todo caso el pedido que formuló y lo obtenido –es obvio que acompañará copia de las actuaciones que generó el pedido en cuestión–.

El objeto de esta comunicación es recabar la convalidación judicial (artículo 5). Entiende la norma que la información que se obtiene –la geolocalización de una persona– restringe, de algún modo, un derecho fundamental. Desde luego, no puede ser el secreto de las comunicaciones, pero sí el derecho a la intimidad o privacidad. Corresponde al Fiscal, dentro de las veinticuatro horas de recibido el informe de la unidad encargada de la investigación, solicitar la medida restrictiva ejecutada por la Policía Nacional. El trámite, por su propia naturaleza, es reservado y su itinerario es *inaudita et altera parte*; no se corre traslado ni intervine el afectado con la medida. Solo interviene el fiscal del caso, quien pide la medida.

La convalidación o confirmación judicial –ambos vocablos son sinónimos– es un auto jurisdiccional debidamente motivado, desde los presupuestos materiales que en clave de proporcionalidad definen esa medida –concordancia de los artículos 3 de la Ley y 202, en lo pertinente, CPP–, mediante el cual se aprueba o ratifica la medida que por razón de urgencia –flagrancia en este caso– se llevó a cabo de modo previo: determinación de la geolocalización de un sospechoso que utiliza un teléfono móvil u otro dispositivo electrónico de naturaleza similar.

El juez debe resolver de manera inmediata, esto es, no debe correr traslado alguno y, menos, convocar a una audiencia –la lógica reservada y la rapidez de la medida explica esa opción legislativa–. Es claro que el órgano jurisdiccional no está vinculado al requerimiento fiscal. Puede aceptarlo, en cuyo caso, confirmará o convalidará la medida de geolocalización, pero también denegarlo por no adecuarse a los presupuestos materiales que la sustentan. En este último caso se dejará sin efecto la medida y, obviamente, sin valor jurídico la información proporcionada por las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios; no podrán utilizarse para formar la convicción judicial. También, emitida la decisión desestimatoria el fiscal puede impugnarla en el plazo no mayor de 24 horas. El Tribunal de Apelación la resolverá en el mismo plazo y sin trámite alguno: no se citará fecha para la vista de la causa ni se realizará audiencia alguna. La ley no dice nada del destino de la información recabada cuando se desestima la convalidación judicial, pero es evidente que deben ser eliminadas, con conocimiento ulterior del afectado.

El plazo de la autorización judicial no debe exceder de 60 días y, excepcionalmente, puede prorrogarse, a pedido del fiscal, por periodos sucesivos. El fiscal, por cierto, debe indicar en su solicitud de convalidación el plazo de la medida y justificarla informando de la naturaleza y alcances de la investigación en curso.

Se entiende que la información recabada se anexará al expediente reservado formado al efecto; y, una vez ejecutada la medida y/o vencido el plazo de la misma, se procederá a lo previsto, en lo pertinente –dada la similitud de la misma–, en el artículo 231 CPP: **(i)** poner en conocimiento el resultado de la geolocalización; **(ii)** posibilidad de reexamen judicial, para verificar los resultados de aquella y, luego, para que los impugne.

3.4.3. Derecho afectado y legitimidad de la medida

Nuestra Constitución diferencia el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 2.10) del derecho a la intimidad (artículo 2.7). El primero, tiene un carácter meramente formal, que protege al individuo frente a la intrusión sea cual sea el contenido del ámbito en el que se ha producido la injerencia, pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado –conduce a una presunción *iure et de iure* de que lo conocido antijurídicamente es "secreto", en un sentido sustancial–, de modo que "su protección comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado" (STC n.º 2863-2002-AA/TC); y, el segundo, es aquella zona de la persona, propio de la vida privada y donde esta se desenvuelve –desarrolla y fomenta libremente su personalidad–, que debe permanecer reservada a injerencias extrañas, y "está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño" (STC n.º 6712-2005-PHC/TC).

La ubicación del lugar donde se encuentra una persona, a través de la utilización por ella de un teléfono móvil o de un dispositivo electrónico de naturaleza similar, no afecta sus comunicaciones o telecomunicaciones personales, sino en todo caso el derecho a la intimidad –el ámbito geográfico donde una persona se encuentra en cualquier momento está intrínsecamente relacionado con el desarrollo de su personalidad, cuyo conocimiento por terceros puede afectarla–. Como tal, el principio de proporcionalidad exige, a tono con la intensidad de su

afectación, determinados presupuestos para su limitación. Es decisivo, en todo caso, precisar que su restricción con fines de investigación penal no requiere previa orden judicial. La Constitución solo la arbitra previa orden judicial, sin excepciones por razones de urgencia, para dos derechos fundamentales: el secreto de las comunicaciones, y el secreto bancario y la reserva tributaria: artículos 2.10 y 5; y, salvo flagrancia delictiva, en la libertad domiciliaria (ingreso o allanamiento y registro) y en la libertad personal (detención): artículo 2.24, literales 9 y 24f.

Es cierto que dicha medida implica una intromisión en la vida privada de las personas, pero ha sido arbitrada por la ley, ha sido encargada a una autoridad pública facultada para el combate contra el crimen –como es la Policía Nacional y, luego, el Ministerio Público–, y precisa el ámbito de la afectación: geolocalización de un sospechoso –ofrece certeza y seguridad jurídica–. Además, en clave esencial, persigue un fin legítimo, en tanto facilita la investigación y persecución de los delitos que tutelan bienes jurídicos de importancia en aras de mantener el orden público y la paz social; es una medida idónea, porque permite el empleo de tecnología adecuada para la persecución de los delitos y que la autoridad actúe con oportunidad; es necesaria –o excepcional–, pues se aplica cuando no exista otro medio efectivo menos lesivo para ubicar al sospechoso y así evitar el menoscabo de la efectividad de la investigación –se ha evitar, por ella y en función al peligro por la demora y la urgencia, el riesgo de afectar la vida o integridad de la víctima del delito o que se pueda ocultar o desaparecer el objeto o el cuerpo del delito–; y, es estrictamente proporcional, porque la restricción que supone es compensada por la importancia de los bienes jurídicos protegidos por los distintos tipos legales a los que se limita el usos de la medida, de modo que el interés particular cede en aras de mantener el orden público y la paz social (Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Sentencia de 16-01-14).

Por lo demás, está medida está asociada: **1)** Al principio de especialidad, referido a una investigación delimitada en curso respecto de delitos concretos –lo que no impide, en su caso, la utilización de los denominados "hallazgos casuales"–. **2)** A su utilización temporal, pues la ley fija periodos semestrales prorrogables, pero no podrá prorrogarse de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada. **3)** A una finalidad exclusivamente probatoria, esto es, establecer la existencia del delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo. **4)** A la existencia de flagrancia delictiva –en clave del principio de intervención indiciaria, se requiere algo más que indicios de la comisión del delito, lo que explicaría que quede librado a una primera apreciación policial; la evidencia del hecho que deriva de la propia flagrancia que da entender su obvia realidad.

