

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

EL DERECHO
A LA PRUEBA EN LA
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA





INSTITUTO
PACÍFICO

EL DERECHO A LA PRUEBA EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Autor:

© José Luis Castillo Alva, 2023

Primera edición, Enero 2023

Copyright 2023

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2023
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3700
E-mail: prerensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 1,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial

: 31501052200677

ISBN

: 978-612-322-411-0

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

: 2022-12874

Impresión a cargo de:

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

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

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

PRESENTACIÓN

El libro “el derecho a la prueba en la investigación preparatoria” es una obra que recoge una larga y meditada reflexión sobre un tema crucial para la vigencia del sistema de justicia y la vida democrática del país.

Frente al análisis de la actividad probatoria desde la perspectiva epistemológica muy de moda en estos días en el trabajo que da la luz se pretende enfocar la prueba desde la perspectiva normativa y, en específico, como derecho fundamental implícito.

Lima, 06 de diciembre del 2022

TABLA de CONTENIDO

Presentación	5
--------------------	---

PRIMERA PARTE EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

1. El Ministerio Público y la dirección de la investigación	21
1.1. Regulación constitucional y tratamiento convencional.....	21
1.1.1. La posición (y ubicación) institucional del Ministerio Público en un Estado constitucional.....	29
1.1.2. La conducción de la investigación por el Ministerio Público ..	44
2. El Ministerio Público y el sistema penal.....	54
3. El Ministerio Público y el principio acusatorio.....	66
3.1. <i>Nemo iudex, sine actore</i>	66
3.2. Alcances	68
3.3. Fundamento.....	73
3.4. La división de poderes en el proceso penal.....	75
3.5. Los actos de aportación de hechos en el proceso penal	82
3.6. La vinculación temática del órgano jurisdiccional a la imputación formulada por el Ministerio Público.....	87
3.7. El Ministerio Público y el ejercicio de la acción penal: el poder de imputar.....	90
4. El Ministerio Público y la Policía Nacional.....	95
5. El Ministerio Público y la coordinación con otras entidades estatales y privadas.....	101

SEGUNDA PARTE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

1. La investigación científica como modelo de investigación racional y que guía la investigación del delito.....	107
---	-----

2.	La obligación convencional de una investigación seria y efectiva.....	114
3.	La investigación del delito como la actividad principal del Ministerio Público.....	126
3.1.	La investigación del delito como tarea principal del Ministerio Público.....	126
3.2.	El fundamento de la etapa de la investigación del delito.....	132
3.3.	Los actos de investigación pertinentes y útiles como justificación de la actividad del Ministerio Público	137
4.	Las funciones de la etapa de la investigación preparatoria	139
4.1.	La función cognitiva o de conocimiento de la investigación	140
4.2.	La función compositiva de la investigación	142
5.	Los modelos de investigación del delito.....	144
6.	Las etapas o fases del proceso penal.....	146
7.	La investigación preparatoria y las diligencias preliminares.....	156
7.1.	La investigación del delito como misión constitucional del Ministerio Público.....	156
7.2.	La <i>notitia criminis</i> y la investigación del delito	158
7.3.	La finalidad y función de la investigación preparatoria y las diligencias preliminares.....	171
7.4.	Las diligencias preliminares	175
7.4.1.	La realización de los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad	177
7.4.2.	La individualización de las personas sospechosas de la comisión de un delito y de los agraviados.....	181
7.4.3.	El aseguramiento de los elementos materiales de la comisión del delito	187
7.4.4.	El asegurar a las personas dentro de los límites de la ley	193
7.4.5.	El estándar probatorio para la apertura de las diligencias preliminares.....	196
8.	La desformalización de la etapa de investigación.....	203
9.	Los requisitos de la investigación del delito. El control constitucional de la apertura de diligencias preliminares	213
10.	Los actos de la investigación preparatoria	220
10.1.	Las características de los actos de investigación	221
10.2.	Las clases de actos de investigación.....	238
10.3.	La finalidad y los límites de los actos de investigación	242
10.4.	Los actos de investigación y los actos de prueba	244
10.5.	Los actos de investigación y las medidas cautelares. El estándar probatorio	253
10.6.	La naturaleza jurídica de la investigación del delito y de los actos que realiza el Ministerio Público. La obligación de respetar las garantías mínimas del debido proceso	257

TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD Y EL CONTROL DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.	Regulación normativa	269
2.	El principio de objetividad como regla jurídica epistémica y regla jurídica formal.....	273
2.1.	La regla jurídica epistémica.....	273
2.2.	La regla jurídica formal.....	277
3.	Fundamento	280
4.	Alcances.....	286
5.	La prohibición de que el Ministerio Público solo pueda dirigir su actividad en sentido perjudicial al investigado	294
6.	El deber de la carga de la prueba y el principio de objetividad.....	298
7.	El principio de objetividad y el descubrimiento probatorio.....	305
8.	El principio de objetividad y el análisis "crítico" de los resultados de la investigación	323
9.	Los cuestionamientos al principio de objetividad	325
10.	El principio de objetividad, la presunción de inocencia y el derecho de defensa	330
11.	El principio de objetividad y la <i>confirmation bias</i>	333
12.	El principio de objetividad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	335
13.	El control constitucional y legal de los actos del Ministerio Público	337
13.1.	El control constitucional de los actos del Ministerio Público.....	337
13.2.	El juez como garante de los derechos fundamentales	343
13.3.	El principio de interdicción de la arbitrariedad	346
13.4.	Los derechos fundamentales como base del Estado constitucional ..	350
13.5.	Los actos ilegales y arbitrarios del Ministerio Público.....	354
13.6.	El control formal y material de los actos del Ministerio Público	359

CUARTA PARTE

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1.	El fundamento constitucional del derecho a la prueba	363
2.	El contenido esencial del derecho a la prueba	373
3.	Las dimensiones del derecho a la prueba.....	385
4.	El derecho fundamental a la prueba es un derecho autónomo.....	388
5.	El derecho a la prueba no es un derecho ilimitado que supone adquirir toda clase de pruebas	391
6.	La titularidad del derecho a la prueba.....	395
7.	El efecto irradiante (vertical y horizontal) del derecho a la prueba	397

8.	La concepción amplia y la concepción restrictiva del derecho a la prueba. ¿El derecho a la prueba se extiende a la investigación preparatoria o es un derecho que se ejercita exclusivamente en el juicio oral?.....	403
9.	El derecho de las partes a solicitar los actos de investigación pertinentes y útiles como manifestación del derecho a la prueba.....	425
	a) El principio de iniciativa y/o aportación de parte en materia probatoria	425
	b) El requisito legal de la pertinencia de los actos de investigación	434
	c) El requisito legal de la utilidad de los actos de investigación	439
10.	La investigación defensiva. El derecho a la búsqueda de las fuentes de prueba.....	443
	10.1. La búsqueda de las fuentes de prueba	443
	10.2. La investigación defensiva.....	447
	10.3. Las características de la investigación defensiva.....	450
	10.4. Clases de investigación defensiva	452
	10.5. El fundamento de la investigación defensiva.....	457
	10.6. ¿La falta de regulación en el CPP impide el reconocimiento y la vigencia de la investigación defensiva?	467
	10.7. Las ventajas y beneficios de la investigación defensiva	475
	10.8. La investigación defensiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	479
	10.9. El derecho a la investigación defensiva y el peligro de obstaculización	485
	10.10. La necesaria licitud de la investigación defensiva.....	489
11.	El derecho a la prueba y la acreditación de la hipótesis alternativa.....	498
12.	El derecho a la prueba y la posibilidad de cuestionar la credibilidad y fiabilidad de un órgano de prueba	505
13.	El control judicial del rechazo de un acto de investigación propuesto por las partes como manifestación del derecho a la prueba	520
	13.1. Introducción.....	520
	13.2. Las características del control judicial por el rechazo de los actos de investigación	524
	13.3. Los requisitos formales del control judicial.....	525
	13.4. Los requisitos materiales del control judicial.....	529
	13.5. El control judicial de la ampliación de diligencias rechazadas por el Ministerio Público	531
	13.6. El control judicial del rechazo de las preguntas formulado por una de las partes en un interrogatorio fiscal.....	533
	13.7. El control judicial por el rechazo de un acto de investigación y el principio de proscripción de la arbitrariedad de los actos del Ministerio Público	534
	13.8. El control judicial debe ser presentado ante el juez competente.....	538
	13.9. La necesidad de que el juez resuelva de inmediato el control judicial	539
	13.10. ¿Se requiere de audiencia para resolver el control judicial de los actos de investigación rechazados por el Ministerio Público?.....	540

13.11. La jurisprudencia acerca del control judicial de los actos de investigación rechazados por el Ministerio Público	543
13.12. El control judicial de los actos de investigación y la tutela de derechos	544
13.13. El derecho a la admisión de los actos de investigación, como manifestación del derecho a la prueba, no es ilimitado.....	545
14. La obligación constitucional de que los actos de investigación ordenados a iniciativa del ministerio público sean pertinentes, útiles y se encuentren suficientemente justificados.....	549
15. ¿La orden o admisión de un acto de investigación debe llevarse a través de providencias fiscales o de disposiciones fiscales?.....	561
16. El <i>quantum</i> de la justificación racional de las disposiciones fiscales que admiten, ordenan o rechazan los actos de investigación solicitados.....	575
Bibliografía	587

PRIMERA PARTE

EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

1. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Regulación constitucional y tratamiento convencional

En el derecho comparado se admite que el Ministerio Público no solo cumple funciones en el ámbito penal¹. 1

La Constitución peruana de 1993 impone al Ministerio Público diversas funciones. De las cinco (5) competencias asignadas a la Fiscalía por la Ley Fundamental, solo dos (2) tienen que ver con la investigación del delito y el proceso penal (incs. 4 y 5 del art. 159); las otras tres (3) competencias se relacionan con las funciones que desempeña el Ministerio Público en las diversas clases de procesos. Así, se tiene como sus competencias:

- i) Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
- ii) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
- iii) Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

Pese a las demás atribuciones constitucionales del Ministerio Público (incs. 1 al 3 del art. 159), la dirección de la investigación del delito y su participación en el proceso penal constituyen las tareas más importantes dentro de su diseño constitucional y legal, toda vez que concentra la mayor cantidad de recursos humanos, logísticos y materiales —si es que los compara con las demás competencias y actividades institucionales—, agota la mayor parte de su presupuesto y supone la principal referencia y cómo se lo identifica en la sociedad.

1 Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, t. II, 3.^a reimp., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013, p. 311.

La representación en los procesos judiciales —entre los que se incluye a los procesos penales— a la sociedad implica decantarse por una concepción democrática, plural y abierta del Ministerio Público, ya que lejos de adoptar la posición de que la Fiscalía representa al Estado en los procesos judiciales y actúa como representante de sus intereses, de su burocracia, se decanta por un Ministerio Público que defiende los intereses de la sociedad y por esta razón la representa en los procesos judiciales². No se trata de una institución que responde a los intereses del Estado, del poder político de turno, del gobierno o de un sector burocratizado, sino más bien a los intereses de los ciudadanos y de la sociedad que se ve afectada por la comisión del delito.

- 2 Dentro de los órganos, el diseño y las competencias fijadas en la Constitución, el Ministerio Público forma parte del sistema de la administración de justicia³, junto al Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y —dentro de su ámbito funcional— la Policía Nacional. El Tribunal Supremo alemán ha señalado que “el fiscal es un órgano de la administración de justicia homologado al juez” (BGHSt 24, 171). Con todo, se trata de un órgano autónomo de la administración de justicia que posee competencias y obligaciones específicas⁴.

A partir de los roles y competencias constitucionales —y como una autoridad del sistema de la administración de justicia—, al Ministerio Público le compete, de manera general, promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho (art. 159.1); velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia (art. 159.2) frente a la intromisión de terceros —tanto los poderes públicos como los fácticos—, y representar en los procesos judiciales a la sociedad (art. 159.3).

2 Cfr. CAFFERATA NORES, José; JORGE MONTERO; VÍCTOR VÉLEZ; CARLOS FERRER; MARCELO NOVILLO CORVALÁN; FABIÁN BALCARCE; MAXIMILIANO HAIRABEDIAN; MARÍA FRASCAROLI y GUSTAVO AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, 2004, p. 237.

3 En el derecho comparado, véase ROXIN, Claus, “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, en ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 19.

4 Cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, t. I, 6.ª ed., Lisboa: Babel, 2010; y SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2.ª ed., Lima: INPECCP-Cenales, 2020, p. 251.

Desde la perspectiva concreta del sistema penal, al Ministerio Público le corresponde el conducir desde su inicio la investigación del delito (art. 159.4) y el ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte (art. 159.5).

Con ello, ha de quedar lo suficientemente claro que el Ministerio Público, a partir de la regulación constitucional, posee funciones y atribuciones generales que exceden el marco de actuación del sistema penal (incs. 1 al 3 del art. 159); asimismo, cuenta con funciones específicas que se circunscriben al ámbito del derecho penal y del derecho procesal penal.

El art. 158 de la Constitución establece:

3

Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

Si bien no se puede hablar de unidad de carrera pública⁵ entre los jueces y los fiscales, la Ley Fundamental se ha preocupado en establecer que comparten los mismos derechos, prerrogativas y obligaciones y que su nombramiento debe cumplir con los mismos requisitos y procedimientos en la misma categoría. Hay aquí una asimilación de derechos y obligaciones, como también de la promoción de acceso a la carrera pública. Por ejemplo, gozan de inamovilidad en el cargo y del derecho de acceso y ascenso en la carrera pública⁶.

Pese a que constitucionalmente los fiscales poseen los mismos derechos y prerrogativas, además de que están sujetos a las mismas obligaciones que los jueces y padecen las mismas incompatibilidades⁷, la doctrina

5 En el derecho italiano, véase CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 5.ª ed., Milano: UTET Giuridica, 2012, p. 136.

6 *Vid.* TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 18.ª ed., Milano: Giuffrè, 2017, p. 114; UBERTIS, Giulio, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4.ª ed., Milano: Giuffrè, 2017, p. 169; DALIA, Andrea Antonio y Marzia FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 7.ª ed., Padova: Cedam, 2010, p. 138; LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, 8.ª ed., Torino: Giappichelli, 2013, p. 98.

7 En el derecho argentino, véase a MAIER, quien recuerda que los fiscales “apenas son dis-

nacional está de acuerdo en sostener que el Ministerio Público no puede identificarse orgánica y constitucionalmente con el Poder Judicial, por los siguientes motivos⁸:

- i) Mientras el Poder Judicial, según su diseño constitucional, constituye un poder del Estado —junto al Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo—, el Ministerio Público solo constituye un órgano constitucionalmente autónomo que no tiene parangón histórico ni constitucional con los demás poderes del Estado.
- ii) Las decisiones judiciales, cuando son firmes, adquieren la calidad de la cosa juzgada (art. 139.3 de la Const. Pol.) y deben ejecutarse en sus propios términos; mientras que las decisiones fiscales solo pueden pasar a la calidad de cosa decidida y luego puede revisarse su sentido si se aporta nuevos elementos de convicción (art. 335.2 del CPP).
- iii) Los actos que realizan los fiscales para el esclarecimiento de los hechos se denominan diligencias o actos de investigación, y para incorporarse a la indagación deben cumplir con los requisitos de pertinencia y utilidad (art. 337.1 del CPP). Por su parte, la información probatoria que se adquiere en el ámbito jurisdiccional, ya sea dentro de la etapa intermedia o a nivel del juicio oral, recibe el nombre de medios de prueba, y para que sean admitidos deben cumplir con el requisito de pertinencia (art. 155.2 del CPP), y han de actuarse con el respeto al principio de contradicción y las demás garantías mínimas del debido proceso (v. gr.: principio de inmediación y oralidad).
- iv) Las decisiones fiscales (v. gr.: disposiciones o requerimientos), salvo los casos expresamente previstos en la ley (v. gr.: registros personales, pesquisas, etc.), no pueden afectar de manera directa los derechos fundamentales de la persona. El Ministerio Público solo puede formular requerimientos e instar la afectación de los

tinguibles de un juez según sus formas de nombramiento y remoción, sus inmunidades y privilegios, y también en razón de la función que cumplen y de cómo la cumplen”. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 356.

8 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 251.

derechos fundamentales al Poder Judicial⁹. Por el principio de la reserva de la jurisdicción, solo es posible afectar derechos fundamentales mediante una decisión judicial debida y especialmente justificada (art. 139.5 de la Const. Pol.).

El TC peruano ha señalado que las actuaciones del Ministerio Público, “con ocasión de la investigación preliminar, son postulatorias a lo que el juzgador resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad, toda vez que ante una eventual denuncia o acusación fiscal será el juez penal competente el que determine la restricción de la libertad personal que pueda corresponder al inculcado en concreto”¹⁰.