5) A la convalidación judicial, que denota previamente la intervención de la Fiscalía y, luego, la autorización *ex post* del juez competente, quien la confirmará la geolocalización ejecutada mediante auto motivado en clave constitucional, esto es, analizando la flagrancia delictiva y los subprincipios que dimanan del principio de proporcionalidad.

No existen, pues, dudas de constitucionalidad de la geolocalización como medida restrictiva de derechos a partir de una técnica especial de investigación.

3.4.4. Conservación de datos derivados de las telecomunicaciones

La II Disposición Complementaria Final incorpora, en pureza, otra institución. Allí menciona que "Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y las entidades públicas relacionadas con estos servicios deben conservar los datos derivados de las telecomunicaciones durante los primeros doce meses en sistemas informáticos que permitan su consulta y entrega en línea y en tiempo real; y, concluido ese período, deberán conservarlos por veinticuatro meses adicionales, en un sistema de almacenamiento electrónico.- La entrega de datos almacenados por un período no mayor a doce meses, se realiza en línea y en tiempo real después de recibida la autorización judicial. Para el caso de los datos almacenados por un periodo mayor a doce meses, se hará entrega dentro de los siete días siguientes a la autorización judicial, bajo responsabilidad".

Las empresas de telecomunicaciones y las entidades públicas relacionadas con estos servicios tienen una obligación legal: conservar los datos derivados de las telecomunicaciones por un plazo total de treinta y seis meses. En tal virtud, cuando se les requiera, previa orden judicial, deben proporcionar a la Fiscalía los datos derivados de las telecomunicaciones, obviamente en el marco de una investigación preparatoria en curso –diligencias preliminares, lo más obvio, o investigaciones preparatorias–.

Como se está ante una limitación del secreto de las comunicaciones, solo el juez, por mandato del artículo 2.10 de la Constitución, puede disponer medidas de control. Una de ellas es, por supuesto, conocer el titular de un número telefónico, las llamadas que hizo y que recibió –fecha y hora–, el tiempo que duraron esas llamadas y la localización del equipo telefónico. Estos datos, ha precisado la Sentencia de la Gran Sala de la Unión Europea de 08-04-14, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las

actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuenta. En tal virtud, el ejercicio de esa restricción por parte de la autoridad debe cumplir requisitos de protección, por constituir una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos garantizado por el artículo 2.6 de la Constitución. Se necesita, entonces, no solo que se dicte una ley para limitarlo, sino también que se respete su contenido esencial y que las limitaciones sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general o a la necesidad de protección de los derechos fundamentales y libertades de los demás.

Es evidente, eso sí, que la conservación de datos derivados de las telecomunicaciones, en aras de luchar eficazmente contra la delincuencia grave y organizada, que utiliza la tecnología telefónica para sus fines criminales, es adecuada para lograr el objeto perseguido –motivo de interés general u objetivo legítimo–. Empero, en clave de estricta necesidad, se presentan las dudas de constitucionalidad de una norma tan general. En efecto, como se aplica de modo global a todos los usuarios y el tratamiento de los datos está automatizado, la ley no ha señalado reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de dicha medida, ni ha establecido unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos. Como ha determinado la acotada Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, la norma no tiene amparo porque la injerencia en cuestión no está regulada de manera precisa por disposiciones que permitan garantizar que se limita efectivamente a lo estrictamente necesario (§ 54 y 65). También lo ha hecho, en los mismos términos, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 30-06-14 [§ 20, 21, 25/27].

En esta misma perspectiva, § 2 de la V Disposición Complementaria Final, más allá de su justificación teleológica: motivos de interés general, merece una llamada de atención aún más fuerte desde la perspectiva de la estricta necesidad, pues incluso sin orden judicial y por la sola autoridad de la ley, "Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones comunicarán a la unidad especializada el reporte de los datos identificatorios de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar cuyas llamadas proceden de establecimientos penitenciarios".

Más intensa, por su nivel de intervención en el proceso de comunicación, es propiamente la intervención de un teléfono que permite captar, en el momento en que se producen, las comunicaciones telefónicas que se producen desde un teléfono determinado, las que se graban y, por ende, permiten obtener información valiosa

acerca de posibles actividades delictivas. La injerencia está prevista en los artículos 230 y ss. CPP, y a sus procedimientos y límites debe someterse la autoridad de investigación penal.

3.5 Prueba pericial de inteligencia

Es verdad que la Ley 30077 no incluye, específicamente, la prueba pericial de inteligencia. Es, pues, un medio de prueba no previsto en la dicha Ley especial, pero es de tener en cuenta que el artículo 172.1 CPP prevé el auxilio pericial "[...] *siempre que, para la explicación y mejor comprensión de un hecho, se requiera de conocimiento especializado de naturaleza* [...] *técnica* [...] *o de experiencia calificada*". La información que proporcionan los autores de este tipo de pericia, expertas en esta clase de información, consiste en el aporte de elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el juez, coherentemente expuestas y de forma contradictoria en la audiencia (STSE 338/2015, de 2 de junio).

Este tipo de pericias –de inteligencia policial, mayormente– es cada vez más frecuentemente utilizadas en la lucha contra la delincuencia organizada, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al juez una serie de conocimientos técnicos o prácticos con el objetivo de fijar una realidad no constatable directamente por el juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que, como el resto de medios de prueba, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada, en los términos del artículo158.1 el CPP (STSE 697/23012, de 2 de octubre). Esta pericia, es como todo medio de prueba pericial, una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona experta y, al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no aun conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos –la prueba en sí es válida y debe, por tanto, producir los efectos que el juzgador libremente le atribuya–.

Tiene expuesto, por ejemplo, la STSE 124/2016, de 24 de febrero, que la descripción de un profesional (experto policial de inteligencia) de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito, puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional como agente de la policía

o de los órganos de inteligencia del Estado. Pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología. La sofisticación de los medios empleados para la intercomunicación de los integrantes de esas bandas u organizaciones criminales, las habituaciones técnicas de encriptación y, en fin, la constante tendencia a la clandestinidad, son razones suficientes para admitir una prueba pericial cuyo objeto sea ofrecer al juez y demás sujetos procesales, una explicación detalladas de la "práctica" que anima la actividad delictiva de esas y de otras organizaciones delictivas.

Finalmente, la STSE 157/2012, de 7 de marzo, señaló sus notas características: **1.** Se trata de una prueba singular que ha de utilizarse en procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales. **2.** Si se precisan de esos conocimientos, nada impide su utilización. **3.** Su valoración es libre, el órgano jurisdiccional debe analizarlos racional y libremente; no es una prueba vinculante. **4.** No es una pura prueba documental –no pueden ser invocados como documentos, salvo que procedan de organismos oficiales del Estado y no hubieran sido impugnados por las partes, o consten informaciones contradictorias. 5. Es una prueba pericial, en tanto sus autores aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias.