- 9 Cfr. CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, 2.ª ed., 2.ª reimp., Buenos Aires: Hammurabi, 2020, p. 665; NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Lima: Idemsa, 2015, p. 443.
- 10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02590-2011-PHC/TC Junín* (caso *Eduardo Rafael Ninalaya Martínez*), Lima: 1 de agosto del 2011. Este fundamento también puede encontrarse en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: *Expediente N.º 02189-2011-PHC/TC Callao* (caso *Víctor Hugo Elías Mateo Giusti*), Lima: 26 de julio del 2011; *Expediente N.º 02640-2011-PHC/TC Arequipa* (caso *Matilde Florencia Quispe Bellido*), Lima: 26 de agosto del 2011; *Expediente N.º 01726-2011-PHC/TC* (caso *Efraín Jonel Urbina Vega*), Lima: 25 de mayo del 2011; *Expediente N.º 01308-2011-PHC/TC Lima* (caso *Ananías Wilder Narro Culque*), Lima: 26 de mayo del 2011; *Expediente N.º 03917-2010-PHC/TC La Libertad* (caso *Edgar Edmundo Carrión Sandoval a favor de Marco Antonio Benavides Bargallo*), Lima: 13 de enero del 2011; *Expediente N.º 00959-2011-PHC/TC Lima* (caso *Luis Boza Quispe y otro*), Lima: 11 de abril del 2011; *Expediente N.º 709-2011-PHC/TC Ayacucho* (caso *Marcelino Pauca Cancho*), Lima: 28 de marzo del 2011; *Exp. N.º 04171-2010-PHC/TC* (caso *Lizandro Muños Núñez*), Lima: 11 de enero del 2011; *Exp. N.º 00249-2011-PHC/TC* (caso *Fabio Luque Pablo Hernán*), Lima: 4 de abril del 2011; *Exp. N.º 03268-2011-PHC/TC* (caso *Julio Alfredo Castro Castilla, a favor de Giancarlo Javier Rojas Lobatón*), *Exp. N.º 02744-2011-PHC/TC* (caso *Desiderio Montalvo Aquino a favor de Ricardo Germán Montalvo Rafael*), *Exp. N.º 04004-2010-PHC/TC* (caso *Luis Alberto Flores Meléndez*), *Exp. N.º 2376-2011-PHC/TC* (caso *Pablo Vicente Flores Tiznado*), *Exp. N.º 00561-2011-PHC/TC* (caso *Jorge John Delgadillo Sánchez*), *Exp. N.º 04153-2011-PHC/TC* (caso *Félix Paulo Ramos Fernández a favor de Gregorio Roberto Pariona Villagaray*), *Exp. N.º 01794-2010-PHC/TC* (caso *Julio Rolando Salazar Monroe*), *Exp. N.º 2670-2011-PHC/TC* (caso *Yuri Galarrreta Benel*), *Exp. N.º 02478-2011-PHC/TC* (caso *Christian Mendoza Baez*), *Exp. N.º 00388-2011-PHC/TC* (caso *Saúl Alejandro Arana Rodríguez*), *Exp. N.º 00093-2011-PHC/TC* (caso *José Isabel Lecca Merrerros*), *Exp. N.º 03204-2011-PHC/TC* (caso *David César Melo Quispe*), *Exp. N.º 02119-2010-PHC/TC* (caso *Vidal Condori Chile*), *Exp. N.º 06735-2008-PHC/TC* (caso *Javier Nicolás Zapata Peña*), *Exp. N.º 02633-2011-PHC/TC* (caso *Joran Andreas Petrus van der Sloot*), *Exp. N.º 03941-2011-PHC/TC* (caso *Julio César Flores Camargo*), *Exp. N.º 01464-2011-PHC/TC* (caso *Abel Antonio Sánchez Chacón*), *Exp. N.º 02959-2011-PHC/TC* (caso *Ana Cecilia Hurtado Huaila a*

- v) Los jueces gozan de plena independencia funcional en la adopción de sus decisiones jurisdiccionales, es decir, gozan de una independencia externa e interna; en cambio, los fiscales, si bien gozan de una autonomía externa, pueden recibir instrucciones por parte del fiscal de la Nación. Mientras los jueces deben sujetarse a la Constitución y a la ley; los miembros del Ministerio Público, además de que se rigen únicamente por la Constitución y la ley, deben tener en cuenta las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación (art. 60.1 del CPP). La autonomía interna de los miembros del Ministerio Público se encuentra relativizada.

El CPP concede facultades al fiscal de la Nación para dar instrucciones en tres ámbitos funcionales: a) el regular mediante instrucciones generales los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de investigación, así como los mecanismos de coordinación que deberán realizar los fiscales para el adecuado cumplimiento de las funciones previstas en este código (art. 69); b) emitir las directivas e instrucciones necesarias para garantizar y uniformizar la presentación de las actuaciones que deben acompañar los requerimientos fiscales al juez de la investigación preparatoria, cuando la investigación no esté concluida (art. 135.2); c) en el proceso de colaboración eficaz, puede dictar las instruc-

favor de Carlos José Torres Llosa Espinosa), Exp. N.º 05674-2009-PHC/TC (caso Alfredo Guillermo Gutiérrez Díaz), Exp. N.º 02624-2010-PHC/TC (caso Víctor Napoleón Cabrera Zolla), Exp. N.º 02221-2011-PHC/TC (caso Leoncía Leonardo Guerrero), Exp. N.º 00371-2009-PHC/TC (caso José Agapito Vilca Yanarico), Exp. N.º 03165-2011-PHC/TC (caso Narciso Efraín Jara Peña), Exp. N.º 03782-2008-PHC/TC (caso Julio César Carbajal Cayllahua), Exp. N.º 02107-2011-PHC/TC (caso Emilio José Zavala Romero), Exp. N.º 04239-2010-PHC/TC (caso Flor Patricia Cossio Medina de Vidal), Exp. N.º 02817-2011-PHC/TC (caso Lelio Nelson Balarezo Young), Exp. N.º 00476-2008-PHC/TC (caso José Luis Velásquez Lazo), Exp. N.º 00077-2011-PHC/TC (caso Juan Miguel Álvarez Moran), Exp. N.º 04207-2010-PHC/TC (caso Luis Miguel Retamozo Retamozo), Exp. N.º 01394-2011-PHC/TC (caso Juan Pompeyo Ramírez Moreno), Exp. N.º 02480-2011-PHC/TC (caso Leonel Douglas Álvarez Villacorta), Exp. N.º 02888-2011-PHC/TC (caso Doris del Carmen Velásquez Crespín), Exp. N.º 00667-2011-PHC/TC (caso Ángel Arturo Castro Flores), Exp. N.º 01670-2011-PHC/TC (caso María de los Ángeles Cornejo Guerrero), Exp. N.º 03918-2010-PHC/TC (caso Sara Edith Zamora Romero), Exp. N.º 00589-2010-HC/TC (caso Pedro Llacsahuanga Sánchez), Exp. N.º 00720-2011-PHC/TC (caso Ángel Levi Taipe Carbajal), Exp. N.º 01018-2011-PHC/TC (caso Isaac Bernabé Peralta Melendez).

ciones con relación a la forma en que dicha información debe ser compartida (art. 472.3).

Las instrucciones que puede brindar el fiscal de la Nación a los demás miembros del Ministerio Público, más allá de los ámbitos previstos en la ley, deben ser siempre de carácter general. No se permiten recomendaciones o autorizaciones específicas o que se realicen para el tratamiento de un caso concreto¹¹.

La Constitución de 1993, en materia penal, a diferencia de la Constitución de 1979, impone un giro radical en el rol que cumple el Ministerio Público, pues abandona la simple referencia a “vigilar e intervenir en la investigación” (art. 250.5 de la Constitución de 1979) y fortalece su papel al establecer que es la institución que *conduce desde su inicio la investigación del delito*¹². Esta etapa se conoce como la fase de la preparación de la acción penal¹³.

4

La Constitución Política (art. 159.4) y el Código Procesal Penal (art. 60.2) prescriben que la conducción y dirección por parte del Ministerio Público de la investigación del delito supone que “la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”.

En la Constitución de 1979, el Ministerio Público solo contaba con tareas de vigilancia y supervisión. No tenía a su cargo tareas directas de investigación, ni tampoco las dirigía. El papel máximo que se le asignaba era el de intervenir, pero no podía exceder las labores de vigilancia¹⁴. El Ministerio Público ya no es *una cabeza sin manos*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), respecto al funcionamiento del Ministerio Público, ha señalado:

5

11 Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 338; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 256.

12 Vid. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima: Constitución y Sociedad, p. 703; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 353.

13 Vid. REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Derecho procesal penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2022, p. 46; y BRAMONT ARIAS, Luis, *El Ministerio Público*, Lima: SP, 1984, p. 117.

14 Cfr. HURTADO POZO, José, *El Ministerio Público*, Lima: Eddili, 1984, p. 50.

Los Estados parte pueden organizar su sistema procesal penal, así como la función, estructura o ubicación institucional del Ministerio Público a cargo de la persecución penal, considerando sus necesidades y condiciones particulares, siempre que cumplan con los propósitos y obligaciones determinadas en la Convención Americana. En los casos que la legislación de un determinado Estado establezca que los integrantes del Ministerio Público desempeñan su labor con dependencia orgánica, ello no implica, en sí mismo, una violación a la Convención¹⁵.

6 Por su parte, la Recomendación (2000) 19, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, señala sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal:

1. Se entiende por ‘ministerio fiscal’ la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte, los derechos individuales y, por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal.

2. En todos los sistemas de justicia penal, el Ministerio Fiscal:

- Decidirá si es necesario instruir o proseguir las actuaciones;
- Instará los procedimientos ante los tribunales;
- Podrá interponer recursos contra todas o determinadas resoluciones judiciales.

3. En determinados sistemas de justicia penal, el Ministerio Fiscal igualmente:

- Llevará a la práctica la política penal nacional, adaptándola, en su caso, a las realidades regionales o locales;
- Conducirá, dirigirá o supervisará las investigaciones;
- Velará por que las víctimas reciban ayuda y asistencia efectivas;
- Decidirá la adopción de medidas alternativas al procedimiento;
- Supervisará la ejecución de las decisiones judiciales; etc.

15 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, San José: 27 de enero del 2009, párr. 164.

1.1.1. La posición (y ubicación) institucional del Ministerio Público en un Estado constitucional

La introducción constitucional y legal del Ministerio Público implicó el abandono y la completa restructuración del anterior modelo de proceso penal, que estaba basado en la concentración de poderes por parte de una autoridad estatal, la cual se encargaba tanto de investigar como de juzgar¹⁶.

7

En la actualidad, el rol del Ministerio Público, como el encargado de conducir la investigación en el proceso penal, es una característica particular del sistema acusatorio, ya que el papel del Ministerio Público en el modelo inquisitivo se relegaba a cumplir una función de vigilancia de las actuaciones del juez instructor¹⁷ y solo podía ser considerado como “la quinta rueda del carro”, “el convidado de piedra”¹⁸ o el “partícipe secundario del procedimiento”¹⁹. Con todo, el Ministerio Público, como institución encargada de la defensa de los derechos del ciudadano y del ejercicio de la acción penal, tiene una historia compleja y atravesada por contradicciones²⁰.

Sobre la base de la ideología liberal²¹ y del principio de división de poderes, se entendió que era necesario introducir, dentro del diseño del

- 16 Por todos, GÖSSEL, Karl-Heinz, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, en GÖSSEL, Karl-Heinz, *El derecho procesal penal en el Estado de derecho. Colección obras completas*, t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 31; y BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed. y 4.ª reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 323.
- 17 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 352.
- 18 Vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 310.
- 19 BOVINO considera que “el fiscal puede, si lo desea, gozar de inmerecido descanso, puesto que el diseño federal lo convierte en el convidado de piedra, al conceder la suma de las facultades persecutorias al tribunal. Durante la etapa del juicio y con anterioridad, en su preparación, nuevamente las posibilidades del tribunal y, especialmente, el papel que el código expresamente le otorga, convierte al fiscal, en el mejor de los casos, en un partícipe secundario del procedimiento”. BOVINO, Alberto, “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 218. Al respecto, también véase MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 310.
- 20 Cfr. BINDER, Alberto, *Derecho procesal penal*, t. II, 1.ª reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018, p. 451.
- 21 Cfr. ROXIN, Claus y Bernd SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Didot, 2019, p. 125. ROXIN recuerda las palabras de GÜNTHER, quien refiriéndose a la fiscalía sostiene que “ha nacido a la vida como medio de la libertad ciudadana y no como un

proceso penal, una autoridad estatal autónoma encargada de investigar, promover y ejercitar la acción penal y de defender la legalidad del procedimiento²². Dicha autoridad, luego de investigar, debía decidir si promovía la acción penal por la comisión de un delito ante el Poder Judicial, en defensa del principio de legalidad y en cumplimiento de los intereses públicos. La división de funciones en el proceso y el hecho de que el Ministerio Público cumpla una función requirente posibilita la materialización del principio de imparcialidad judicial y el derecho de defensa a nivel del proceso, al concretar la igualdad de armas y la confrontación entre un sujeto que ejerce el predominio en la investigación preparatoria²³.

- 8 El protagonismo histórico del Poder Ejecutivo en la lucha contra el delito, el avasallamiento del Poder Judicial por fuerzas externas y la primacía de criterios utilitarios y de interés fue paulatinamente reemplazado por la necesidad de fortalecer la independencia del sistema de justicia, creándose un órgano estatal encargado específicamente de investigar la comisión de delitos, de dirigir jurídica y técnicamente la fase de indagación criminal y de controlar la arbitrariedad y el abuso en el que puede incurrir la Policía²⁴.

instrumento de represión autoritario”. ROXIN, “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, art. cit., pp. 9 y 10. Véase, también, DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., Coimbra: Editora, 2004, p. 362; y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, en *Cultura Constitucional de la Jurisdicción*, Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad EAFIT, 2011, p. 249.

- 22 Cfr. DELLA CASA, Franco y Giovanni Paolo VOENA, *Compendio di procedura penale*, 6.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 60; ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 124; MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 336; BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 452; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 324.
- 23 Cfr. MAIER, Julio, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, en MAIER, Julio, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra, 2008, p. 42. Para RUSCONI, “no pocas veces se ha reparado en que la división de órganos en la etapa de investigación preparatoria, como el carácter solo requirente de los dictámenes del Ministerio Público frente a los ya decisivos del tribunal y la posibilidad, consustancial al diseño, de confrontar libremente con el acusador, por parte del imputado, es un método plausible de equiparar las armas en el proceso penal y con ello limitar el natural —y quizá en gran medida inevitable— predominio del Ministerio Público en el procedimiento preliminar”. RUSCONI, Maximiliano, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 102.
- 24 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 354.

Con ello, se desconcentró el poder y se dividió las tareas dentro del sistema de la administración de justicia, delegándose la facultad de investigar a un órgano estatal, técnico y especializado; mientras que otro órgano independiente se encarga de juzgar y decidir los casos. La irrupción de la Fiscalía en el firmamento jurídico posibilita la división del proceso penal en dos etapas: *el procedimiento o investigación del delito*, que se funda en la sospecha que justifica la apertura de una indagación, y *el procedimiento principal*, que supone la comprobación de la hipótesis acusatoria, luego del ejercicio de la acción penal²⁵.

El Ministerio Público —históricamente— aparece en escena tanto para investigar la comisión del delito como para controlar las desviaciones de poder en el que podían incurrir otros órganos estatales, como la Policía y el Poder Judicial. Por ello, se considera que sus actuaciones funcionales responden a una vigilancia y supervisión de la aplicación correcta del derecho y a defender la legalidad, que es entendida en su sentido más amplio: los derechos fundamentales de la persona.

La aparición de la Fiscalía dentro del escenario del proceso penal supone una evolución institucional frente al ejercicio de la acción penal realizada por los ciudadanos o por las propias víctimas del delito²⁶. En efecto, históricamente la responsabilidad en el ejercicio de la acción penal recaía, por un lado, en el ciudadano que podía actuar como miembro de una comunidad en el que la persecución del delito aparece como un interés social y colectivo; y por otro lado, también puede reposar en la víctima como persona direc-

25 Cfr. SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.ª ed., Buenos Aires: Lerner, 2006, p. 65; y MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 67.

26 MAIER señala que “el carácter preparatorio de la investigación fiscal en el sistema alemán no se refiere solo al procedimiento principal o juicio entre nosotros, sino más bien al ejercicio inicial de toda acción penal pública, sea que se inicie en sede instructoria o plenaria. Esto determina, además, junto al monopolio persecutor del Ministerio Público ya estudiado, que el procedimiento para preparar la acción pública siempre tenga lugar, por lo que nunca puede hablarse de su procedencia, en comparación a la instrucción jurisdiccional, como lo hiciéramos al explicar el régimen argentino”. MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 67. Asimismo, véase BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 458.

tamente perjudicada por el delito. En el primer caso se alude a una acción penal popular y, en el segundo, al ejercicio de la acción penal privada²⁷.