4. La prueba trasladada

Es aquella que se admite y se practica en otro proceso y que es presentada al proceso penal en curso en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. El fundamento de la validez de una prueba de un proceso en otro radica en la unidad de la jurisdicción. En efecto, debido a la unidad de la jurisdicción, las pruebas actuadas en otras jurisdicciones pueden ser trasladadas. El único límite, según la regla del proceso civil, es que haya sido pública y controvertida por las partes contra quien se aduce [Ledesma]. Las pruebas de otro juicio pueden ser válidas si en el anterior proceso, la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley otorga en el juicio en que se produjeron [Couture]. Lo expuesto demuestra que en el proceso civil se pueden incorporar pruebas actuadas en procesos de otras especialidades: Penal, Laboral, entre otros. Ahora bien, con esta ley en el proceso penal también se pueden incorporar pruebas actuadas en otros procesos penales.

Es de precisar que el Código Procesal Penal de 2004 no dice nada respecto a la prueba trasladada. Sin embargo, la Ley n.º 30077, de 20-08-13, en su artículo

20 incorpora la prueba trasladada, figura que por cierto es reconocida en el artículo 261 del ACPP. Los requisitos legales de la incorporación de actuaciones probatorias procedentes del proceso fuente son dos: **i)** Que provenga de otro proceso penal, y **ii)** Que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal –en este extremo difiere parcialmente del artículo 261 del CPP, pues en el acotado artículo se consignaba también a la asociación ilícita–.

Los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del proceso fuente, esto es, del que se obtendrá la actuación probatoria para incorporarla al proceso en curso. Por tanto, desde el proceso fuente, por imperio de la norma, debe calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. La norma hace mención a las pruebas admitidas y practicadas ante el juez o Sala Penal, las cuales podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal. En consecuencia, lo que puede calificarse de prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, etcétera, está en función de la causa fuente y no de la causa receptora.

Es obvio que desde el proceso receptor esas actuaciones constituirán prueba documental oficial, de ahí que la calificación realizada por la norma procesal solo tiene sentido si se toma como referencia el proceso fuente. Desde este enfoque, la norma, antes que ampliar las posibilidades de contar con fuentes y medios de prueba procedentes de otras causas, traza límites a su utilización, que como tal debe interpretarse restrictivamente. En principio no existen límites internos al traslado probatorio en el caso de dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental. Así lo autoriza la Ley n.° 30077, en su artículo 20 num. 2.

En cambio, existen límites para las demás actuaciones probatorias, entre ellas la prueba personal y las diligencias objetivas e irreproducibles. Se requiere que el traslado resulte indispensable debido a que en el proceso receptor la actuación de las referidas pruebas sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Esto último supone acreditar la existencia de un motivo razonable que impida la actuación de la prueba en el proceso receptor. El límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo que no compareció en el plenario impide al juez escuchar y ver, conforme al principio de inmediación, y a las partes someterlas a la pertinente contradicción. En síntesis, la declaración de un testigo en otro proceso no ofrecida en el proceso receptor como testigo ni que esté acreditada una causal de ausencia insubsanable de su parte, no pude ser utilizada [Exp. n.° 19-2001: Caso FUJIMORI].

Es de precisar que: **i)** el valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respectando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; **ii)** la prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución; y, **iii)** la persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL

1. AA.VV. BELING, Ernst; Ambos, Kai; y Guerrero, Oscar Julián). *Las prohibiciones probatorias*. Editorial Temis, Bogotá,2009.
2. AA. VV. CABEZUDO BAJO. Maria José. Investigacion y prueba en el proceso penal (Gonzales-Cuellar Serrano – Sanz Hermida, Ágata (director y coordinada), editorial Colex, Madrid, 2006.
3. AA. VV. FERRER BELTRÁN, Jordy; Gascón Abellán, Marina; González Lagier, Daniel y Tarruffo, Michele. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2006.
4. AA. VV. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Pureba y proceso penal.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
5. 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.
6. 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.
7. AA. VV. RIVES SEVA, Antonio (director). *La prueba en el proceso penal,* Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Aranzandi, Navarra, 2012.
8. ABAD YUPANQUI, Samuel: *Constitución y proceso constitucional*, Ed. Palestra, 5.a ed., Lima, 2015.
9. ADOLFO ALVARADO, Velloso/AGUILA GRANADOS, Guido: *Lecciones de derecho procesal civil*, Ed. San Marcos, 2.a ed., Lima, 2011.
10. ALARCÓN MENÉNDEZ, JORGE MIGUEL: La investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal penal, Editorial Grijley, Lima, 2010.
11. ALSINA, HUGO: Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Editorial Compañía Argentina de Editores Sociedad de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, 1941.
12. ALZAMORA VALDEZ, MARIO: Derecho Procesal Civil – Teoría del proceso civil, Editorial SESATOR, Lima, 1974.12-A.

13. ALZAMORA VALDEZ, MARIO: Derecho Procesal Civil – Teoría del proceso ordinario, Editorial Tipografía Peruana, Lima, 1966.

14. ALVA MONGE, Pedro José/SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán: *Las casaciones penales en el Perú*, t. I, Jurista Editores, Lima, 2015.

15. ALVA MONGE, Pedro José/ SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán: *Las casaciones penales en el Perú*, t. II, Jurista Editores, Lima, 2015.

16. ÁLVAREZ RODRIGUEZ, Jose Ramon-Ríus Diego, Francisco José *La entrada y registro en lugar cerrado*. Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

17. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

18. AMBOS, KAI/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *Constitución y sistema acusatorio*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

19. ANDRÉS IBAÑES, Perfecto. *La prueba y convicción judicial en el proceso*. Hammurabi, Buenos Aires, 2009

20. ANGULO ARANA. Pedro: *La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

21. ANGULO ARANA, Pedro: *El interrogatorio de testigos en el proceso penal*, Gaceta Jurídica, 2.a ed., Lima, 2008.

22. ARAGONESES, Alonso: *Instituciones de derecho procesal penal I*, Gráficas Mesbard, Madrid, 1976.

23. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara y otros. *Derecho Procesal Penal* Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2002.

24. ARMENTA DEU, Teresa. *Estudios de Justicia Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2014.

25. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

26. ARIAS DUQUE, Juan Carlos/CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette y otros: *El proceso penal acusatorio colombiano*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005.

27. ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, 5.a. ed., Madrid, 2010.

28. ARMENTA DEU, Teresa (coordinadora): *La convergencia entre proceso civil y penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

29. ARMENTA DEU, Teresa: *Sistemas procesales penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

30. ARMENTA DEU, Teresa: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Ed. Marcial Pons, 2.a ed., Madrid, 2011.

31. ARNAÍZ SERRANO, AMAYA: *Las partes civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

32. ARNAÍZ SERRANO, Amaya. "La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal". www.cienciaspena-les.net/files /2016/10/8amaya-arnaiz.pdf.