- 9 Cualquier modelo que se asuma del proceso penal o cualquier planteamiento de reforma que se realiza del sistema penal tiene, como una de las cuestiones centrales y neurálgicas, la decisión acerca del rol que desempeña el Ministerio Público como la posición institucional que debe asumir dentro del diseño constitucional y de los órganos del Estado²⁸.

En el derecho comparado se discute si el Ministerio Público puede ser un órgano dependiente del Poder Ejecutivo que representa a la sociedad; si puede formar parte del Poder Judicial o Poder Legislativo; o si debe ser una entidad estatal autónoma encargada de velar por la vigencia del principio de legalidad²⁹.

27 Vid. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 132.

28 Vid. SOUSA MENDES, Paulo de, *Lições de direito processual penal*, 8.^a reimp., Coimbra: Almedina, 2021, p. 116; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 324; RUSCONI, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, art. cit., p. 89; GUARIGLIA, Fabricio, “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 207. Por su parte, CERLETTI y FOLGUEIRO explican que “la problemática del Ministerio Público se puede dividir en dos grandes campos: el terreno teórico y el terreno político. Desde el punto de vista teórico es de fundamental importancia definir el modelo de proceso que se desea. El concepto del Ministerio Público es un efecto necesario de la concepción del proceso penal que se sostenga. Por ello, hablar del Ministerio Público implica hablar ineludiblemente de los aspectos más polémicos de la teoría del proceso, aun cuando sea de modo tangencial. Desde el punto de vista político, la posición del Ministerio Público en cuanto su dependencia, estructura, etc., resulta un tema especialmente álgido e inescindible de lo coyuntural. La figura del Ministerio Público es el punto de contacto entre la teoría del proceso y la praxis política de un Estado”. CERLETTI, Marco y Hernán FOLGUEIRO, “Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 113.

29 Véase TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 114; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 132; DELLA CASA y VOENA, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 60, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 98; GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 40; SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 116; MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 257; DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo, “Escolha e exoneração do procurador-geral da república em Portugal e possíveis repercussões no exercício da investigação criminal”, en *MPRJ. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro*, n.º 50, Rio de Janeiro: octubre-diciembre del 2013, p. 212; RUSCONI, Maximiliano, “Reforma

La elección a favor de un determinado modelo se relaciona con opciones ideológicas, políticas y el respeto a una determinada tradición histórica en el tratamiento de la institución³⁰. Se trata de una cuestión de carácter jurídico-político que legitima y explica la posición institucional del Ministerio Público dentro de un Estado³¹.

Con todo, en los últimos cien años, se puede constatar la irrupción de un movimiento de emancipación del Ministerio Público en dos sentidos: la separación del Ministerio Público del Poder Judicial y la autonomía del Ministerio Público del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo³².

La actuación y el marco de competencias del Ministerio Público debe ser analizado según el tratamiento que realiza el orden jurídico de cada Estado, es decir, se debe tener en cuenta el concreto modelo de administración y la división del poder establecido en la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, el Ministerio Público es un órgano encargado de vigilar el correcto cumplimiento de la ley por parte de las autoridades estatales encargadas del procedimiento penal: Policía y órganos jurisdiccionales. Por ello, se alude a una función de “vigía de la ley”³³. Justamente, la Constitución peruana admite como primera competencia del Ministerio Público el promover “la acción judicial en *defensa de la legalidad* y de los intereses públicos tutelados por el derecho” (art. 159.1). En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce expresamente que la Fiscalía es una enti-

procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 63 y ss.; MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 328; BOVINO, Alberto, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, en BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos: libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 191 y ss.; BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 476; y COMPTE MASSACH, Teresa, “Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 23, Madrid: 1994, p. 29 y ss.

30 Cfr. BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 456.

31 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 17, n.º 2, Coimbra: abril-junio del 2007, p. 191.

32 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit p. 262.

33 GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 40.

dad que se encarga de la “defensa de la legalidad”; actuación que se opone al uso desviado del poder de cualquier autoridad, también implica el control del ejercicio del poder y de las facultades de los intervinientes en el proceso penal a fin de que sus actos se ciñan al respeto de la Constitución y la ley.

10 La Corte IDH ha efectuado un análisis y una visión general acerca de la regulación a nivel orgánico de las funciones que ejercen los fiscales en los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, planteando la siguiente clasificación³⁴:

- A. Estados en los que dichas funciones son ejercidas por instituciones autónomas, cuya organización interna se sujeta al principio de jerarquía:
 - (i) República Argentina, Ministerio Público Fiscal de la Nación (art. 120 de la Constitución y art. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación);
 - (ii) Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio Público (art. 225 de la Constitución);
 - (iii) República de Chile, Ministerio Público (art. 83 de la Constitución);
 - (iv) República de El Salvador, Fiscalía General de la República (art. 191 de la Constitución y art. 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público);
 - (v) República de Guatemala, Ministerio Público (arts. 251 de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público);
 - (vi) República de Honduras, Ministerio Público (arts. 1 y 5 de la Ley del Ministerio Público);
 - (vii) República de Nicaragua, Ministerio Público (arts. 1 y 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público);
 - (viii) República de Panamá, Ministerio Público (art. 140 de la Constitución);

34 Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Casa Nina vs. Perú*, San José: 24 de noviembre del 2020, párr. 80, nota 59.

- (ix) República del Paraguay, Ministerio Público (art. 266 de la Constitución y art. 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público);
 - (x) República del Perú, Ministerio Público (art. 158 de la Constitución y art. 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), y
 - (xi) República Dominicana, Ministerio Público (art. 170 de la Constitución);
- B. Estados en los que la institución, organizada jerárquicamente y con autonomía funcional, forma parte del Poder Judicial:
- (xii) República de Colombia, Fiscalía General de la Nación (art. 249 de la Constitución y art. 4 del Decreto Ley 016, del 2014);
 - (xiii) República de Costa Rica, Ministerio Público (art. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público);
 - (xiv) República del Ecuador, Fiscalía General del Estado (art. 194 de la Constitución y art. 282 del Código Orgánico de la Función Judicial), y
 - (xv) República de Surinam, Ministerio Público (arts. 133 y 146 de la Constitución);
- C. Estado en el que la institución y sus miembros se encuentran bajo la autoridad del Poder Ejecutivo:
- (xvi) República de Haití, Ministerio Público (art. 35 de la Ley sobre el Estatuto del Poder Judicial);
- D. Estados en los que existen instituciones autónomas y se reconoce la independencia funcional o técnica de los fiscales en el ejercicio de sus funciones:
- (xvii) República Federativa de Brasil, Ministerio Público de la Unión (art. 127 de la Constitución), y
 - (xviii) Estados Unidos Mexicanos, Fiscalía General de la República (art. 102 de la Constitución y art. 12 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República);
- E. Estado en el que las funciones son ejercidas por una institución descentralizada con autonomía funcional y con reconocimiento

de la independencia técnica de los fiscales en el ejercicio de sus funciones:

- (xix) República Oriental del Uruguay (art. 1 de la Ley N.º 19334 y art. 5 de la Ley N.º 19483).

11

El *Ministerio Público como representante de la sociedad* obedece a una visión liberal e iluminista, que cuenta como punto de partida que quien acusa o imputa cargos a una persona es el pueblo; por tanto, es a la sociedad a la que se representa en el proceso o juicio. A ello abona su cercanía con la Policía en la tarea de investigación del delito y en la defensa de la sociedad. Este punto de vista está relacionado a la postura que considera que la mejor ubicación orgánica-funcional del Ministerio Público es la vinculada al Poder Ejecutivo³⁵ (Estados Unidos, Francia, Alemania, Portugal). En ese sentido, la persecución penal es una función típica del Poder Ejecutivo, ya que los operadores político-criminales (jueces, fiscales, defensores, policías, etc.) realizan o concretan una determinada política criminal³⁶. La Fiscalía participa de la ejecución de la política criminal, que es definida por los demás poderes del Estado, en especial, el Poder Ejecutivo, lo que la convierte en gran medida en un órgano administrativo³⁷. Por ejemplo, el modelo alemán de Ministerio Público se caracteriza por una estrecha dependencia jerárquica de los fiscales respecto del ministro de Justicia, es decir, del Poder

35 Por ejemplo, para BOVINO, la pertenencia del Ministerio Público al Poder Ejecutivo resulta beneficiosa, pues evita la aplicación de principios estructurales del Poder Judicial que, en su opinión, resultan problemáticos o impropios de la función persecutoria —v. gr.: imparcialidad—. BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., pp. 191, 208 y ss. Este autor también considera que “la aplicación de aquellos principios del Poder Ejecutivo que resulten adecuados a la organización del Ministerio Público, en este contexto, parece una solución más adecuada para el órgano encargado de la política de persecución penal. La decisión, además, disminuye las posibilidades de identificación entre Ministerio Público y Poder Judicial. Cuanto menor sea esta identificación, mayor será la posibilidad de que los tribunales sometan a un control estricto las peticiones del Ministerio Público”. *Idem.*, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, en BOVINO, Alberto *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, pp. 34 y 45.

36 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil”, art. cit., p. 196; BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., pp. 211 y 214; D’ALBORA, FRANCISCO, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 9.ª ed., 1.ª reimp, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 141; y BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 462.

37 En el caso de Portugal, SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 116.

Ejecutivo³⁸. Una de las consecuencias de este sistema es que el poder político puede influir en cualquier fase del proceso sobre el curso de la acción penal, tanto ordenando el archivo como decidiendo las modalidades del trámite, sustituyendo a los fiscales encargados o avocándose a las investigaciones³⁹. Dicho modelo responde a un sistema vertical del órgano encargado de la persecución penal y que busca el fortalecimiento de criterios considerados esenciales en su organización: unidad institucional, coherencia, indivisibilidad del órgano y estructura jerárquica⁴⁰. Una de las principales ventajas de esta postura es remarcar la distancia entre el órgano encargado de la persecución penal pública y el Poder Judicial⁴¹.

Las críticas a este modelo no demoraron en surgir, al sostener que no es la mejor opción institucional para garantizar una actuación libre de influencias externas del poder político —y de otras formas de poder— y una actuación objetiva e imparcial⁴², como tampoco permite concretar la realización del precepto constitucional de igualdad frente a la ley⁴³. De

-
- 38 Según VOLK: “El fiscal no es independiente, sino que tiene superiores. La fiscalía es una autoridad pública. Todos los fiscales se subordinan en última instancia al Ministerio de Justicia”. VOLK, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 63. En similar sentido, MUHM, Raoul, “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 22, Madrid: 1994, p. 93. Con matices, ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 128.
- 39 Véase MUHM, “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, art. cit., p. 94.
- 40 RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., p. 67.
- 41 De acuerdo con BOVINO, “la pertenencia del Ministerio Público al Poder Ejecutivo resulta beneficiosa, pues evita la aplicación de principios estructurales del Poder Judicial que, en nuestra opinión, resultan problemáticos o impropios de la función persecutoria —v. gr. imparcialidad—”. BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 208.
- 42 Cfr. BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 213. Para RUSCONI, “la dependencia del Poder Ejecutivo, quien nombra y remueve a sus integrantes, y de quien debe obedecer instrucciones generales y particulares, impedirá una actuación independiente e imparcial. Del mismo modo, la dependencia del Ministerio Público del Poder Ejecutivo no favorecerá el intento de igualar la posición procesal y la disposición de recursos con respecto al imputado, a lo largo del proceso”. RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., p. 68.
- 43 Cfr. MUHM, “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, art. cit., p. 96.

igual forma, no es conveniente que el Ministerio Público se transforme en un ciego implementador de cualquier política de persecución criminal que emane del Poder Ejecutivo⁴⁴ y que los criterios para implementar la persecución penal dependan de un poder del Estado cuyos funcionarios pueden incurrir en abusos y excesos que dan lugar a la comisión de una serie de ilícitos penales que deben ser investigados por la Fiscalía⁴⁵. La ubicación del Ministerio Público, lejos del Poder Ejecutivo, responde en Latinoamérica a una realidad social que busca ser superada, dado que nuestras sociedades demuestran los constantes excesos y delitos que se cometen por el Poder Ejecutivo⁴⁶. En buena cuenta, la historia del Ministerio Público es una historia de crítica y de reproche por su pertenencia o su proximidad al mencionado Poder⁴⁷.

La Recomendación (2000)19, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y que fue elaborada por el Comité de peritos, sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, destacó:

En los países en los cuales el Ministerio Fiscal depende del Gobierno o se encuentra subordinado a este, el Estado adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que:

- a) la naturaleza y extensión de los poderes del Gobierno en relación con el Ministerio Fiscal sean precisadas por ley;
- b) el Gobierno ejerza sus poderes de manera transparente y conforme a los tratados internacionales, al derecho interno y a los principios generales del derecho;

44 “En un Estado constitucional de derecho, que ha diseñado el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, el Gobierno no puede instrumentalizar al fiscal para el diseño de la política criminal. Entendámonos: la política criminal transcurrirá por cauces autónomos y separados, y en todo caso, el fiscal, al igual que los jueces, serán los que deberán velar por la aplicación rigurosa de la Ley Penal. El Gobierno no puede dar instrucciones al fiscal para que persiga una clase de delitos con preferencia a otros, sino que únicamente tiene abierto el cauce del art. 8 del Estatuto. Y con menos razón puede indicar que persiga o deje de perseguir a determinados delincuentes”. COMPTE MASSACH, “Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal”, art. cit., p. 32.

45 Cfr. RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., p. 68.

46 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, 5.ª ed., San José: Dominza y Editora Jurídica Continental, 2012, p. 187.

47 Cfr. BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 470.

- c) cualquier instrucción de carácter general que emane del Gobierno revista forma escrita y sea publicada de forma apropiada;
- d) cuando el Gobierno esté habilitado para dar instrucciones sobre las actuaciones en un asunto específico, estas se acompañen de garantías suficientes de transparencia y equidad, en las condiciones previstas por la ley nacional; y así el Gobierno por ejemplo deberá:
 - solicitar previamente dictamen escrito del Ministerio Fiscal competente o del órgano representativo del cuerpo;
 - motivar debidamente sus instrucciones escritas, en especial cuando no concuerden con este dictamen y transmitir las por vía jerárquica;
 - incorporar a los autos antes de la audiencia, las instrucciones y los dictámenes, y someterlos al debate contradictorio;
- e) el Ministerio Fiscal conserva el derecho de someter a la jurisdicción cualquier argumento jurídico, incluso cuando, habiéndolo elevado ya por escrito, esté obligado a hacerlo en el sentido de las instrucciones recibidas;
- f) las instrucciones individuales de no continuar el procedimiento estarán en principio prohibidas y, de no ser así, tales instrucciones, por supuesto excepcionales, se someterán no solo a las normas enunciadas en los párrafos d) y e) sino también a un control específico apropiado con el fin particular de garantizar la transparencia.

Otro modelo institucional considera que *el Ministerio Público debe formar parte del Poder Judicial* como un órgano encargado de la aplicación del derecho y la realización de la justicia material⁴⁸. Los países que se afilian

48 Véase en el caso del derecho alemán histórico a SCHMIDT, quien considera que “el Ministerio Público es una autoridad judicial. Depende del Ministerio de Justicia y obedece a sus instrucciones. Pero el Ministerio de Justicia no representa la *autoridad* ejecutiva del Estado, sino su *voluntad jurídica*”, SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.^a ed., ob. cit., p. 65; y a RUSCONI, ya que, para él, “la autoridad de esta posición ha sido fundada, generalmente, en la necesidad de encontrar una forma de organización que permita obtener la máxima independencia funcional del Ministerio Público, pudiéndole otorgar de esta manera el mayor grado de atribuciones en la investigación preliminar y la posibilidad de crear, así, condiciones más favorables de imparcialidad”, RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., p. 63.

a esta apostura son Honduras, Costa Rica^{49 50}, Colombia⁵¹ y Argentina⁵². Se trata de un *modelo reflejo*, debido a que el Ministerio Público debe asumir la estructura y organización del Poder Judicial⁵³ con el fin de garantizar la no politización de la institución⁵⁴.

Este planteamiento es criticado debido a que no es razonable incluir en el poder estatal judicial al órgano (Ministerio Público) que, en un momento determinado del proceso penal (etapa intermedia y juicio oral), tendrá la condición de parte, es decir, que teóricamente tendrá los mismos derechos y facultades que el imputado, la parte civil o el tercero civilmente responsable. Resulta contradictorio e inconcebible que en el Poder Judicial se integre a una entidad que es una parte procesal en conflicto y que es portador de un interés legítimo⁵⁵. Las facultades investigativas o requirentes constituyen funciones impropias para el Poder Judicial, que cuando se ejerce pone en entredicho la imparcialidad judicial⁵⁶. Asimismo, una vez que la Fiscalía pasa a formar parte del Poder Judicial⁵⁷, se borra de un plumazo el avance

49 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 187.

50 De acuerdo con el art. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, “el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial y ejerce sus funciones en el ámbito de la justicia penal, por medio de sus representantes, conforme a los principios de unidad de actuaciones y dependencia jerárquica, con sujeción a lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes”.