33. ASENCIO MELLADO, José María: Derecho procesal civil. Parte Primera, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

34. ASENCIO MELLADO, José María. (coordinador), y López Yagüe, Verónica. *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con jurisprudencia.* Editorial La Ley, Madrid, 2013.

35. ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

36. ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio e imparcialidad*, Ed. Grijley, Lima 2013.

37. ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

38. ASENCIO MELLADO, José María (director): *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

39. ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, 5.a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

40. ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal*, 6ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

41. ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 4.a ed., Valencia, 2008.

42. ASENCIO MELLADO, José María: *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Ara, Lima, 2010.

43. ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal.* Estudios Fundamentales. INPECCP Fondo Editorial, Lima, 2016.

44. ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales*, Editorial INPECCP – CENALES, Lima, 2016.

45. ASENCIO GALLEGO, José María: El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

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

47. BACHMAIER WINTERT, Lorena (coordinadora): *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

48. BACIGALUPO, Enrique: *El debido proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

49. BÁEZ, Julio: *Derecho procesal penal*, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010.

50. BANACLOCHE PALAO, Julio/ZARZALEJOS NIETO, Jesús: *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

51. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos: *Derecho procesal penal*, Ed. Mc GrawHill, 3.a ed., México D. F., 2009.

52. BENAVENTE CHORRES, Hesbert, "La incautacion de bienes en el Proceso Penal". En Revista Gaceta Jurídica. Colección 18, tomo 4, número 10, Lima 2010.

53. BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, t. II, Universidad Externado de Colombia, 6.a ed., Bogotá, 2013.

54. BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, t. II, 6.a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

55. BINDER, Alberto M: *Introducción al derecho procesal penal*, 2.a ed., tercera reimpresión, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

56. BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora académica): *Derecho probatorio contemporáneo / prueba científica y técnicas forenses*, Universidad

de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO, Cartagena, 2012.

57. BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora académica): *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO, Cartagena, 2013.

58. 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.

59. BROWN, GUILLERMO. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal.* Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2002.

60. CÁCERES JULCA, ROBERTO. "La prueba ilícita y los instrumentos procesales para su exclusión probatoria". En Actualidad Penal 18, diciembre de 2015, Lima.

61. CACERES JULCA, Roberto: *Las medidas cautelares en el Nuevo Proceso Penal*, Ed. Jurista Editores, Lima, 2009.

62. CAFFERATA NORES, José: *La prueba en el proceso penal*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998.

63 CAFFERATA NORES, José/HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *La prueba en el proceso penal*, Ed. LexisNexis, 6.a ed., Buenos Aires, 2008.

64. CAFFERATA NORES, José y otros: *Manual de derecho procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004.

65. CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, Vol. I, Bibliográfica, Argentina, 1945.

66. CALDERON CEREZO, Ángel/CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Ed. Dikynson, Madrid, 2002.

67. CALDERON SUMARRIVA, Ana/AGUILA GRADOS, Guido: *Derecho procesal penal - Didáctico.* Escuela de Graduandos Águila y Calderón, Ed. San Marcos, Lima, 2001.

68. CALVINHO, Gustavo: *El sistema procesal de la democracia*, Ed. San Marcos, Lima, 2008.

69. CAMARGO ACOSTA, Johan S.: *Código Procesal Civil comentado*, t. II, Ed. Adrus, Arequipa, 2010.

70. CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

71. CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO y otros. Código Penal-Doctrina y Jurisprudencia. Colex, Madrid, 1997.

72. CARNELUTTI, Francesco: *Lecciones sobre el proceso penal*, t. IV, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950.

73. CARNELUTTI, FRANCESCO. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1971.

74. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo: *Manual del sistema de justicia penal*, t. II, Ed. Librotécnia, 2.a ed., Santiago, 2010.

75. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo/FELICES MENDOZA, María: *El Nuevo Proceso Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2011.

76. CARRIÓN LUGO, Jorge: *El recurso de casación en el Código Procesal Penal*, vol. III, Ed. Grijley, Lima, 2012.

77. CARRIÓ, ALEJANDRO. D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, 5ª. edición, Buenos Aires, 2006.

78. CASTILLO ALVA. "Breves apuntes sobre la prueba ilícita". En *Diálogo con la Jurisprudencia* 83, agosto de 2005, Lima, Gaceta Jurídica.

79. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista Editores, Lima, 2009.

80. CHAIA, RUBÉN A. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

81. CHÍA, Rubén A.: *La prueba en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

82. CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto/OBLIGADO, Daniel Horacio: *La nueva casación penal*, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2005.

83. CHIARA DÍAZ, CARLOS ALBERTO, OBLIGADO, DANIEL HORACIO. *La reparación del daño en el proceso penal*. Editorial Nova Tesis, Rosario, 2007.

84. CHIOVENDA, GIUSEPPE: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

85. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962.

86. CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1968.

87. CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2.a ed., Valencia, 2005.

88. COMPAIRED, Carlos Román/SANTAGATI, Claudio Jesús: *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2010.

89. CORDERO, Franco: *Procedimiento penal*, Ed. Temis, Bogotá, 2000.

90. CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999.

91. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otro: *Derecho Procesal Penal*, Octava Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

92. COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

93. CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.

94. CRUZ MORATONES, Carles/FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina/ FERRER BELTRÁN, Jordi: *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

95. CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El nuevo proceso penal*, Ed. Palestra, 2.a ed., Lima, 2015.

96. CUBAS VILLANUEVA, Víctor/DOIG DÍAZ, Yolanda/QUISPE FARFÁN, Fany Soledad: *El nuevo proceso penal*, Ed. Palestra, Lima, 2005.

97. CUELLO IRIARTE, Gustavo: *Derecho probatorio y pruebas penales*, Ed. Legis, Buenos Aires, 2008.

98. D'ALBORA, Francisco J: *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Lexisnexis, 5.a ed., Buenos Aires, 2002.

99. 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.

100. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil*, t. I, 2.a ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

101. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/DÍEZ-PICAZO, Giménez/VEGAS TORRES, Jaime: *Derecho procesal / Introducción*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2.a ed., Madrid, 2002.

102. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal penal*, 5ta. Edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

103. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*, Ed. ARA, Lima, 2008.

104. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ed. ARA, Lima, 2010.

105. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo y otros: *Derecho Procesal Penal* (Dir.: Asencio Mellado, José María), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

106. DE AGUILA GUALDA, Salud: *La prueba en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2017.

107. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: *La individualización de la pena en los tribunales de justicia*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

108. DE LA RUA, Fernando: *La Casación Penal*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

109. DE MELO PEDROSO, Vanessa Alexandra: "La organización criminal y el futuro del Derecho penal". En: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Unipar*, vol. 11, junio 2008.

110. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

111. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *La prueba ilícita penal*. Aranzadi, Navarra, 2010.

112. DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, 3.a ed., Buenos Aires, 2004.

113. DÍAZ CABIALE, José - Martín Morales, Ricardo. *La garantía constitucional de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001.

114. DI GIULIO, Gabriel H.: *Nulidades procesales*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

115. DOIG DÍAZ, Yolanda: "El sistema de recursos en el proceso penal peruano", en: *La Reforma del Proceso Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal 2004*, HURTADO POZO, José, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004.

116. DOIG DÍAZ, Yolanda: *El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004*, Ed. Gaceta Jurídica, t. 149, abril de 2006.

117. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo/TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal*, Ed. Aranzadi, 4.a ed., Navarra, 2007.

118. ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar, La persona jurídica en el Nuevo Proceso Penal, en: *El Nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales*, CUBAS VILLANUEVA, Víctor, Ed. Palestra, Lima, 2004.

119. 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.

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

121. FARALDO CABANA, Patricia: "Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.° 19, año 2013.

122. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Lustel, Madrid, 1998.

123. FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

124. FERRAJOLI, LUIGI: *Los derechos y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2016.

125. FERRER BELTRÁN, Jordi: *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

126. FERRER BELTRÁN, Jordi: *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

127. FERRARA, Francesco: *Teoría de las personas jurídicas*. Ed. Reus, Madrid, 1929.

128. FIDALGO GALLARDO, Carlos. Las "pruebas ilegales" de la *Exclusionary Rule Estadounidense al artículo* 11.1 LOPJ. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

129. FLORIAN, Eugenio: *Elementos de derecho procesal penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1934.

130. FLORES PRADA, Ignacio. "*La prueba anticipada en el proceso penal italiano*". Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

131. FONTANET MALDONADO, Julio E: *Principios y técnicas de la practica forense*, Ed. Jurídica editores, San Juan de Puerto Rico, 2002.

132. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.* Aranzadi, Navarra, 2003.

133. GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino: *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Jurista Editores, Lima, 2008.

134. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Decomiso, incautación y secuestro.* Ideal Solución Editorial SAC, Lima, 2013.

135. 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.

136. GARBERÍ LLOBREGAR, José. *Derecho Procesal Civil.* Editorial Bosh, Barcelona, 2012.

137. GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Derecho procesal civil*, Ed. Bosch, 2.a. ed., Barcelona, 2012.

138. GARBERÍ LLOBREGAT, José/GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Apelación y casación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1994.

139. GARCIA CAVERO, Percy: *Derecho penal parte general*, Jurista Editores, 2.a ed., Lima, 2012.

140. GARCÍA CAVERO, Percy: *La persona jurídica en el derecho penal*, Ed. Grijley, Lima, 2008.

141. GARCIA CAVERO, Percy: *La prueba por indicios en el proceso penal*, Ed. reforma, Lima, 2010.

142. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología.* Editorial INPECC, Lima, 2006.

143. GARCÍA–PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho penal – Parte General*, Jurista Editores, Lima, 2009.

144. GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, 1998.

145. GASCÓN ABELLÁN, Marina/GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra, Lima, 2003.

146. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Proceso penal y persona jurídica*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

147. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal civil*, t. I, Editorial Colex, 2.a ed., Madrid, 2007.

148. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, t. I, Editorial Colex, 2.a ed., Madrid, 2007.

149. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2012.

150. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, Editorial Civitas, Pamplona, 2015.

151. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Colex, 2.a ed., Madrid, 2015.

152. GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Colex, 2.a ed., Madrid, 2004.

153 GIMENO SENDRA, Vicente: "El principio acusatorio en Perú y España", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 52, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

154. GOMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal constitucionalizado*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2013.

155. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinador): *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

156. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.): T*emas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010.

157. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y otros. *Derecho jurisdiccional* III-*Proceso Penal.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

158. GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, FERNANDO: *Derecho Procesal Civil,* Segunda Edición, Editorial Forum, Oviedo, 2002.

159. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Ed. COLEX, Madrid, 1990.

160. 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.

161. GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás / MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015,* Editorial Castillo de Luna, Madrid, 2016.

162. GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luis: *Sistema de juzgamiento penal acusatorio,* Ed. LEYER, Bogotá, 2005.

163. GONZÁLEZ RUS, Juan José: "La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuesta de reforma", en: *Revista Anales de Derecho,* n.º 30, 2012.

164. GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (director)/ SANZ HERMEIDA, Ágata (coordinadora): *Investigación y prueba en el proceso penal,* Ed. Colex, Madrid, 2006.

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

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

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

168. GRACIA MARTÍN, Luis. Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito. *En Revista Penal,* N°. 38-julio de 2016, España.

169. GRANADOS PÉREZ, Carlos (Dir.): La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, Cuadernos de Derecho Judicial II2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

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

171. GUERRERO PERALTA. Oscar Julián: *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal,* Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.

172. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal,* Ed. Nueva Jurídica, 2.ª ed., Bogotá, 2007.

173. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal,* Ediciones Nueva Jurídica, 2.ª ed. ampliada, Bogotá, 2005.

174. GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes de Derecho. Fundamentos teóricos,* Ediciones Legales, Lima, 2017.

175. GUIDO FASSO: *Historia de la filosofía del derecho,* t. I, Pirámide, Madrid, 1983.

176. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo: *La prisión provisional,* Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.

177. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo: *Derecho Procesal Parte General,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

178. GUZMAN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales,* 7.ª ed., Alear, Legislación Peruana, Lima, 1977.

179. GUZMAN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

180. HAKANSSON NIETO, Carlos: *Curso de derecho constitucional,* Ed. Palestra, Lima, 2009.

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

182. HASSERMNER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1984.

183. HERRERA ABIÁN, Rosario. *La inmediación como garantía procesal.* Editorial Comares, Granada, 2006.

184. HERRERA GUERRERO, Mercedes. "Prueba prohibida y ponderación de intereses". En *Actualidad Penal* 18, diciembre de 2015, Lima.

185. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: *Comentarios al Código Procesal Civil,* t. II, Ed. Idemsa, 3.ª ed., Lima, 2010.

186. HORVITZ LENNON, María Inés/LOPEZ MASLE, Julián: *Derecho procesal penal chileno*, t. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

187. HORVITZ LENNON, María Inés/LOPEZ MASLE, Julián: *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

188. HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de derecho penal – Parte General*, t. I, Ed. Idemsa, Lima, 2011.

189. HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIGA, Víctor: *Manual de derecho penal. Parte General*, t. II, Ed. Idemsa, 4.ª ed., Lima, 2011.