51 En el art. 249 de la Constitución de Colombia se señala: “La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el fiscal general, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley. El fiscal general de la Nación será elegido para un periodo de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal”.

52 Ampliamente, MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 315.

53 Véase BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 477.

54 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 187.

55 Vid. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 40; y BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 476.

56 Cfr. BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 213.

57 Vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 328; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 324; y BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 211. Además, BOVINO indica: “El sistema de

político y jurídico de lograr una separación y división de poderes a nivel del proceso, acercándose nueva y materialmente a un sistema inquisitivo⁵⁸. Un modelo semejante arrastra resabios inquisitoriales al establecer una organización celular, sobre todo, cuando cada fiscal labora de manera aislada, no hay trabajo en equipo, no hay colaboración interna y se actúa de manera pasiva en las investigaciones⁵⁹. En el derecho peruano la Fiscalía aparece como un

persecución penal debe asignar la función persecutoria exclusivamente al Ministerio Público y obligar a sus miembros a representar agresivamente ese interés. Al mismo tiempo, debe limitar estrictamente la función judicial a tareas decisorias, únicas tareas propias de un tribunal imparcial en un Estado de derecho que respete el principio de división de poderes. Para separar con precisión las funciones persecutorias y decisorias, es esencial generar una brecha entre los órganos estatales que desempeñan cada una de ellas”; luego sostiene que “la diferenciación entre funciones requirentes y decisorias, en consecuencia, consolidaría la necesidad de controlar la actuación del fiscal y tornará más visible el deber de respetar la exigencia de imparcialidad. Cuanto mayor sea la distinción entre función requirente y decisoria —y cuanto menor sea la identificación institucional entre Ministerio Público y tribunales—, mayor será la posibilidad de lograr que los jueces ocupen el lugar que les corresponde en un Estado de derecho”. BOVINO, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, art. cit., pp. 40 y 41. RUSCONI, por su parte, considera: “Fuerza es reconocer que la legítima búsqueda del respeto del principio acusatorio formal en el procedimiento penal, o sea, aquel que reside en la descentralización de los órganos que intervienen en la realización estatal del derecho material y que deriva del Estado de derecho, no se vería de ningún modo beneficiada si Ministerio Público y tribunal (Poder Judicial) no cumplieran de forma totalmente autónoma sus funciones”, luego señala: “La dependencia del Ministerio Público del Poder Judicial no es necesaria y tampoco suficiente para la organización de un Ministerio Público ligado con los principios de independencia funcional, imparcialidad y legalidad, tanto en la tarea de averiguación de la verdad y persecución penal, que le corresponde, como en el respeto de las garantías de la persona sometida a proceso”. RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., p. 65.

58 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 187.

59 Para BINDER, “en los modelos celulares de fiscalías, ellas reproducen el funcionamiento arcaico de los juzgados, con su mesa de entradas de papeles, su distribución entre empleados organizados jerárquicamente, con un secretario que ‘da fe’ de los actos del fiscal, con libros de registros o sistemas informáticos que simulan ser esos mismos libros, con la visión de trámites y pasos cansinos propias de los juzgados”. BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 477 y 478.

ente autónomo y separado del Poder Judicial a partir de la Constitución de 1979⁶⁰, situación que se mantiene en la Constitución de 1993⁶¹.

13 También es posible —al menos teóricamente— que el Ministerio Público se adscriba, como órgano dependiente, al Poder Legislativo. En la doctrina se considera que la tesis que vincula el Ministerio Público y el Parlamento tiene importantes argumentos políticos y de otra índole⁶². No se puede catalogar dentro de esta posición a la sola elección del fiscal general por parte del Parlamento⁶³ (art. 192 de la Constitución de El Salvador⁶⁴).

60 Artículo 250. El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado. Le corresponde:

1. Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley.
2. Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en juicio a la sociedad.
4. Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública.
5. Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos que la ley contempla y
7. Las demás atribuciones que les señalan la Constitución y las leyes.

61 *Vid.* SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: Idemsa, 2009, p. 71; y CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR, *El nuevo proceso penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra: 2015, p. 197.

62 Para MAIER, “verdaderamente asombra observar que no genere más adherentes” y que “la posición más inexplorada resulta ser aquella que ubica al Ministerio Público penal con una dependencia relativa del Parlamento (Poder Legislativo), no me parece a mí descabellada esta orientación, conforme a su función de realizar directamente la ley penal y perseguir de oficio la realización de la ley penal en los delitos de acción pública”. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., pp. 335 y 357). Asimismo, ROIG BUSTOS, Ladislao, “Por un fiscal del Estado de designación parlamentaria”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 1, Madrid: 1993, pp. 23 y 26; y RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., p. 69. Este último autor explica: “Esta posición no ha tenido gran acogida. Según ella, el Ministerio Público es designado por el Parlamento y ante él responde. En su favor se puede argumentar desde dos puntos de vista: en primer lugar, la intervención del Poder Legislativo tiene la característica, en cualquier función de gobierno, de legitimarse por sí misma y, además, permite por este sistema el acceso —quizá más directo— de la ciudadanía al desarrollo ideológico-político de un programa de persecución criminal”.

63 Empero, así, ROIG BUSTOS, Ladislao, “Por un fiscal del Estado de designación parlamentaria”, art. cit., p. 26.

64 Este artículo señala: “El fiscal general de la República, el procurador general de la Re-

Las críticas que se dirigen contra este modelo institucional es que el Ministerio Público pasa a depender de las fuerzas políticas y de los intereses que se ventilan y están presentes en el Parlamento. Si lo que se busca es evitar la politización del órgano de persecución del delito esta opción logra precisamente lo contrario. En ese sentido, las diversas fuerzas políticas que tienen representación en el Parlamento pueden ver a la Fiscalía —y de hecho la ven— como un botín que puede servir para bloquear investigaciones incómodas (de sus miembros, allegados, financistas) y, a su vez, para alentar persecuciones injustas, bajo la cubierta de legalidad, de rivales y opositores políticos. Si bien este modelo puede contar con bases teóricas y responde a criterios democráticos, presentes en el parlamento, en la práctica en sociedades convulsas e inestables, como América Latina, supone un serio peligro para la independencia del sistema de la administración de justicia.

En el derecho comparado, la posición que ha prevalecido, con algunos matices, es la que otorga al Ministerio Público la autonomía funcional y orgánica dentro del sistema que compone la administración de justicia⁶⁵. Es decir, el Ministerio Público es un órgano estatal autónomo y extrapoder⁶⁶, que

14

pública y el procurador para la defensa de los derechos humanos serán elegidos por la Asamblea Legislativa por mayoría calificada de los dos tercios de los diputados electos. Durarán tres años en el ejercicio de sus cargos y podrán ser reelegidos. La destitución solamente procederá por causas legales, con el voto de los dos tercios de los diputados electos. Para ser fiscal general de la República o procurador general de la República se requieren las mismas cualidades que para ser magistrado de las Cámaras de Segunda Instancia”.

- 65 Cfr. DELLA CASA y VOENA, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 62. ROXIN y SCHÜNEMANN explican que “la fiscalía es una autoridad de la justicia que no puede ser atribuida ni al Ejecutivo ni al tercer poder, sino que se trata de un órgano independiente de la administración de justicia que está entre ambos”. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 128. Asimismo, véase BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 166; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 325; LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 187; y MUHM, “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, art. cit., p. 94. Así, MUHM explica: “En referencia al principio constitucional del Estado de derecho, se sostiene la existencia de un mínimo de independencia del Ministerio Público gracias a una interpretación restrictiva, constitucionalmente adecuada, de las normas del Código de Procedimiento Penal y de la Ley sobre el Ordenamiento Judicial”.
- 66 Vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., pp. 336 y 357; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 325; BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 206; D’ALBORA, *Código Procesal de la Nación*.

cuenta con competencias y funciones específicas. La Constitución peruana de 1993 se afilia a este punto de vista⁶⁷ (arts. 158 y 159). Los principios que rigen en este ámbito la actividad del Ministerio Público son el de unidad y de indivisibilidad, que lo erigen en un órgano monocrático⁶⁸. Lo que se busca es evitar que el Ministerio Público posea una dependencia jerárquica o funcional de otro órgano o poder del Estado. Dicha opción constitucional busca potenciar su independencia funcional y orgánica⁶⁹.

1.1.2. La conducción de la investigación por el Ministerio Público

15

Por mandato constitucional expreso, el Ministerio Público conduce desde el inicio la investigación del delito (art. 159 .4); y tiene el control durante su desarrollo hasta su culminación⁷⁰. La legislación procesal penal, en la línea de la Ley Fundamental, establece que la Fiscalía conduce la investigación del delito (art. 61.2 del CPP).

El Ministerio Público recibe la noticia del delito, la investiga y, de ser el caso, promueve la acción penal⁷¹. La primera tarea de la Fiscalía es recibir la información de la comisión del delito, calificándola a fin de determinar

Anotado. Comentado. Concordado, ob. cit., p. 142; y RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., p. 71.

67 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 71.

68 *Vid.* FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 373; GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 11.ª ed., 2015, p. 294; MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 332; y D’ALBO-RA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 26.

69 Para RUSCONI, la Constitución “crea un sistema de balanceamiento (frenos y contrapesos), que aun inclinado, en algún aspecto, en favor de uno de ellos, resulta el paradigma positivo para la organización del Estado. No solo se busca, conforme a ello, la división del poder, sino, también, un equilibrio armónico entre los órganos que lo ejercen, aspecto que, por otra parte, favorece que la instrumentación de esta división auxilie y lleve a la práctica la idea política que le inspiró: el aseguramiento del Estado democrático de derecho”. RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., pp. 70 y 71. Véase también a MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 335; y BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 325. Finalmente, BINDER considera que “el presidente de la Nación quisiera transmitirle instrucciones, tales instrucciones no serían obligatorias. Tampoco lo serían instrucciones emanadas del Parlamento”.

70 CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 204.

71 CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 133.

su procedencia o no; luego que la admite y determina su relevancia, tanto fáctica como jurídica, procede a realizar una investigación, a fin de recoger la evidencia que la dote de verosimilitud o que la descarte; para, finalmente, desde una perspectiva analítica y crítica, decidir si ejerce o no la acción penal⁷².

Se alude —y con razón— a la existencia de una *autoridad investigadora* que tiene a cargo el esclarecimiento de los hechos y la persecución del delito, que es distinta a la *autoridad judicial*⁷³. Correctamente, se apunta que el Ministerio Público no juzga⁷⁴, pero, como contrapartida, aparece como el señor y el director de la investigación⁷⁵. Se entiende que el Ministerio Público prepara la actividad judicial⁷⁶.

El Ministerio Público, cuando inicia las diligencias preliminares, formaliza la investigación preparatoria y decide acusar (o sobreseer), actúa como *dominus* y señor de la etapa de investigación⁷⁷. El Ministerio Público está facultado, desde la perspectiva constitucional y legal, para realizar diligencias y actos de investigación tendientes al esclarecimiento de los hechos y a la confirmación o no de la sospecha de la comisión de un delito.

En el proceso penal peruano el juez penal no actúa por sí mismo, ni decide directamente, sino que lo hace en virtud a un pedido o un requerimiento que formula una de las partes (v. gr.: el Ministerio Público). El órgano jurisdiccional no puede juzgar por sí mismo, sino que lo hace a iniciativa

16

72 Cfr. HERBEL, Gustavo y Carlos REGO, *Investigación penal preparatoria*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 311.

73 Al respecto, BRAMONT ARIAS, *El Ministerio Público*, ob. cit., p. 117.

74 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., t. I, Lima: Grijley, 2003, p. 233; y ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Alternativas, 1999, p. 209.

75 Vid. BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 52; y GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 50; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducido por Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 326; y ROXIN, “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, art. cit., p. 33.

76 MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 363; y BRAMONT ARIAS, *El Ministerio Público*, ob. cit., p. 89.

77 CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 153; y CORSO, Piermaria, *Procedura penale*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 2012, p. 419.

del Ministerio Público, en el caso de los delitos perseguibles por el ejercicio público de la acción. Dicha intervención es un presupuesto necesario para la actividad jurisdiccional⁷⁸. El ejercicio de la acción penal es entendido como el derecho público subjetivo de acudir a una autoridad jurisdiccional requiriendo su intervención⁷⁹.

El Estado, a través del Ministerio Público, se encarga de la investigación y la persecución del delito; de tal manera que expropia el conflicto y excluye, como regla, la investigación del delito en manos de particulares, evitando la venganza y la retribución⁸⁰.

- 17 El Ministerio Público es un órgano constitucional organizado en forma jerárquica que ejerce el *poder de dirección*⁸¹ de la investigación, ya que controla jurídicamente su desarrollo y define su estrategia, decidiendo qué hacer y el método que permita conseguir su objetivo⁸². Es un órgano de la

78 De acuerdo con GÖSSEL, “el tribunal ha de decidir sobre la ‘verdad’ del hecho, que por iniciativa le es presentado para su enjuiciamiento, conociendo sin perjuicio inquisitivo alguno sobre la veracidad de lo actuado por el propio tribunal”. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., pp. 46 y 47. En similar sentido: BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239; y SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 250.

79 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 71.

80 Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10.ª ed., Madrid: Trotta, 2011, p. 565; MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 262; GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Didot, 2018, p. 217; y BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 323.

81 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 51; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 395; y MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 282. Para MAIER, “la tarea más pesada del Ministerio Público radica en la dirección del procedimiento para preparar la acción pública. Él es el único responsable por el éxito de esa labor y quien, en definitiva, decidirá sobre el mérito de la misma, aun cuando la ley lo faculte a delegar la realización de diligencias instructorias en la Policía”. MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 69. Asimismo, véase DOIG DÍAZ, Yolanda, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, en GIMENO SENDRA, José Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006, p. 185.

82 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 255; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 359.

administración de justicia encargada de realizar el derecho material y velar por la vigencia de los derechos fundamentales (art. 1 de la LOMP).

La conducción y el poder de dirección de la investigación que realiza el Ministerio Público se desarrolla y despliega a lo largo de su duración. La Constitución, de manera especial y expresa, enfatiza que la conducción por la Fiscalía se produce desde el *inicio* de la investigación del delito. Con ello, se remarca la idea de que el poder de control y conducción no se puede producir al final o en una determinada etapa de desarrollo de la investigación, sino desde el inicio. Al resaltar la Constitución que la conducción de la investigación por parte de la Fiscalía debe darse “desde el inicio” lo que quiere evitar es un fraude de etiquetas y que la policía avance la investigación sin intervención del fiscal, lo que haría que el Ministerio Público sea un convidado de piedra, cuando debería ser el actor principal. Si la investigación se inicia sin el conocimiento, la participación y el control del Ministerio Público, dichos actos deben ser considerados como irremediabilmente nulos.

El poder de dirección de la investigación no constituye un mero poder formal, netamente de trámite y de naturaleza burocrática, sino un poder que diseña la estrategia y la táctica de la investigación y que ordena dichos actos con el mayor orden posible y que tiende a alcanzar la optimización y la mayor eficiencia en los resultados⁸³.

Como toda forma de ejercicio de un poder, el poder de dirección de la investigación genera consecuencias y responsabilidades⁸⁴, en caso se incurra en actos ilegales o arbitrarios.

El poder y el control que posee la Fiscalía en la investigación del delito se puede plantear en cinco órdenes distintos. **18**

En primer lugar, la Fiscalía tiene un poder formal sobre los hechos materia de la investigación y que son objeto de esclarecimiento, ya que delimita qué eventos serán materia de averiguación y qué hechos quedan al margen

83 SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 122; MIRANDA RODRIGUES, Anabela y Sonia CALAZA LÓPEZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, en GIMENO SENDRA, José Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Lustel, 2006, p. 222; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 205.

84 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 251.

por carecer de relevancia jurídico-penal o por qué existe un impedimento procesal para indagarlo (v. gr.: el hecho ha prescrito). Desde el punto de vista normativo (formal), del Ministerio Público depende el inicio, continuación y culminación de la investigación del delito. Ningún órgano constitucional ni otra institución poseen mayores poderes, competencias y facultades en la investigación del delito.

La competencia y la actividad del Ministerio Público posee una clara vinculación constitucional, más allá de la regulación efectuada por la legislación ordinaria. En efecto, el art. 159.4 de la Constitución consagra que al Ministerio Público le corresponde “conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”⁸⁵. Esta disposición debe interpretarse sistemática y teleológicamente con el art. 159.5 de la Const. Pol., que prescribe que corresponde al Ministerio Público “ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte” y el art. 11 de la LOMP, que dispone que “*el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública [...]*”

En segundo lugar, la Fiscalía posee control y poder en el diseño estratégico de la investigación del delito y las técnicas de esclarecimiento de los hechos. Al respecto, el CPP prescribe que “corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso. Programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma” (art. 65 .4). El poder de dirección de la investigación por parte del Ministerio Público no es un poder físico o material, sino un poder jurídico y normativo, que le permite diseñar una determinada estrategia y ejecutarla respecto a un plan de acción a fin de obtener un determinado resultado⁸⁶. El Ministerio Público cuenta, para ello, con un poder de planeamiento, de diseño de la estrategia, de ejecución y de control de los resultados obtenidos.