190. IBERICO CASTANEDA, Luis: "Teoría de la impugnación en el Código Procesal Penal de 2009", en: *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

191. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *El comité de Derechos Humanos, La casación penal española y el Control del razonamiento probatorio*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

192. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *El razonamiento en las resoluciones Judiciales*, Ediciones Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2014.

193. JAEN VALLEJO, Manuel: "Los derechos del proceso penal". En: la oralidad en el proceso penal. RENGIFO MARIN, Hilda Mary. Ed. Jurídica de Colombia, Medellín, 2005.

194. JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.

195. JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.

196. 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.

197. JESCHECK, Han-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Tratado de derecho penal Parte General*, II Volúmenes, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

198. LATORRE, Ángel: *Introducción al derecho*, Ed. Ariel, Madrid, 2012.

199. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. I, Ed. Gaceta Jurídica, 3.ª ed., Lima, 2011.

200. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil,* t. II, Ed. Gaceta Jurídica, 3.ª ed., Lima, 2011.

201. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal: Doctrinas Generales,* t. I, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

202. LLOBET RODRIGUEZ, Javier: "Proceso penal en la jurisprudencia", en: *Código Procesal Penal Anotado con Jurisprudencia,* t. I, Ed. Jurídica Continental, San José, 2001.

203. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado,* Ed. Jurídica Continental, 4.ª ed., San José, 2009.

204. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Derecho procesal penal,* t. I y II, Ed. Jurídica Continental, San José, 2005.

205. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso Penal Comentado,* Editorial Jurídica Continental, Sexta Edición, San José, 2017.

206. LLUCH, Xavier Abel & PICO I JUNOY, Joan: *La prueba pericial,* Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

207. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de derecho procesal penal,* Ed. Akal/iure, Madrid, 1999.

208. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de derecho procesal penal,* Ed. Thomson Aranzandi, Navarra, 2004.

209. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo: *Derecho procesal penal,* Ed. IURE Editores, 2.a ed., México D. F., 2011.

210. LOPEZ ESCOBAR, Leonardo David: *Derecho probatorio contemporáneo,* Universidad de Medellín, Medellín, 2012.

211. LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El interés casacional,* Ed. Civitas, Madrid, 2002.

212. LOUTAYF RANEA, Roberto/COSTAS, Luis Félix: *La acción civil en sede penal,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.

213. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal-Parte General,* Editorial. IB de F, Buenos Aires, 2016.

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

215. MAIER, Julio/DÍAZ CANTÓN, Fernando: *Los recursos en el procedimiento penal*, Editores Del Puerto, 2.ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2004.

216. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, 2.ª ed., Buenos Aires, 1996.

217. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, 2.ª ed., Buenos Aires, 2004.

218. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

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

220. MARTIN MORALES, Ricardo: *El principio constitucional de intervención indiciaria*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Número 2, 1999.

221. MANZINI, Vicenzo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952.

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

223. MARINONI, Luiz Guilherme: *Introducción al derecho procesal civil*, Ed. Palestra, Lima, 2015.

224. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

225. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

226. MARTINEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Ed. Temis, Bogotá, 2002.

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

228. MEINI, Iván: *Lecciones de derecho penal – Parte General*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014.

229. 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.

230. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal - Parte General,* Ed. Repertor, Barcelona, 2008.

231. MIRA ROS, Corazón. *El expediente judicial electrónico.* Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

232. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.* J. M. Bosch Editor, 2.ª edición, Barcelona, 2004.

233. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

234. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal,* Ed. JM Bosch, Barcelona, 1999.

235. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La prueba en el proceso penal acusatorio,* Jurista Editores, Lima, 2012.

236. MIXAN MASS, Florencio: *Teoría de la prueba.* Ed. BLG, Trujillo, 1992.

237. MIXAN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal,* Ediciones BGL, Trujillo, 2003.

238. MONTERO AROCA, Juan: *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

239. MONTERO AROCA, Juan: *Proceso penal y libertad,* Ed. Arazandi, Navarra, 2008.

240. MONTERO AROCA, Juan/GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/ MONTÓN REDONDO, Alberto/BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional I. Parte General,* Ed. Tirant lo Blanch, 12.ª ed., Valencia, 2003.

241. 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.

242. MONTERO AROCA, Juan/GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/ MONTÓN REDONDO, Alberto/BARONA VILAR, Silvia: *Derecho*

jurisdiccional III. Proceso Penal, Ed. Tirant lo Blanch, 22.ª ed., Valencia, 2014.

243. MONTESINOS GARCÍA, Ana. "La lectura o reproducción de las declaraciones sumarial es de los menores en el juicio oral". En AA. VV. *El proceso penal - cuestiones fundamentales.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

244. MONTON REDONDO, Alberto: "Los medios de impugnación". En: *Derecho Jurisdiccional,* W. MONTERO AROCA, Juan, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

245. MONTÓN REDONDO, Alberto y otros. *Derecho Jurisdiccional* III-*Proceso Penal.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

246. MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo/VILA ORMEÑO, Cynthia: *La Constitución de 1993 y precedentes vinculantes,* Editorial Grijley, Lima, 2012.

247. MORA IZQUIERDO, Ricardo/SÁNCHEZ PRADA, María Dolores: *La evidencia física y la cadena de custodia dentro del procedimiento penal acusatorio,* Editores Gráfico Colombia, Bogotá, 2007

248. MORA MORA, Paulino: "La importancia del juicio oral en el proceso penal". www.corteidh.or.cr/tablas/r17072,pdf.

249. MORAS MOM, Jorge: *Manual de derecho procesal penal,* Editorial LexisNexis/ Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

250. MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ/VALENTÍN: *Introducción al derecho procesal,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

251. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

252. MORENO CATENA, Víctor y otro: Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

253. MORESO MATEOS, José Juan/VILAJOSANA, Josep María: *Introducción a la teoría del derecho,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

254. MORENO RIVERA, Luis: *La casación penal,* Ediciones Nueva Jurídica, 2013.

255. NEYRA FLORES, José Antonio: *Tratado de derecho procesal penal,* t. I, Ed. Idemsa, Lima, 2015.

256. NEYRA FLORES, José Antonio: *Tratado de derecho procesal penal,* t. II, Ed. Idemsa, Lima, 2015.

257. NIEVA FENOLL, Jordi. "Los problemas de la oralidad". En Revista Justicia. Madrid, 2007.

258. NIEVA FENOLL, Jordi. Proceso penal y delitos de corrupción. En Revista InDrer. Barcelona, marzo de 2013.

259. NIEVA FENOLL, Jordi: *El hecho y el derecho en la casación penal,* Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

260. NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

261. NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de derecho procesal penal,* Ed. Bdef, Buenos Aires, 2012.

262. NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal I. Introducción,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

263. NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal,* Editorial BdeF, Buenos Aires, 2012.

264. NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho Procesal III – Proceso Penal,* Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2017.