En tercer lugar, la Fiscalía cuenta con un poder constitucional y legal de dar instrucciones, órdenes o mandatos a la Policía Nacional en el ámbito

85 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Comentarios al Código Procesal Penal*, Lima: Idemsa, 1994, p. 115.

86 SOUSA MENDES, Lições de direito processual penal, ob. cit., p. 122; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 359.

de sus funciones en la investigación del delito⁸⁷; por tanto, se deben cumplir sus instrucciones de manera adecuada y oportuna. La Fiscalía tiene un poder de dirección jurídico en el ámbito de la investigación sobre la Policía⁸⁸. La Policía Nacional, bajo la conducción del fiscal, puede desarrollar una serie de competencias y funciones (art. 68.1 del CPP); asimismo, los policías que realizan funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria (art. 67.2 del CPP). La Policía, por mandato constitucional, en la investigación del delito tiene una dependencia funcional del Ministerio Público⁸⁹. Sin embargo, la policía puede realizar actos de investigación, como las inspecciones y pesquisas, y puede retener a las personas hasta por cuatro horas, siempre que resulte necesario para una inspección (art. 209, incs. 1 y 2); ello se debe a que la Policía es el órgano idóneo para practicar preliminarmente una indagación, dado que dispone de conocimientos y experiencia del manejo criminalístico y de los medios técnicos y personales⁹⁰.

El hecho de que el Ministerio Público dirija y conduzca la investigación del delito no quiere decir que sea el único y exclusivo órgano que cuenta con competencias constitucionales y legales para investigar. La Policía Nacional también previene e investiga el delito (art. 166 de la Const. Pol.). Por tanto, se debe considerar que la Policía tiene competencias para investigar, aunque este poder no sea autónomo⁹¹. Si bien la Constitución y el CPP otorga al

87 VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 74; SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 122; CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 669; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 353.

88 Por todos, GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 51; SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 122; y SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 260.

89 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 260.

90 GÖSSEL recuerda el papel de la policía a nivel de la investigación del delito: “por exigencias del progreso técnico, de la especialización profesional y de la disponibilidad de mayor estructura investigadora, que favorecen tal incremento de competencia policial”. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 54. *Vid.* ROXIN, “La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy”, art. cit., p. 33; SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 122; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 398; DOIG DÍAZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, art. cit., p. 188; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 363.

91 Cfr. CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 669. Sin embargo, SAN MARTÍN CASTRO considera que la Policía Nacional tiene un poder de investigación autónomo.

Ministerio Público la conducción de la investigación del delito, no significa que se sustraiga y despoje a la Policía de su facultad y competencia para investigar. Se recuerda que la propia Carta Magna establece que la Policía Nacional “previene, investiga y combate la delincuencia” (art. 166). El modelo constitucional peruano solo entrega la dirección de la investigación al Ministerio Público, pero en modo alguno deroga la función histórica de la Policía de investigar la comisión del delito⁹².

De igual manera, la dirección y conducción de la investigación por parte de la Fiscalía no impide que la Policía pueda brindar, dentro de su experiencia profesional, sus aportes, criterios y recomendaciones para el éxito de la investigación fiscal⁹³. El CCP prescribe que “la Policía Nacional brinda sus recomendaciones a tal efecto” (art. 65.4) al Ministerio Público. El poder de dirección no quiere decir que se trate de un poder que no recibe consejos o que no retroalimenta su actividad. Se recuerda, en el derecho comparado, que la Policía por lo general ejerce un derecho a la primera intervención en el delito⁹⁴, ya que a veces la intervención en los hechos no admite demoras.

El poder de dirección que otorga la Constitución y el CPP al Ministerio Público en la investigación del delito supone que pueda contar con medios y procedimientos policiales, especialmente eficaces, y con los recursos técnicos, materiales y especializados que le permitan de manera adecuada investigar los hechos delictivos; de otro modo dicho poder de dirección sería “un poder falso”⁹⁵ y una dirección formal (no material) de la investigación del delito.

SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 259.

92 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 353.

93 *Vid.* SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 260; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 353; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 204.

94 ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 134; VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 77; y GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 51. Al respecto, SCHLÜCHTER considera que “la policía tiene meramente el derecho de realizar las primeras actuaciones urgentes”. SCHLÜCHTER, Ellen, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 95.

95 Cfr. MIRANDA RODRIGUES y CALAZA LÓPEZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, art. cit., p. 221.

En cuarto lugar, el CPP establece que las diversas instituciones y entidades estatales deben *colaborar* con el Ministerio Público en la investigación del delito, el esclarecimiento de los hechos y la posible reconstrucción de un suceso histórico de relevancia penal⁹⁶. No solo la Policía, en sus diversas áreas especializadas, debe coadyuvar a la indagación del delito, sino también las diversas entidades públicas o privadas. El deber de colaboración de las entidades públicas se encuentra expresamente reconocidos en el CPP cuando se prescribe que “para la práctica de los actos de investigación puede requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos, quienes lo harán en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley” (art. 322.2). El cumplimiento de la exigencia de colaboración no es facultativo, sino de carácter obligatorio. Asimismo, el Ministerio Público puede “exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público, emplazándoles conforme a las circunstancias del caso” (art. 337.3.b).

En quinto lugar, el Ministerio Público tiene poder de citación y emplazamiento de personas y/o funcionarios en la investigación del delito. Se le reconoce a la Fiscalía un poder de intimación y de ordenar la concurrencia de diversas personas a declarar o a comparecer en la investigación, como es el caso de testigos y peritos. El CPP prescribe la facultad de “disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas y los peritos están obligados a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva” (art. 337.3.a).

Si una persona no acude a una citación del Ministerio Público, se puede ordenar la conducción compulsiva de la persona. Se le reconoce facultades coercitivas. La ley procesal penal establece que “en caso de incomparecencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional” (art. 66.1). De igual manera, se establece: “Realizada la diligencia

96 Al respecto, véase CHIAVARO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 447; CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 403; y ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 134.

cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes de que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad” (art. 66.2).

19 El papel de conductor de la investigación por parte del Ministerio Público supone desde la perspectiva constitucional⁹⁷:

- (i) Tomar las decisiones acerca del desarrollo y la marcha de la investigación: necesidad de efectuar ciertas diligencias, impulsar la continuación y/o ampliación de actos de investigación, promover audiencias ante el juez de investigación preparatoria, cerrar la investigación.
- (ii) Conseguir las autorizaciones judiciales cuando se adoptan medidas limitativas de derechos (v. gr.: levantamiento del secreto de las comunicaciones, allanamientos, etc.).
- (iii) Responder por el éxito o el fracaso de la investigación frente a la opinión pública y las autoridades disciplinarias si se han cometido actos ilegales o arbitrarios.

20 Uno de los temas más importantes en la reforma del sistema penal consiste en saber si sería mejor para el modelo actual de relaciones de coordinación establecer una Policía adscrita de manera permanente al Ministerio Público, con funciones y tareas específicas.

Más allá de una Policía que deba seguir instrucciones y órdenes de la Fiscalía en investigaciones concretas y específicas, creemos que el Ministerio Público debe contar con una Policía adscrita de manera permanente, que le apoye de manera regular en las investigaciones que realiza. Justamente, ello se logra con una Policía especializada, debidamente entrenada con conocimiento, capacidad y experiencia, que forme parte de la Fiscalía de manera orgánica y funcional⁹⁸.

La Policía adscrita al Ministerio Público debe ser un cuerpo especializado en la investigación del delito que apoya de manera regular el trabajo fiscal en las investigaciones que se llevan a cabo, sobre todo, en caso de delitos de alta complejidad y de gran impacto social.

97 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 256.

98 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.^a reimp., ob. cit., p. 399.

Para que ello ocurra se debe emprender las reformas legales que correspondan, a fin de regular la organización, competencias y funciones de la Policía adscrita al Ministerio Público.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado:

21

El procedimiento de investigación preparatoria está conducido o dirigido por el Ministerio Público y a él corresponde definir la estrategia de investigación adecuada al caso (ex artículos 60, numeral 2, y 65, numeral 4, del Código Procesal Penal). Luego, el órgano judicial debe respetar este ámbito de actuación sin limitar irrazonablemente la atribución constitucional del Ministerio Público de persecución del delito, pues tiene el señorío de la investigación⁹⁹.

Asimismo, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

La modulación de las diligencias preliminares, como toda la investigación preparatoria propiamente dicha, está sujeta al principio de investigación oficial. Es el Ministerio Público el órgano constitucionalmente competente para conducir y dirigir la investigación (*vid.* art. IV.1 del título preliminar del CPP), encontrándose bajo su responsabilidad la planificación estratégica de los actos de averiguación del hecho denunciado, las circunstancias de su comisión, los intervinientes en ella, así como la virtualidad del daño causado. Para ello, se debe tener presente que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de cargo y de descargo que le permitan decidir si formula o no acusación, así como, en el caso del imputado, que se le garantice a este la debida preparación de su defensa (*vid.* art. 321.1 del CPP).

Esto último también se conoce como criterio de objetividad en la investigación, de manera que, si bien el titular de la acción penal actúa en el proceso penal bajo un régimen de independencia, únicamente ceñido a lo preceptuado en la Constitución y la ley, empero, no solo practicará las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado (*vid.* art. 61, numerales 1 y 2 del CPP), esto es, indagando los hechos constitutivos de delito así como

99 SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO). *Recurso de Casación N.º 382-2020*, Lima: 4 de marzo del 2022.

los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (*vid.* art. IV.2 del CPP)¹⁰⁰.

La misma Sala Penal Especial sostiene:

En la etapa de procedimiento de investigación preparatoria, específicamente en la comprendida por las diligencias preliminares, se reúnen los elementos de convicción, de cargo y descargo, para que el fiscal construya su caso y la parte investigada prepare su defensa; ello de conformidad con lo previsto en el artículo 321.1 del CPP: La investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Entonces, de conformidad con el modelo procesal penal vigente, es claro que en la etapa preliminar existe una evidente predominancia de la actuación fiscal. Sin embargo, desde esta etapa, el CPP reconoce el derecho de defensa de las demás partes procesales, en especial del imputado; así el artículo 337, en los incisos 4 y 5, regula el modo de intervención del mismo en esta etapa¹⁰¹.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL SISTEMA PENAL

22

La investigación del delito debe seguir y respetar ciertos límites y reglas, como respetar el procedimiento regulado y preestablecido en la ley.

La investigación del “delito” supone que los fiscales en el desempeño de su actividad se sujeten de manera necesaria e inevitable al catálogo de delitos y a los requisitos formales y materiales que se establecen en la Constitución, el Código Penal y las leyes penales especiales. En buena cuenta, se exige que el Ministerio Público desarrolle su actividad respetando el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal¹⁰².

100 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza VILLA BONILLA), *Resolución N.º 5 del Exp. N.º 20-2021-3*, Lima: 22 de septiembre del 2021.

101 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza GROSSMANN CASAS), *Resolución N.º 7 del Exp. N.º 14-2020-3*, Lima: 18 de octubre del 2021.

102 Cfr. SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 95.

La validez y legitimidad de una investigación fiscal se sujeta de manera rigurosa y específica a los presupuestos formales establecidos en la ley para el concreto delito que se pretende investigar. No se trata de asumir un simple punto de apoyo de carácter formal, a modo de recomendación; sino que se debe cumplir con los principios y las reglas mínimas del sistema penal fundado en la Constitución, que exige —a fin de proteger la libertad personal y los derechos fundamentales— el pleno y estricto respeto al principio de legalidad y al supuesto de hecho descrito en la ley penal específica.

Sin sujeción y respeto estricto a la ley penal y a las garantías mínimas del debido proceso no hay investigación del delito que sea legítima y que respete los principios y valores constitucionales¹⁰³.

Asimismo, la investigación del delito debe cumplir con las reglas legales y el procedimiento preestablecido para la obtención de los fuentes y órganos de prueba pertinentes y útiles necesarios para realizar la labor reconstructiva del hecho. Dicha investigación no es una indagación libre, abierta o que no cuenta con un marco legal fijado previamente. Por el contrario, se trata de una investigación que debe respetar la Constitución y la ley que marcan el curso de la tarea de indagación. **23**

La investigación del delito fundada en la Constitución no puede violar o incumplir la ley para obtener información probatoria o para realizar determinadas diligencias que tienden al esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público como defensor de la legalidad ha de cumplir con el debido procedimiento probatorio y con las reglas legales que le dan contenido y sentido a la actividad de investigación.

El TC ha reconocido de manera expresa la vigencia del debido proceso en sede de la investigación preliminar y, en general, en los actos del Ministerio Público:

La posibilidad que la justicia constitucional realice un control de las actuaciones del Ministerio Público tiene su sustento, entre otros supuestos, en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental

103 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en *Cultura Constitucional de la Jurisdicción*, Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad EAFIT, 2011, p. 198.

al debido proceso y sus diversas manifestaciones. Y es que, hoy por hoy, no existe duda que este derecho despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, ahí en la fase del proceso penal en la que al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159 de la Constitución. Claro está, que las garantías previstas en la referida disposición constitucional serán aplicables a la investigación fiscal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines de las actuaciones del Ministerio Público¹⁰⁴.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene que “el fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal atribución que ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y la ley”¹⁰⁵. De igual manera, remarca que “el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público”¹⁰⁶.

24

Pese a que un sector relevante de la doctrina procesal considera de que la Fiscalía es una institución clave para desformalizar la etapa de la investigación y que el sistema requiere que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación preliminar, haciéndolo más flexible, desarrollando

104 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional de los Expedientes N.º 02748-2010-PHC/TC (caso *Alexander Mosquera Izquierdo*), N.º 5228-2006-PHC/TC (caso *Samuel Gleiser Katz*, ff. jj. n.ºs 9-11), N.º 2725-2008-PHC/TC (caso *Roberto Boris Chauca Témoché y otros*), N.º 06204-2006-PHC/TC (caso *Jorge Samuel Chávez Sibina*), N.º 1268-2001-PHC/TC (caso *Socorro Vallejo Cacho de Valdivia*), N.º 1762-2007-PHC/TC (caso *Alejandro Toledo Manrique*).

105 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional de los Expedientes N.º 02492-2007-PHC/TC (caso *Lupe Maritza Zevallos Gonzales*), N.º 1762-2007-PHC/TC (caso *Alejandro Toledo Manrique*), N.º 6167-2005-HC/TC (caso *Fernando Cantuarias Salaverry*).

106 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional de los Expedientes N.º 1762-2007-PHC/TC (caso *Alejandro Toledo Manrique*), N.º 2703-2005-PA/TC (caso *Margarita Del Campo Vegas*: “Por tanto las garantías previstas en el art. 4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal, siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según el cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”), N.º 3394-2007-PA/TC (caso *Pedro Pablo Cornejo Morales*), N.º 8954-2005-PHC/TC (caso *Carlos Gustavo Chipana Pizarro*), N.º 1268-2001-HC/TC (caso *Socorro Vallejo Cacho de Valdivia*).

trabajo en equipo, coordinando la labor policial¹⁰⁷; lo cierto es que durante la investigación preparatoria (que incluye las diligencias preliminares) se debe respetar de manera estricta las reglas legales que la regulan, dado que dicha etapa no es una zona o tierra de nadie en la que el fiscal puede hacer lo que quiere o cuenta con plena libertad para realizar actos de investigación; por el contrario, como toda etapa del proceso penal también se encuentra sometida a la vigencia del principio de legalidad procesal¹⁰⁸. La desformalización de la etapa de investigación no quiere decir que se trate de una fase del proceso penal carente de regulación procesal o en la que no se deba respetar la vigencia del CPP o de las leyes especiales. Con razón, se sostiene que la investigación del delito puede y debe ser necesariamente regulada¹⁰⁹.

Uno de los elementos configuradores del debido proceso es la vigencia y el respeto al principio de legalidad procesal, el cual rige en todas las etapas del proceso penal, entre las que se cuenta las diligencias preliminares y la etapa de la investigación preparatoria. Si se asume un punto de vista distinto se estaría estableciendo un doble estándar de vigencia y efectividad del principio de legalidad procesal: de rigurosa aplicación en el juicio oral o en la etapa intermedia del proceso penal y de aplicación discrecional a nivel de la investigación preparatoria.

La investigación del delito en manos del Ministerio Público no quiere decir que este posea plena y absoluta libertad para decidir la forma de las diligencias y de los actos de investigación. Como todo acto estatal que se rige por los principios de un Estado de derecho, las decisiones y los actos del Ministerio Público deben ajustarse a la Constitución y a la legalidad ordinaria como a demás los principios y valores principios en la Constitución.

Otra de las funciones constitucionales del Ministerio Público es el **25** ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte (art. 159.5). Luego de investigar la comisión del delito y la posible vinculación de una persona

107 Véase DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 140; CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 206; y SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 255.

108 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 506.

109 SIRACUSANO, Delfino, *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano: Giuffrè, 2011, p. 8. CHAIA considera que “desformalizar no equivale a hacer cualquier cosa, de cualquier modo, tampoco implica desprolijidad, irregularidad o ausencia de seriedad en el trámite”. CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 660.

determinada, es necesario que el Ministerio Público analice si decide o no el ejercicio de la acción penal en el caso de delitos perseguibles de oficio. El ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía es consecuencia directa de haber realizado una indagación previa sobre una noticia criminal¹¹⁰. Incluso, hay quienes consideran que, como parte de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, se debe iniciar el procedimiento de investigación y, dentro de esta etapa, se debe desarrollar todas las diligencias y los actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos a fin de determinar si se reúnen las condiciones para promover la acción penal¹¹¹.

La acusación y la persecución oficial de los delitos ha perdido su origen privado debido al carácter público del proceso penal y la función de prevención general del derecho penal; asimismo, las leyes penales son generales y abstractas, que comprenden a todos los ciudadanos y exigen la realización del principio de igualdad ante la ley¹¹².

El ejercicio de la acción penal está sometido al respeto del principio de legalidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal¹¹³. El fiscal, como funcionario público y detentador de una competencia funcional específica, debe cumplir con las disposiciones del ordenamiento jurídico¹¹⁴, sobre todo, cuando aparezcan indicadores objetivos de que se ha cometido un delito (art. 336.1 del CPP).

El principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal en los delitos perseguibles a instancia oficial supone, por un lado, prohibir la inercia y la inactividad arbitraria del representante del Ministerio Público; y por el otro lado, ofrecer una protección constitucional y legal —a manera de escudo— frente a las eventuales presiones externas (formales o materiales, institucionales o no) que sugieran la inacción en la actividad investigativa o el archivo indebido de la causa¹¹⁵.

110 CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 446; y TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 505.

111 Cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 99.

112 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 568.

113 UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 168; y ANDRÉS IBÁÑEZ, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, art. cit., p. 257.

114 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 251.

115 MAZZA, Oliviero, *Procedura penale*, 2.^a ed., Torino: Giappichelli, 2012, p. 100; y CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 144.

El mencionado principio de obligatoriedad de la acción penal se relaciona con la vigencia del principio de legalidad en materia del derecho penal sustantivo y, de manera especial, con el principio de igualdad ante la ley penal, que prohíbe los tratamientos discriminatorios y desiguales en la aplicación de la ley penal¹¹⁶. Con ello, se prohíbe las decisiones puramente discrecionales que no se fundan en la aplicación del derecho objetivo y en las decisiones de oportunidad o puramente pragmáticas que no se ajustan al contenido y al alcance del principio de legalidad¹¹⁷. La Fiscalía no puede hacer que el ejercicio de la acción penal dependa de criterios de pura oportunidad o conveniencia que no se encuentran previstos en la ley¹¹⁸.

La obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal no supone que siempre y de manera incondicional el Ministerio Público deberá promover la acción penal en contra de una persona frente a cualquier *notitia criminis*. Por el principio de objetividad y de legalidad, la Fiscalía debe archivar las hipótesis de investigación que no se encuentran corroboradas o que no tienen fundamento jurídico o racional¹¹⁹. Un límite implícito al ejercicio de la acción penal es que el proceso penal no debe ser instaurado cuando objetivamente es innecesario y no hay razones para promover la acción penal¹²⁰ (v. gr.: no se satisfacen los requisitos del tipo penal)¹²¹.

En nuestro ordenamiento jurídico una excepción al principio de legalidad y al ejercicio obligatorio de la acción penal lo constituye la vigencia del principio de oportunidad, que, por razones de seguridad jurídica, previsibilidad normativa y aplicación igualitaria de la ley penal, debe encontrarse

26

116 UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 169; CAPRIOLI, Francesco, *Compendio di procedura penale*, 6.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 498; MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 99; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., pp. 100 y 342; DELLA CASA y VOENA, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 61; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 569; FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil”, art. cit., p. 205; y ANDRÉS IBÁÑEZ, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, art. cit., p. 254.

117 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 144.

118 CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 498; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 99; y MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 99.

119 LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 342.

120 UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 170.

121 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 94.

regulado de manera expresa en la ley, tanto en su contenido como a los supuestos y casos en los que se aplica.

27 La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal no impide que se puedan priorizar algunos casos penales sobre otros, dada la trascendencia de los hechos, las expectativas sociales y la demanda de justicia. Por ejemplo, la Corte IDH ha señalado la obligación de tramitar con mayor celeridad los casos de las personas privadas de su libertad.

La Corte IDH ha señalado una obligación fiscal y judicial de tramitar con mayor *diligencia* y *prontitud* los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad¹²². Las autoridades, en el desarrollo de los procedimientos penales contra las personas imputadas que se encuentran detenidas, deben mostrar una diligencia especial¹²³ y reducir cualquier retraso al mínimo posible¹²⁴. De conformidad con lo establecido en los arts. 7.5 y 8.2 de la Convención, una persona acusada que está detenida tiene derecho a que las autoridades pertinentes le den prioridad a su caso y agilicen su tramitación sin impedir que el fiscal y la defensa desempeñen sus funciones con la atención debida¹²⁵. La falta de diligencia en la tramitación de la causa

122 Véanse las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los siguientes casos: caso *Argüelles y otros vs. Argentina* (20 de noviembre del 2014, párr. 129), caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* (17 de noviembre del 2009, párrs. 121 y 122), y del caso *Bayarri vs. Argentina* (30 de octubre del 2008, párrs. 70 y 71). En la última sentencia indicada se señala: “En el presente caso las autoridades judiciales impusieron al señor Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, ordenada mediante resolución de 20 de diciembre de 1991 y confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992. Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio del 2004 cuando fue ordenada su libertad ‘al absolver[lo] libremente de culpa y de cargo’. En total, el señor Bayarri permaneció aproximadamente 13 años en prisión preventiva”. Véase también TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Smirnova vs. Rusia*, Estrasburgo: 24 de julio del 2003, párr. 64.

123 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 12/96, Caso N.º 11.245 (caso Jorge A. Giménez V. Argentina)*, San José: 1 de marzo de 1996, párrs. 83 y 99.

124 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mitev vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 22 de diciembre del 2004, párr. 110.

125 La CIDH, en el Informe N.º 12/96, establecen que “para la Comisión, esta diligencia es exigida a los Estados en virtud de los preceptos de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención, cuya lectura conjunta permite concluir que la persona acusada o detenida tiene derecho a que su caso sea decidido con prioridad y expedición por las autoridades nacionales”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 12/96, Caso N.º 11.245 (caso Jorge A. Giménez V. Argentina)*, San José: 1 de marzo de 1996, párrs. 100 y 102.

en el que hay un preso provisional es la causa principal de la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Es necesario *priorizar* los procesos judiciales en los cuales los imputados se encuentran privados de su libertad, para reducir, a su mínima expresión, la necesidad de adoptar medidas restrictivas de los derechos. De lo contrario, se corre el riesgo de que el juzgador tenga una tendencia a inclinarse por la condena y por la imposición de una pena al menos equivalente al tiempo de prisión preventiva, en un intento por legitimarla¹²⁶. Es importante que los Estados pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la *máxima premura* y, así, evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada, violando la defensa en juicio y el principio de inocencia¹²⁷.

El ejercicio de la acción penal conlleva, además, la obligación de la carga de la prueba que consiste en acreditar cada uno de los extremos y los elementos de la imputación fiscal como también arrastra el deber de actuar con objetividad en la averiguación de los hechos recogiendo tanto la evidencia de cargo como de descargo. 28

El TC peruano ha señalado que el ejercicio de la acción penal implica únicamente hacer de conocimiento del órgano jurisdiccional que existen “indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito”, máxime si las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y no decisorias¹²⁸. Asimismo, encarga al Ministerio Público el ejercicio de

126 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 86/09, Caso 12.553. Fondo (caso José, Jorge y Dante Peirano Basso vs. Uruguay)*, San José: 6 de agosto del 2009, párr. 76.

127 La CIDH, en el Informe N.º 86/09, considera que, “de ser ciertas las referencias a la envergadura del hecho y su repercusión social, el Estado debió haber puesto a disposición de las autoridades judiciales encargadas del caso los recursos necesarios que habrían permitido que la situación procesal y, en consecuencia, cautelar de los señores Peirano Basso fuera resuelta en un plazo razonable”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 86/09, Caso 12.553. Fondo (caso José, Jorge y Dante Peirano Basso vs. Uruguay)*, San José: 6 de agosto del 2009, párrs. 132 y 167.

128 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02143 2011-PA/TC (caso Julio Martín Libitum Soriano)*, Lima: 8 de septiembre del 2015.

la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, corresponde a los fiscales —representantes del Ministerio Público— hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal¹²⁹.

- 29 En la doctrina se considera que el Ministerio Público cumple una *función investigadora* una vez que recibe la noticia del delito, lo que supone la realización de diligencias de esclarecimiento de dicha información¹³⁰. Asimismo, cumple una *función requirente* (art. 122.4¹³¹) en el sentido que formula peticiones y solicitudes al juez penal para lograr determinadas decisiones y actos¹³², por ejemplo, un requerimiento de medidas limitativas de derecho (allanamiento, levantamiento del secreto de las comunicaciones), un requerimiento de medidas de coerción (prisión provisional, comparecencia con restricciones, etc.) o el requerimiento acusatorio o de sobreseimiento. El Ministerio Público realiza requerimientos, ya que quien ejercita una acción, como regla, formula peticiones que deben ser resueltas de manera oportuna por el órgano jurisdiccional¹³³. Los requerimientos fiscales no agotan la clase de actos que realiza la Fiscalía; al contrario, solo constituyen una clase de actos y decisiones que adoptan. Los actos del Ministerio Público son variados, por ejemplo, realizan actos de dirección con la Policía, efectúan actos de coordinación con los demás estamentos del Gobierno y del Estado, convocan a las partes a audiencias de acuerdo y aplicación del principio de oportunidad, entre otros¹³⁴.

129 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional de los Expedientes N.º 4748-2007-PHC (caso *Demetria Morales Cordero de Rojas*) y N.º 6167-2005-PHC/TC (caso *Fernando Cantuarias Salaverry*).

130 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 94.

131 “Los requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal”.

132 DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 136; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 97; MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 62; GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 253; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 323; y CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ; FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 242.

133 BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 466.

134 *Loc. cit.*

En la doctrina, los casos de requerimiento acusatorio o de sobreseimiento son conocidos como casos de requerimientos conclusivos¹³⁵.

La función investigadora supone la realización de actos y diligencias al interno de un procedimiento que tiende a esclarecer un hecho; mientras que la función requirente implica una actuación externa que tiene como punto de partida una indagación que se lleva a cabo.

El TC, de manera uniforme y reiterada, ha sostenido la posición respecto a la actividad del Ministerio Público: “En tal sentido, su función es postulante o requirente, pero en ningún caso decisoria, así, el fiscal pide que el órgano jurisdiccional juzgue, que realice su función, pero no juzga, toda vez que la función de impartir justicia es atribución ejercida por el Poder Judicial”¹³⁶. Por esta razón ha remarcado que “la función del Ministerio Público es requirente y, en ningún caso, decisoria ni sancionatoria”¹³⁷, pues no posee facultades coactivas ni de decisión directa para el inicio del proceso penal¹³⁸; de manera tal que si: “al ejercitar la acción penal dentro de la pre-

30

135 Al respecto, MAIER señala: “Realizado el procedimiento de investigación fiscal finaliza mediante decisiones de mérito de contenido requirente que unas veces adquieren sentido incriminador (requerimiento de citación a juicio), otras, desincriminador (pedido de sobreseimiento), y otras significan la apertura del procedimiento instructorio jurisdiccional por vía indirecta (pedido de prórroga extraordinaria) o directa (conversión)”. MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 54. Vid. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 241.

136 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N.º 2405-2006-PHC/TC (caso *Efraín Llerena Mejía*), N.º 6688-2005-PHC/TC (caso *Henry Jiménez Moscol*), N.º 1983-2006-PHC/TC (caso *Juan Miguel Guerrero Orbegoso*), N.º 3960-2005-PHC/TC (caso *Julio Colonio Artega*), N.º 7820-2005-PHC/TC (caso *Rafael Edwi Ríos López*), N.º 10382-2006-PHC/TC (caso *Petronilo Dávila Carnero*).

137 Vid. Exps. N.º 03663-2011-PHC/TC (caso *Giovanni Mario Paredes Ruiz*), N.º 03019-2011-PHC/TC (caso *Cristóbal Silva Rosas*), N.º 02085-2011-PHC/TC (caso *Juan Humberto Vásquez Laguna*), N.º 00927-2010-PHC/TC (caso *Augusto Edgar Tenorio Guevara*), N.º 6357-2008-PHC/TC (caso *Miriam López Gómez Sánchez de Jiménez y otro*), N.º 04169-2008-PHC/TC (caso *Fermín Aurelio Rodríguez Vargas*), N.º 02682-2009-PHC/TC (caso *Erika Chávez Aragón a favor de Rosario Ana Chávez Sierra*), N.º 01042-2009-PHC/TC (caso *Alejandro Rubén Díaz Vásquez*), N.º 05133-2009-PHC/TC (caso *Augusto Medina Otazu*), N.º 01415-2010-PHC/TC (caso *Elías Vily Carbajal*), N.º 02004-2010-PHC/TC (caso *César Felipe Gutiérrez Peña*), N.º 03689-2008-PHC/TC (caso *Mildo Eudocio Martínez Moreno*), N.º 00331-2010-PHC/TC (caso *Manuel Humberto López Paredes*).

138 Exp. N.º 03019-2011-PHC/TC (caso *Cristóbal Silva Rosas*), N.º 02085-2011-PHC/TC

rogativa postulatoria que le asigna la Norma Suprema, pretensión que, al no encontrarla arreglada a ley, en el presente caso hubiera sido desestimada por el órgano jurisdiccional”¹³⁹.

El TC señala que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y este ejercicio se materializa a través de dos funciones: la *función investigadora* y la *función acusadora*. La primera consiste en la decisión de formalizar la acción penal ante el juez (CdePP) o la de formalizar la acción penal y continuar con la investigación preparatoria con conocimiento del juez, una vez conocida la denuncia o la noticia criminal, siempre que existan suficientes elementos incriminatorios que hagan necesaria la investigación penal (CPP). La segunda consiste en la decisión de comunicar al juez la atribución o la formulación de la responsabilidad penal del procesado y la propuesta de la pena que se le debe imponer por el hecho cometido. Estas dos actuaciones despliegan y tienen efectos comunes, y por lo mismo merecen un tratamiento similar, lo que no significa —como es obvio— que debido al estadio del proceso penal puedan tener efectos y/o manifestaciones diferentes. El hecho de que el Ministerio Público ostente la titularidad en el ejercicio de la acción penal no significa que pueda actuar de manera totalmente discrecional e incontrolada, antes bien sus actuaciones y/o decisiones se encuentran sujetas al principio de prohibición de la arbitrariedad, y en definitiva, a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y es en estos términos en los que debe entenderse que la decisión de la Sala Superior de continuar con la investigación penal —pese a la negativa del fiscal superior que a su vez se aparta del criterio del fiscal provincial— se encuentra constitucionalmente justificada¹⁴⁰.

(caso *Juan Humberto Vásquez Laguna*), N.º 04169-2008-PHC/TC (caso *Fermín Aurelio Rodríguez Vargas*), N.º 01042-2009-PHC/TC (caso *Alejandro Rubén Díaz Vásquez*), N.º 05133-2009-PHC/TC (caso *Augusto Medina Otazu*).

- 139 Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Exps. N.º 6801-2006-PHC/TC (caso *Saúl Guevara Vargas*), N.º 6688-2005-PHC/TC (caso *Henry Jiménez Moscol*), N.º 5457-2005-PHC/TC (caso *Rafael López Aliaga*).
- 140 Véase las sentencias de los Exps. N.º 01063-2018-PHC/TC (caso *Wagner Stalin Martínez Ruiz, Representado Por Lady Katherlyne Cangahuala Morales*), N.º 00302-2014-PHC/TC (caso *Jorge Constantino Félix Morales*), N.º 02920-2012-PHC/TC (caso *Óscar Luis Castañeda Lossio*)

Por su parte, la Corte Constitución de Colombia, en muchas sentencias, ha señalado que la actividad investigativa desarrollada por la Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines¹⁴¹:

- (i) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos;
- (ii) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado;
- (iii) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas;
- (iv) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y
- (v) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, solo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10 %, con el fin de no congestionar el sistema penal¹⁴².