265. NOGUERA RAMOS, Iván: *Investigación en la escena del crimen,* Ed. Grijley, Lima, 2012.

266. NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959

267. OCHOA MORENO, Benjamín. "La Implementación de la oralidad en el proceso laboral". En Informes de Investigación. Grupo: Derecho Laboral y Seguridad Social. Bogotá, 2005.

268. Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNDOC): *Compendio de casos de delincuencia organizada,* Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

269. ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual de derecho procesal penal,* 2.ª ed., Ed. Alternativas, Lima, 1999.

270. ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual derecho procesal penal,* t. II, Ed. Reforma, Lima, 2014.

271. ORTELLS RAMOS, Manuel. "Problemas de la oralidad en el proceso penal español". En Revista Mexicana de Justicia, enero-diciembre 2013, UNAM.

272. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al derecho procesal,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

273. ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho Jurisdiccional – Proceso Penal,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.

274. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil,* Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

275. ORTELLS RAMOS, Manuel/CÁMARA RUIZ, Juan/SÁNCHEZ, Ricardo Juan: *Derecho procesal. Introducción,* Ed. Punto y Coma, Valencia, 2003.

276. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las medidas cautelares,* Editorial La Ley, Madrid, 2000.

277. ORTELLS RAMOS, Manuel/TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Dirección y Coordinación): *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004),* Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

278. ORTIZ SCHINDLER, Enrique/MEDINA RAMIREZ, Marco Antonio: *Manual del nuevo proceso penal,* Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2005.

279. OSTOS, José Martín y otros. Materiales de Derecho Procesal. Tomo III, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

280. OTTO, Harro: *Manual de Derecho Penal,* 7ma. Edición Reelaborada, Editorial Atelier, Barcelona, 2017.

281. PALACIO, Lino Enrique: *Los recursos en el proceso penal,* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

282. PARDO IRANZO, Virginia: *La prueba documental en el proceso penal,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

283. PASTOR ALCOY, Francisco: *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

284. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones de Profesional Lta,, 18.ª edición, Bogotá, 2013.

285. PAVÓN GÓMEZ, Germán: *De la casación y la revisión penal*, Ed. doctrina y Ley, Bogotá, 2010.

286. 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.

287. PAZ RUBIO, José Mario/MENDOZA MUÑOZ, Julio/OLLE SESÉ, Manuel/RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso* penal, Ed. Colex, Madrid, 1999.

288. PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho procesal penal,* t. I, Ed. Colex, Madrid, 2000.

289. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho procesal penal,* t. I, Ed. Rodhas, 2.ª ed., Lima, 2014.

290. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rodhas, 2.ª ed., Lima, 2014.

291. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: *Los principios de legalidad y oportunidad,* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

292. PÉREZ ARROYO, Miguel: *Derecho penal y derecho procesal penal contemporá*neo, Ed. INPECCP, Lima, 2010.

293. PÉREZ ARROYO, Miguel: "La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto; la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y Procesal penal. Trabajo ganador de la 3era. Mención especial a los mejores juristas españoles organizado por la "Ley". *Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* Madrid, La Ley, nro. 4987, 4988, 4989 (2000).

294. PÉREZ ARROYO, Miguel: "Regulación del agente encubierto como institución contra la criminalidad organizada" *(en) Gaceta Penal N° 19,* Enero 2011.

295. PÉREZ ARROYO, Miguel: "Lineamientos de actuación del agente encubierto como instrumento de Investigación contra el Crimen Organizado", en Instituto Pacífico, Actualidad Penal, Enero 2016.

296. PÉREZ ARROYO, Miguel: "La introducción del informe Criminológico y su Dictamen en al Proceso Penal Peruano como mecanismo de objetivación y mejor ponderación de la labor Fiscal y Judicial" en Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo N° 114, Diciembre 2018.

297. PÉREZ ARROYO, Miguel: "Proceso Penal y Criminología a propósito del colaborador eficaz y valoración de sus aportes en la investigación criminal" – Libro Homenaje a Vicente Gimeno Sendra; Madrid – Castillo de Luna, 2020 (en prensa).

298. PÉREZ RIVAS, Natalia. "El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español". En Revista Penal 39, enero de 2017, Valencia.

299. PÉREZ-RAGONE, Álvaro. Oralidad y prueba en Alemania. Informe Nacional.

300. PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo: *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal,* Temis, Bogotá, 2005.

301. PÉREZ–CRUZ MARTÍN, Agustín/FERREIRO BAHAMONDE, XULIO–XOSÉ/PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón/SEOANE SPIELGLBERG, José Luis: *Derecho procesal penal,* Ed. Civitas, Pamplona, 2009.

302. PÉREZ PINZÓN, Orlando: *Los principios generales del proceso penal,* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

303. PICO I JUNOY, Joan: *El juez y la prueba,* Ed. Bosch, Barcelona, 2007. 193. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Criminalidad organizada,* Ed. Idemsa, Lima, 2006.

304. PICO I JUNOY, Joan. "El princio de oralidad en el proceso civil español". www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf.

305. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Criminalidad organizada y lavado de activos,* Ed. Idemsa, Lima, 2013.

306. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "El proceso de seguridad", en: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal,* Ed. Ara, Lima 2009.

307. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: *Consecuencias jurídicas del delito – Giro punitivo y nuevo marco legal,* Editorial IDEMSA, Lima, 2016.

308. PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador): *La prueba en el proceso,* editorial Palestra, Lima, 2018.

309. PROTO PISANI, Andrea: *Lecciones de Derecho Procesal Civil,* Editorial Palestra, Lima, 2018.

310. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. "la víctima en el nuevo Código Procesal Penal desde la perspectiva de las exigencias europeas". En AA. VV. Refelxiones sobre el nuevo proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

311. POLANIO NAVARRETE, Miguel. Introducción al Derecho Penal. Editorial Grijley, Lima, 2008.

312. PUJADAS TORTOSA, Virginia: *Teoría General de las medidas cautelares penales,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

313. QUINTERO, BEATRIZ – PRIETO, EUGENIO: *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

314. QUIROZ SALAZAR, William: *La prueba del dolo en el proceso acusatorio garantista,* Ed. Ideas, Lima, 2014.

315. QUISPE FARFÁN, Fany Soledad y otros (coordinadores): El nuevo Proceso Penal. Editorial Palestra. Lima, 2005.

316. RAMIREZ CARBAJAL, Diana: "Algunas apreciaciones sobre el derecho probatorio contemporáneo", en: *Derecho Probatorio Contemporáneo,* Medellín, 2012.

317. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.

318. REVILLA GONZALES, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

319. REYNA ALFARO, Luis: *Manual de proceso penal,* Instituto Pacífico, Lima, 2015.

320. RICHARD GONZÁLES, Manuel, *Análisis crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal,* La Ley, 2013.

321. RIFÁ SOLER, José/RICHARD GONZALEZ, Manuel/ RIANO BRUN, Maki: *Derecho procesal penal,* Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.