Dentro de las funciones constitucionales y legales del Ministerio Público en el sistema penal se puede contar¹⁴³: 31

- (i) La función de investigar de manera exhaustiva la *notitia criminis*.
- (ii) La función de imputar y procesar a una persona.
- (iii) La función de requerir el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso penal y de asegurar el eventual pago de la reparación civil.

141 Véase la Sentencia T-293/13, de María Victoria Calle Correa, y la Sentencia C-209, del 2007.

142 Sentencia C-591 del 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SPV. Alfredo Beltrán Sierra), Sentencia C-730 del 2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis, SV. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto).

143 Véase ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 125 y ss.; GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 48 y ss.; y SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 254 y ss.

- (iv) La función de controlar la legalidad y constitucionalidad de las decisiones judiciales a través del sistema de recursos.
- (v) La función de sobreseer un proceso penal.
- (vi) La función de acusar a una persona y pedir una condena en la medida en que exista una sospecha suficiente o la probabilidad de que sea autor o partícipe de un delito.
- (vii) La función de participar en igualdad de oportunidades en el juicio oral;
- (viii) La función de ejecución de la sentencia condenatoria.

Las funciones del Ministerio Público son distintas, según la etapa o fase del proceso penal en el que intervenga¹⁴⁴. Las atribuciones de la Fiscalía en el juicio oral difieren de las funciones con las que cuenta de la investigación preparatoria.

Se reconoce con especial énfasis que la Fiscalía tiene la obligación de acusar en aquellos casos en los que concurra sospecha suficiente de un hecho punible, lo que supone que existe una probabilidad objetiva de que se llegue a una condena por parte del juez¹⁴⁵. No creemos que dicha probabilidad de condena deba recaer en criterios subjetivos o en el cálculo que haga el fiscal del caso concreto¹⁴⁶, sino en parámetros racionales, intersubjetivos o que es propio de un espectador objetivo.

3. EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

3.1. *Nemo iudex, sine actore*

32 También se conoce como principio de acción¹⁴⁷, es decir, solo cuando se ha formalizado la investigación preparatoria o la acusación puede existir

144 Cfr. DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 136.

145 Vid. SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 96; ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 129 y 473; y ROXIN, "La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy", art. cit., p. 20.

146 En contra: ROXIN, "La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy", art. cit., p. 20.

147 Cfr. DE ARAUJO CINTRA, Antonio; Ada PELLEGRINI GRINOVER y Candido DINAMARCA, *Teoria geral do processo*, 10.ª ed., Sao Paulo: Malheiros, 1994, p. 57.

proceso penal¹⁴⁸. La formulación de una hipótesis imputativa por el Ministerio Público es presupuesto de toda actividad judicial de investigación y decisión¹⁴⁹. Ello deriva del principio de que toda actividad judicial presupone el ejercicio de una acción, por persona distinta al juez¹⁵⁰. La experiencia demuestra que si el juez instaura un proceso por iniciativa propia acaba ligado psicológicamente a la pretensión y se inclina a juzgarla favorablemente¹⁵¹.

La esencia del principio acusatorio reside tanto en la división de tareas entre quien juzga y quien acusa como en la exigencia de una acción y acusación previa¹⁵². El juez solo conoce y decide un caso en la medida que haya previamente una acusación del Ministerio Público¹⁵³. Cuando el juez toma la iniciativa, la separación de acción y jurisdicción desaparece y, como dice CARNELUTTI, “el juez desciende de su pedestal”¹⁵⁴. En este sentido, no se puede condenar a un ciudadano sin que medie de manera previa una acusación, la cual deberá ser formulada por los órganos constitucionales y legales que cumplen específicamente dicha función¹⁵⁵: el Ministerio Público. Además, la acusación no solo debe ser ejercitada, sino también mantenida por un órgano distinto al juez¹⁵⁶.

148 Vid. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 13.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 34; BELLAVISTA, Girolamo y Giovanni TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 10.ª ed., Milano: Giuffrè, 1987, pp. 20 y 212.

149 Vid. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito processual penal*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988, p. 101; y FLORIAN, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, traducido por Pietro Castro, Barcelona: Bosch, 1933, p. 101.

150 Vid. BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 54; y VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 21.

151 DE ARAUJO CINTRA; PELLEGRINI GRINOVER y DINAMARCA, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 58.

152 Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 39.

153 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 101.

154 CARNELUTTI, Francesco, *Principios del proceso penal*, Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 133.

155 Cfr. ASENSIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid: Trivium, 1991, p. 19.

156 Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, ob. cit., p. 35.

Sin embargo, ello no es obstáculo a que el juez pueda intervenir en la investigación preliminar autorizando la afectación de un derecho constitucional (v. gr.: allanamiento o el levantamiento del secreto en las comunicaciones).

33 El Tribunal no puede actuar jamás de oficio, juzgar por su iniciativa y voluntad propia o iniciar una investigación de oficio tendiente al esclarecimiento de un delito¹⁵⁷, más aún cuando el hecho punible se comete en audiencia. Rige aquí el principio “donde no hay acusador no hay juez”¹⁵⁸. Cuando el juez procede por su propia iniciativa se da un caso de jurisdicción sin acción¹⁵⁹. Tampoco puede extender el proceso a otras personas o por otros hechos jurídicamente independientes a los formulados por el órgano persecutor.

Si el Ministerio Público retira la acusación o simplemente no acusa, el respeto irrestricto del principio acusatorio veda la posibilidad de que el juez o la sala pueda fundar una sentencia condenatoria. Ello recuerda que la acusación no solo es necesaria en la postulación del proceso, sino que constituye un presupuesto indispensable para emitir un fallo condenatorio¹⁶⁰. El juez no solo no puede sostener una acusación inexistente, sino que está prohibido por el principio acusatorio de sustituir al órgano acusador¹⁶¹.

3.2. Alcances

34 El principio acusatorio es un principio jurídico estatal de carácter irrenunciable que determina el modelo de proceso penal fundado en la Constitución¹⁶². La irrupción del principio acusatorio lleva a que la actividad de la investigación recaiga en el Ministerio Público y la Policía; mientras que el juez controla la legalidad y la constitucionalidad de los actos y decisiones de la Fiscalía y la Policía¹⁶³. La incorporación y la regulación en la Constitu-

157 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 99.

158 Vid. ROXIN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 111.

159 CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, ob. cit., p. 133.

160 ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 23.

161 VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, ob. cit., p. 21.

162 SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 27 y 28.

163 Cfr. MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “La fase de investigación del proceso penal. Ten-

ción del Ministerio Público fue la primera piedra para establecer un nuevo sistema y modelo de proceso penal en el que las funciones de investigación y enjuiciamiento son llevadas a cabo por órganos estatales distintos¹⁶⁴.

La llegada del Ministerio Público al proceso penal supone el paulatino abandono del antiguo proceso penal de carácter inquisitivo siendo reemplazado por un proceso penal acusatorio —o, por lo menos, mixto— a partir del cual se asumen, por mandato de la Constitución y la ley, las tareas de investigación, el ejercicio de la acción penal y la posibilidad de formular una acusación o un sobreseimiento¹⁶⁵.

La Constitución Política y el CPP han elegido el modelo y diseño del principio acusatorio, que se adopta en nuestro ordenamiento jurídico como base del proceso penal. Para ello se distingue entre un *proceso acusatorio privado* —que es dominado por la intervención de los particulares: el ofendido (acusación privada) o los ciudadanos, en general— y un *proceso acusatorio público*, donde la persecución penal —como regla— queda en manos del Estado y, en concreto, recae en un determinado órgano estatal, el Ministerio Público, que es el encargado de la investigación y la persecución del delito¹⁶⁶. La opción por este último modelo de proceso penal y del principio acusatorio supone una necesaria separación de funciones entre la tarea de acusar y juzgar y la preservación del principio de imparcialidad judicial. Nuestra legislación ha optado por el modelo de un *proceso acusatorio público* en el que el protagonista de la investigación y el proceso es el Ministerio Público.

La separación de la actividad de investigación a cargo del Ministerio Público y del juzgamiento a cargo de los tribunales permite conseguir y consolidar la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, liberándolos de cualquier prejuicio o condicionamiento en relación con el objeto del proceso. La Fiscalía es quien determina, a través del ejercicio de la acción penal, los hechos materia de discusión y la vinculación temática, delimitando los poderes cognitivos y la posible extensión del caso juzgado, facilitando la defensa

dencias en Europa. El caso portugués”, en GIMENO SENDRA, José Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006, p. 228.

164 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 202.

165 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 362.

166 CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 145; y MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 317.

de los sujetos procesales y la preservación de los derechos fundamentales¹⁶⁷. En el proceso penal acusatorio se exige que la actividad jurisdiccional sea activada y promovida por una entidad diversa al Tribunal que juzga y decide, separando las funciones de imputar y de juzgar. Si bien ambas representan el ejercicio de las funciones públicas de un Estado de derecho se pretende que el Estado, si es que acusa, no juzgue; y cuando juzgue, no acuse. Con ello, se cumple con una exigencia tanto técnica como política que se relaciona con la vigencia, en el plano del proceso penal, del principio de la división de poderes¹⁶⁸.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que el nuevo proceso penal delimita claramente las funciones del Ministerio Público y del juez dentro de un proceso penal, así compete al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción penal, la conducción la investigación del delito, la actuación en el proceso con independencia de criterio, intervención en todo el desarrollo del mismo y, además, está legitimado para interponer recursos, conforme al art. VI del título preliminar y arts. 60 y 61 del CPP¹⁶⁹.

El Ministerio Público es el órgano al que la Constitución ha encomendado la función persecutoria, destinada a promover ante el Poder Judicial la aplicación del derecho penal a los infractores de las normas jurídico-penales; es trascendente, por ello, observar en el proceso penal los alcances del principio acusatorio, que se han fijado al atribuir a la Fiscalía la titularidad de la acción penal en régimen de monopolio¹⁷⁰.

167 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 362.

168 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 257.

169 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sra. jueza BARRIOS ALVARADO), *Recurso de Casación N.º 430-2015*, Lima: 28 de junio del 2016.

170 *Vid.* SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *R. N. N.º 933-2014*, de 4 de noviembre del 2015; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *R. N. N.º 2829-2014*, 14 de octubre del 2015; SALA PENAL TRANSITORIA (Voto singular de PARIONA PASTRANA), *R. N. N.º 1687-2014*, 9 de diciembre del 2015; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *R. N. N.º 3879-2013*, 25 de junio del 2014; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *R. N. N.º 3204-2013*, 14 de mayo del 2015; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *R. N. N.º 3073-2013*, 5 de diciembre del 2014; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *R. N. N.º 1976-2013*, 29 de octubre del 2014; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *R. N. N.º 2512-2013*, 4 de junio del 2014; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez LOLI BONILLA), *R. N. N.º 1277-*

La potestad para promover la acción penal pública y acusar es exclusiva y excluyente del Ministerio Público, descartándose la posibilidad de que sea otro órgano, estatal o privado, el que lo subroga en esa función. El órgano jurisdiccional, en ningún caso, está facultado para asumir funciones de promoción de la acusación, que son exclusivas del Ministerio Público, o de control de la función fiscal persecutoria. Sostener lo contrario implicaría una clara infracción del principio acusatorio, al confundirse dos funciones, que, por fuerza constitucional, deben estar siempre separadas: las funciones acusadoras (del fiscal) y de juzgamiento (del órgano judicial). De ser esto así, el juez invadiría de manera ilegítima funciones reservadas constitucionalmente al Ministerio Público, único habilitado para incoar la pretensión punitiva; actuación que, a su vez, contaminaría al órgano jurisdiccional afectando su imparcialidad (por su interés en promover la acusación en perjuicio del imputado), deslegitimándolo para el juzgamiento y fallo¹⁷¹.

La necesidad de garantizar la imparcialidad judicial y el principio contradictorio requiere la aparición de un órgano que organice y dirija la tarea de recolección de la información probatoria, que investigue de manera objetiva, sin apasionamientos, y que decida el cuándo, el cómo y el dónde de la incorporación de dicha información¹⁷². Para que un órgano estatal pueda ejercer la acción penal en los delitos perseguibles de oficio y formule cargos contra una persona es necesario que dicho órgano pueda investigar, recoger

36

2013, 15 de diciembre del 2015; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *R. N. N.° 3325-2013*, 6 de junio del 2014. “Cabe precisar que uno de los principios que rige la actuación del Ministerio Público es el de jerarquía, del que deriva que se trata de una institución jerárquicamente organizada (así lo indica su ley orgánica), lo que se traduce en un sistema de instrucciones generales y específicas para el correcto ejercicio de las funciones, existe, entonces, una relación que conlleva dos consecuencias fundamentales: a) la posibilidad de que el superior controle la actuación del fiscal de cargo inferior, del que es responsable; b) el deber de obediencia de los subordinados respecto de aquel, lo que se traduce en dos formas de control: 1) el conocimiento de los casos por parte del superior en grado, donde la orden de este ha de cumplirse; 2) a través de las instrucciones que se impartan de manera general, sea mediante la expedición de circulares o directivas que, en suma, lo que buscan no es sino una actuación uniforme de los miembros del Ministerio Público. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa, 2004, p. 137.

171 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez BARRIOS ALVARADO), *R. N. N.° 3502-2012*, Lima: 9 de octubre del 2013.

172 GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 213; y D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 280.

las pruebas de cargo y de descargo como todo elemento que le permita desarrollar su función constitucional¹⁷³.

La investigación y la persecución del delito requiere de un órgano público autónomo e independiente, distinto al Poder Judicial, que es ajeno a los intereses de los particulares (v. gr.: el de las víctimas) cuya existencia —y la actividad que desarrolla— es una pieza fundamental del proceso penal¹⁷⁴. El Ministerio Público es el órgano que se encarga de investigar, imputar y procesar a una persona, lo que permite que el juez se erija como el tercero imparcial que decide el caso que se le plantea a su conocimiento. En el proceso penal acusatorio es necesario que alguien se encargue de sustentar la imputación y la prueba de cargo a fin de lograr que el contradictorio sea posible; dicha función dentro del diseño constitucional del proceso penal le corresponde cumplir a la Fiscalía¹⁷⁵.

En el proceso penal acusatorio, en el que se busca lograr una correcta reconstrucción de los hechos, es necesario que quienes intervienen en el proceso —como regla— sean partes antagónicas y contrapuestas. El concebir al Ministerio Público como una parte imparcial supone en la práctica volver inviable la dialéctica de partes en el proceso y la contraposición de criterios como algo artificial o meramente formal¹⁷⁶.

La concepción democrática del principio acusatorio como medio para cautelar la imparcialidad judicial conlleva a exigir que se debe eliminar de la regulación procesal cualquier facultad de los jueces que sea una manifestación de la actividad de persecución o de investigación del delito. Por ejemplo, se debe derogar la atribución del juez de poder forzar y obligar al fiscal a que acuse cuando este decidió no hacerlo (art. 346.1) o que se debe agenciar de pruebas para fundar y sostener una acusación¹⁷⁷ (art. 346.5).

173 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 262.

174 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 250.

175 MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 262.

176 Por todos, BADARÓ, Gustavo, *Processo penal*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 195.

177 CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ; FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 238.

3.3. Fundamento

El principio acusatorio es un principio jurídico de rango constitucional, 37 que define el modelo del sistema procesal penal y es de carácter inderogable, de cuyo contenido depende la definición del objeto del proceso penal, sus elementos y, en general, sus características esenciales¹⁷⁸. La estructura acusatoria (o inquisitiva) del proceso penal encuentra su fundamento en una determinada concepción jurídico-política del Estado¹⁷⁹.

Su fundamento reside en el hecho de que no debe ser la misma persona u órgano el que investiga y efectúa las averiguaciones y el que decide y resuelve la controversia¹⁸⁰. Solo manteniendo una división de roles, una separación del trabajo o un desdoblamiento funcional entre quien investiga y quien juzga es posible lograr una administración de justicia sin prejuicios, sin contaminación y con un control racional de sus actos¹⁸¹, respetándose la esencia de la función jurisdiccional¹⁸². Solo así puede existir un verdadero proceso¹⁸³. En ese sentido, el Ministerio Público averigua e imputa; el juez juzga y decide. La imputación pasa a ser un acto de parte¹⁸⁴ y no un acto que depende de la jurisdicción.

El principio acusatorio permite garantizar la *imparcialidad* de los 38 órganos que juzgan¹⁸⁵, ya que solo un juez portador de una capacidad sobrehumana podría sustraerse de los influjos, propios del sistema inquisitivo, del acopio de información y el despliegue de una investigación en contra del procesado¹⁸⁶. Un juez que investiga y recoge pruebas no está en condiciones

178 ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 11.

179 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 125.

180 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 48.

181 ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, ob. cit., p. 34.

182 CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, ob. cit., p. 133.

183 VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, ob. cit., p. 22.

184 CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, ob. cit., p. 132.

185 Vid. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 97; VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, ob. cit., p. 23; ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, ob. cit., pp. 34 y 56; y ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 19.