322. RIVERA MORALES, Rodrigo: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial J. Rincón, Barquisimeto, 2012.

323. RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal.* Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, t. I, Ed. Aranzi, 5.ª ed., Navarra, 2012.

324. RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal.* Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, t. II, Ed. Aranzi, 5.ª ed., Navarra, 2012.

325. ROCCO, UGO: *Tratado de Derecho Procesal Civil* – Volumen I, Editorial Temis – Depalma, Bogotá – Buenos Aires. 1969.

326. RODRÍGUEZ SOL, Luis. Registro domiciliario y prueba ilícita. Editorial Comares, Granada, 1998.

327. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal,* Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2016.

328. ROSAS YATACO, Jorge: *Los sujetos procesales en el nuevo Código procesal penal,* Ed. Lex&Iuris, Lima 2014.

329. ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión,* Ed. Reus, Madrid, 2009.

330. ROMERO PRADAS, Isabel: *El sobreseimiento,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

331. ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito,* t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

332. ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

333. ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd: *Derecho Procesal Penal,* Ediciones DIDAT, Buenos Aires, 2019.

334. RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema jurídico. Introducción al derecho,* Fondo Editorial PUCP, 10.ª ed., aumentada, Lima, 2009.

335. RUBIO CORREA, Marcial: *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007.

336. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: *El ilícito civil en el Código Penal,* Ed. Comares, Granada, 1997.

337. SAN MARTIN CASTRO, Cesar: *Derecho procesal penal,* Vol. I, Ed. Grijley, Lima, 1999.

338. SAN MARTIN CASTRO, Cesar: *Derecho procesal penal,* Vol. II, 2.ª ed., Ed. Grijley, Lima, 2003.

339. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Jurisprudencia y precedente penal vinculante,* Ed. Palestra, Lima, 2006.

340. SAN MARTÍN CASTRO, César/PÉREZ ARROYO, Miguel: *Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante,* Jurista. ed., Lima, 2019.

341. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Estudios de derecho procesal penal,* Ed. Grijley, Lima, 2012.

342. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar: Derecho Procesal Penal. Lecciones. Fondo Editorial INPECCP-CENALES, Lima, 2015

343. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. "La víctima". En AA. VV. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. ARA Editores, Lima, 2009

344. SANCHEZ VELARDE, Pablo: *El nuevo proceso penal,* Ed. IDEMSA, Lima, 2009.

345. SANCHEZ VELARDE, Pablo: *Código Procesal Penal comentado,* Ed. IDEMSA, Lima, 2013.

346. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el derecho penal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

347. SANCHIS CRESPO, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado,* Ed. Comares, Granada, 1995.

348. SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. La prueba prohibida y nulidad de actuados. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2017

349. SANZ HERMIDA, Ágata. La situación jurídica de la víctima en el proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

350. SCHIAVO, Nicolás: *Las medidas de coerción en el Código Procesal Penal en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.*

351. SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

352. SCHÜNEMANN, Bernd: *La reforma del proceso penal,* Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

353. SCÜNEMANN, Brent, Peter-Alexis y otros. La víctima en el sistema penal. Editorial Grijley, Lima, 2006

354. SEGURA ALANIA, Joel/SIHUAY HUAMANCAJA, Luis: *Recurso de casación penal peruano,* Instituto Pacífico, Lima, 2015.

355. SOPERA NAVAS, Francisco José: *Práctica del proceso penal,* Volumen I, Ed. Thomson Civitas, 2.ª ed., Madrid, 2004.

356. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1983

357. SORIA VERDE, Miguel Ángel (compilador). La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Ediciones PPU, Barcelona, 1993

358. SERRA DOMINGUEZ, *Manuel: Estudios de derecho procesal,* Ed. Ariel, Barcelona, 1969.

359. STRATENWERTH, Günter: *Derecho Penal Parte General* I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

360. STRUENSEE, Eberhard. "La prueba prohibida". En Revista Peruana de Ciencia Penales 4, Lima, Julio-diciembre de 1994.

361. TALAVERA ELGUERA, Pablo: *La prueba en el nuevo proceso penal,* Academia de la Magistratura, Lima, 2009.

362. TARUFFO, Michele: *La prueba,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

363. TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

364. TARUFFO, Michele: *Teoría de la prueba,* Ara Editores, Lima, 2012.

365. TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y derecho penal,* Ed. Palestra, Lima, 2003.

366. TONINI, Paolo - Conti, Carlotta. IL diritto delle prove penali. 1.ª edición, Giufree Editore, Milano, 2012

367. URIARTE VALIENTE, Luis M. - Farto Piay, Tomás. El proceso penal español: jurispridencia sistematizada. Editorial La Ley, Madrid, 2007.

368. VALENCIA MIRÓN, Antonio José: *Introducción al derecho procesal,* Ed. Comares, Granada, 2000.

369. VÁSQUEZ, Carmen (editora): *Estándares de prueba y prueba científica,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

370. VECINA SIFUENTES, Javier: *La casación penal. El modelo español,* Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

371. VELASCO NÚÑEZ, Eloy (Dir.): *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia,* Cuadernos de Derecho Judicial II- 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

372. VILLAR RAMÍREZ, Manuela Rosana. "La prueba ilícita". En Actualidad Penal 18, diciembre de 2015, Lima.

373. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte General.* Editorial Grijley, Lima, 2006

374. VIVES ANTÓN, Tomas y otro. *Derecho Penal - Parte General.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

375. VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal: Parte General,* Ed. ARA, Lima, 2014.

376. VIVAS USSHER, Gustavo: *Derecho procesal penal,* Alveroni Ediciones, Córdova, 1999.

377. VOLK, Klaus. "El principio de oralidad en el proceso penal". En Revista Mexicana de Justicia 25-26, enero-diciembre 2016, UNAM

378. VOLK, Klaus. *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007

379. VOLKS, KLAUS: *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

380. VOLK, Klaus. La verdad sobre la verdad y otros estudios. Ad Hoc Editorial, Buenos Aires, 2007.

381. WESSELS, JOHANNES – BEULKE, WERNER – SATZGER, HELMUT: *Derecho Penal – Parte General,* Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2018.

382. YAIPEN ZAPATA, Víctor Pastor: *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial,* Ed. Ideas solución, Lima, 2014.

383. ZAFFARONI, Eugenio Raul y Slokar, Alejandro. Derecho Penal - parte General. Editora, Buenos Aires, 2000

384. ZAPATA GARCÍA, María Francista. La prueba ilícita. Lexis - Nexis, Santiago 2004

385. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal,* Ed. Comares, Granada, 2009.

Este Libro se imprimió en los talleres gráficos
Corporación Gráfica JMD S.A.C.
situado en Av. José Gálvez 1549, Lince, Lima
RUC 20605621326
Septiembre, 2020