186 SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., 2.^a ed., p. 195.

de garantizar un juicio justo y el descubrimiento desapasionado de la verdad ni de evaluar el resultado probatorio. Por el contrario, se está ante un juez sospechoso, que alberga el peligro objetivo de ser parcial con el objeto de la investigación y del proceso¹⁸⁷, o incluso con algunas de las partes. Con razón, se afirma que la separación de tareas es la característica más importante de este principio, al buscar la protección de la imparcialidad judicial¹⁸⁸, ya que el juez debe mantener su equidistancia del objeto del proceso: no debe manipular la imputación y se prohíbe la intervención del juez en su formación, ya que se trata de una competencia exclusiva del Ministerio Público¹⁸⁹.

Para que un juez pueda impartir justicia y decidir sobre un caso es indispensable que deba estar libre de todo prejuicio o contaminación previa, situación que lamentablemente no ocurre cuando hay una actividad de investigación agresiva contra el inculpado¹⁹⁰. De tal manera, que si el juez, de modo consciente o no y más allá de la intención que le anima, realiza funciones persecutorias del delito o se inmiscuye en la imputación, deja de ser un juez imparcial¹⁹¹.

La particularidad más destacada del sistema inquisitivo es que no favorece ni es compatible con la imparcialidad judicial, pues no solo indaga los hechos y recaba las pruebas, sino que valora y juzga sobre su propia actividad y los resultados de la misma¹⁹².

39

El fundamento político del principio acusatorio exige la consideración del imputado como sujeto de derechos y no como objeto del proceso

187 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 49.

188 ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 19.

189 PAPAGNO, Claudio, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 171.

190 SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 196.

191 ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 19, VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, ob. cit., p. 23.

192 Vid. VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, ob. cit., p. 24; y DE ARAUJO CINTRA; PELLEGRINI GRINOVER y DINAMARCA, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 51.

penal¹⁹³. En efecto, el hecho de que el imputado enfrente de manera expresa y sin encubrimiento alguno a quien persigue el delito (Ministerio Público) facilita una mayor libertad de acción, promueve un mejor desarrollo y despliegue de medios, y fortalece su posición. El imputado no estará sujeto a una situación de amedrentamiento, al temor natural y la suspicacia acerca de las consecuencias que pueden generarse si es que, por ejemplo, se enfrenta de manera directa, abierta y sin tapujos con el juez de la causa que es justamente quien investiga los hechos imputados. Como señalaba CARNELUTTI, “nadie discute que el contradictorio entre el Ministerio Público y el defensor es una indefectible garantía de la justicia no solo en cuanto a la exposición de las razones, sino también a la recolección de pruebas”¹⁹⁴.

En este modelo, el imputado deja de cumplir un rol de objeto del proceso, de instrumento del juez, como medio para llegar a la verdad, sino que este cambia por la de ser un sujeto del proceso, que posee facultades que le permiten enfrentarse dialécticamente con el fiscal, sin temer la parcialidad del juez. Ello permite construir el principio de igualdad de armas¹⁹⁵ y la verdad material desde la actuación de las partes reconociendo —como señala FIGUEIREDO DIAS— “su participación constitutiva en la declaración del derecho del caso”¹⁹⁶.

3.4. La división de poderes en el proceso penal

El principio de división de poderes, de indiscutible peso constitucional, también extiende su vigencia al proceso penal en el que al Ministerio Público se le encomienda la facultad de indagar la posible comisión de un delito y el poder imputar, procesar y acusar a una persona; mientras que a los jueces se les asigna conocer la etapa de enjuiciamiento y decidir sobre la posible afectación de los derechos fundamentales de la persona durante la investigación¹⁹⁷.

40

193 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 49.

194 CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, ob. cit., p. 105.

195 DE ARAUJO CINTRA; PELLEGRINI GRINOVER Y DINAMARCA, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 58.

196 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 50.

197 HASSEMER señala que “un proceso penal tiene, como todo ejercicio del poder estatal,

Desde la perspectiva histórica, se recuerda que la introducción del Ministerio Público en muchos países europeos en la mitad del siglo XIX se funda en la necesidad de extender el principio de la división de poderes al proceso penal y en la ideología liberal, propia del iluminismo francés¹⁹⁸. La idea fundamental de la que se parte es que el mal uso del poder estatal solo puede ser evitado por la división y la separación de poderes. Con razón, se sostiene, en el ámbito del proceso penal, que “la necesaria ‘división del procedimiento penal’ en varias fases, bajo el dominio de órganos distintos, corresponde a la idea básica de la teoría de la división de poderes, y merced a ella ha sido posible”¹⁹⁹.

No solo se trata de dividir el poder estatal, sino también de implementar un sistema de frenos y contrapesos entre los órganos y los poderes del Esta-

mecanismos que pueden frenar o bloquear el ejercicio del poder en el caso concreto. Uno de los medios para alcanzar este objetivo es el reparto del ejercicio del poder en diferentes funciones y titulares de las funciones, con lo que se puede contar con el control y limitación”, luego agrega: “La separación entre tribunales y fiscalías, la atribución de diferentes funciones, el equilibramiento práctico en el proceso de las diferentes competencias y derechos de intervención concretan un momento importante de la división de poderes en el proceso penal. Una armonía de los poderes resulta amenazadora para aquel que se encuentra sometido a ellos, a partir de su contraposición puede desarrollar posibilidades para su defensa, corrección y control”. HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, 1.ª reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 91. Por su parte, ROXIN y SCHÜNEMANN consideran que, “a través de la división de estas funciones de la administración de justicia penal en dos órganos diferentes, se pudo establecer hasta cierto punto una división de poderes procesales”. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 124. En ese sentido, véase BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 466; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 501.

- 198 “Con la separación de la función de acusación y juzgamiento, y con la vinculación del juez al hecho punible señalado en la acusación, se han abandonado los peores defectos del antiguo proceso inquisitivo, pues con ello el juez fue liberado de la parcialidad frente a la investigación adelantada por él mismo hasta ese momento”. ROXIN, “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, art. cit., p. 16. Asimismo, véase GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 31.
- 199 “La teoría de la ‘división de poderes’ permitió, asimismo, solventar otro defecto esencial del procedimiento inquisitivo del derecho común: solo un legislador independiente, respecto del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, y desligado de tendencias absolutistas puede introducir en la investigación y en el enjuiciamiento las ‘formas legales’ garantizadoras, que transforman al sospechoso de mero objeto de investigación bajo el imperio del Ejecutivo en sujeto del procedimiento judicial”. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., pp. 36 y 37.

do. Más importante que dividir el poder estatal es establecer relaciones de coordinación real, efectiva y armoniosa entre las dependencias del Estado²⁰⁰.

La división de poderes en la fase de investigación no es en sí misma la panacea que soluciona todos los problemas o que equilibra la relación entre los sujetos procesales; ni representa el triunfo de la justicia frente al poder absoluto ni a la orientación utilitaria. Constituye un límite formal, pero que debe complementarse con la necesidad de que los poderes divididos se puedan controlar mutuamente de acuerdo a parámetros constitucionales y legales. La idea clave en una democracia y en un Estado constitucional es la necesidad de que todo poder y, sobre todo, el ejercicio del poder deba ser controlado de manera rigurosa y estricta.

La división de tareas entre el Ministerio Público y el juez se desarrolla en un contexto de completa independencia y autonomía, sin que haya una relación de jerarquía o de predominio entre ambos órganos²⁰¹. 41

La separación de las funciones de investigar y juzgar, si bien constituye un elemento esencial del principio acusatorio, no agota su contenido ni la importancia del principio²⁰², ya que puede existir formalmente un órgano diferenciado encargado de la acusación sin que se configure el principio acusatorio. Con razón, FIGUEIREDO DIAS señala que un proceso con un principio de acusación no es lo mismo que un proceso de tipo acusatorio. Si bien un proceso de este tipo no es concebible sin dicho principio, no faltan ejemplos de procesos que cuentan con un principio de acusación que no ostentan el *status* de un proceso de tipo acusatorio²⁰³.

200 MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 336. Para RUSCONI, “si se crea un poder en la Constitución es imprescindible ocuparse materialmente de relacionarlo con los otros poderes, de establecer su posición frente a ellos, generando al mismo tiempo un sistema de equilibrio funcional para todos los órganos de poder por ella misma creados”; luego, señala: “Nuestra propia experiencia institucional nos demuestra que los peores conflictos ético-sociales que hemos sufrido, las violaciones más horribles de los derechos elementales, han sucedido en sistemas que formalmente, o sin esa formalidad, invadieron esta garantía republicana, corrompieron este dogma fundamental de la República y el Estado de derecho”. RUSCONI, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, art. cit., pp. 73 y p. 74.

201 ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 19.

202 VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, ob. cit., p. 23.

203 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., pp. 98 y 99.

El Estado desdobra y separa sus competencias de acusación y decisión, persecución y juzgamiento en dos órganos, cada uno con sus respectivos funcionarios; realizan funciones distintas²⁰⁴, pero a la vez complementarias. Con dicha separación se logra una autolimitación al poder penal del Estado en su tarea de administrar justicia, se respeta el derecho de defensa evitándose la existencia de fallos sorpresivos²⁰⁵.

42

El principio acusatorio supone la configuración promotora de la acción penal por parte de un órgano (Ministerio Público) y la limitación del Tribunal a una función decisoria, frente al material probatorio aportado por los sujetos procesales²⁰⁶; al mismo tiempo, se garantiza una mayor eficiencia en la dosificación de medios y recursos en la persecución del delito²⁰⁷.

Sin embargo, ello no quiere decir que el juez deba o tenga que renunciar a una investigación adicional o complementaria a la formulada por el Ministerio Público y que dependa de los alegatos del acusador y del acusado²⁰⁸. El juez puede realizar, de ser el caso, de oficio —y dentro de los límites de la ley y la Constitución— una serie de diligencias, acopio de prueba y de investigaciones con el fin de determinar la verdad material²⁰⁹, por lo que no está supeditado necesariamente a las declaraciones de las partes, a la confesión o contribución del acusado²¹⁰ ni a las solicitudes de proposición y actuación

204 Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, 2.^a ed., 1.^a reimp., Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1999, p. 508; y ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 18.

205 MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ob. cit., p. 508.

206 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 49.

207 ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, ob. cit., p. 41.

208 SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.^a ed., ob. cit., p. 199.

209 “La verdad material sería de otra suerte inasequible. Asimismo, plantea: “Si la sentencia ha de estar basada sobre la consideración objetiva de los acontecimientos, es justo que el juez tenga el poder de ordenar por propia iniciativa las investigaciones probatorias para la averiguación de los hechos que está llamado a calificar”. FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 103.

210 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 50.

de pruebas planteadas²¹¹. Se alude así a una estructura acusatoria integrada por el principio de investigación²¹².

La separación de tareas y roles entre el Ministerio Público y el juez constituye solo un primer aspecto del principio acusatorio. A ello se agrega, como emanación natural, que se prohíbe que el juez pueda investigar y decidir al mismo tiempo sobre un asunto²¹³, existiendo una triple separación entre investigación, acusación y enjuiciamiento. 43

El principio acusatorio exige que el ejercicio de la persecución penal pueda ser controlado racionalmente al dividirse tareas, finalidades, estrategias y métodos entre el órgano que persigue el delito y el que juzga²¹⁴.

Con base en la división de funciones en un Estado constitucional se encuentra la exigencia de “la evitación del autocontrol en el ejercicio de un poder”. Con esto se pretende que quien ejerza un determinado poder no se controle a sí mismo, sino que el freno y equilibrio funcional provenga de un poder u órgano externo²¹⁵. Solo de este modo, se entiende, es posible garantizar límites adecuados y eficaces al abuso estatal y evitar la afectación a los derechos fundamentales del ciudadano²¹⁶. La exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica ha señalado: 44

211 ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, ob. cit., p. 68.

212 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 50.

213 ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 25.

214 Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, ob. cit., p. 39

215 BINDER recuerda el caso del juez de instrucción que “realiza dos tareas que son incompatibles en sí mismas, por un lado, debe ser investigador —y, como tal, el mejor investigador posible—, pero, por otra parte, él debe ser custodio de las garantías procesales y constitucionales. En definitiva, el juez de instrucción debe ser guardián de sí mismo, y esto genera a mi juicio, de un modo estructural e irremediable, algún tipo de ineficacia. O el juez de instrucción es ineficaz en tanto que investigador o lo es como guardián de la Constitución”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239. Véase también a LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 446.

216 “Esta idea del ‘no autocontrol’ en el poder tiene, creo, mucha más riqueza que la que tradicionalmente se advierte en las elaboraciones jurídicas y mucha más aún, aquella que los procesalistas han podido observar. No se debe creer que este concepto es privativo de la organización constitucional del Estado, solo porque en ella ha alcanzado el nivel de paradigma. En realidad, se puede adelantar que es el principio básico según el cual se soluciona, en el marco del Estado de derecho, la antinomia eficiencia-garantías individua-

No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, sea un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido al colocar la instrucción en manos de los jueces inquisidores. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos del juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto, es quien está comprometido con la eficiencia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes.

En el diseño constitucional del proceso penal peruano se ha configurado un órgano específico, el Ministerio Público, para que se encargue del ejercicio material de la tarea de investigación; y otro órgano estatal, el juez, para que se ocupe de controlar su actividad y resolver los requerimientos que buscan afectar los derechos fundamentales a fin de cautelar que no se incurran en actos ilegales y/o en actos arbitrarios. En un Estado constitucional, republicano y democrático (art. 43 de la Const. Pol.) es inimaginable un efectivo autocontrol del ejercicio de un poder como el penal, que genera y derrocha tanto contenido de violencia. Un poder semejante no puede limitarse por sí solo y no puede dejar de haber un control externo que es llevado a cabo por un órgano distinto²¹⁷.

En el procedimiento penal moderno no es posible que en una sola persona (el juez de instrucción) recaiga el ejercicio del poder de persecución penal y, además, el control de dicho ejercicio²¹⁸. La condición y la calidad

les y esto se presenta en el nivel normativo que sea, pero, sobre todo, allí donde el Estado ejerce la mayor cuota de violencia: el proceso penal [...] pareciera que la recepción, por el poder constituyente, del sistema republicano impone una precisa pauta para cualquier caso de ejercicio del poder, pero sobre todo el penal si se considera que el ejercicio del *ius puniendi* constituye claramente ejercicio de autoridad estatal. Esa pauta reside en la configuración de diseños que eviten el autocontrol y no puede ser obviada por el poder constituido". RUSCONI, "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público", art. cit., pp. 105 y 108.

217 BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 487.

218 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 446; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 119 y ss.; y RUSCONI, "División de

de juez no le dota a una persona de superpoderes especiales para dirigir un mecanismo tan invasivo de los derechos de la persona (v. gr. la presunción de inocencia y el libre desarrollo de la personalidad) como es la instrucción de un delito y al mismo tiempo se le reconozca la capacidad de autolimitarse y controlar su propio poder. Por respeto a la dignidad de la persona humana, a los derechos fundamentales y por la organización constitucional del poder, las funciones de investigar, perseguir e imputar no pueden recaer en la misma persona que luego decide sobre la afectación de los derechos.

La necesidad en el proceso penal de garantizar los derechos fundamentales de la persona, prohibiendo la asunción de oficio por el tribunal del objeto procesal, ha obligado a la descentralización de los poderes que alguna vez se atribuyeron a una sola persona, dividiendo las funciones impuestas dentro del sistema de administración de justicia: por un lado, la función de requerir o acusar y, por otro lado, la de decidir o juzgar en toda causa penal²¹⁹. 45

En la Constitución peruana, la limitación y el control del poder no constituye una derivación lógica del principio de división de poderes, sino más bien representa un *mandato expícito* que debe cumplirse de manera general e inderogable por todos los operadores jurídicos al prescribir que “quienes lo ejercen (el poder) lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (art. 45 de la Const. Pol.).

El modelo de corte acusatorio, que adopta el sistema procesal peruano, se construye sobre la idea del *diálogo racional* de las partes en el proceso, en el que la confianza no recae únicamente en la capacidad reflexiva del juez y en su poder, sino en el debate y enfrentamiento de posiciones, hipótesis y planteamientos de los involucrados. Los sujetos procesales no pueden ser considerados como meros auxiliares del sistema de justicia, sino protagonistas del proceso a quienes se les reconoce competencias y funciones específicas²²⁰. 46

poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, art. cit., p. 108.

219 MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 83.

220 Vid. ORÉ GUARDIA, Arsenio, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, en GIMENO SENDRA, José Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006, p. 159; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 209.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sostiene:

Como el modelo de investigación implantado por el Código es “participativo”, resulta evidente que, de un lado, el imputado y su defensa, así como las demás partes procesales, deben conocer —ser notificados— de los medios de investigación y demás diligencias de investigación que deben realizarse; y de otro lado, estos tienen el derecho de intervenir en ellas, así como de solicitar otros medios de investigación, si fueran pertinentes y útiles. Es incuestionable, además, que en los marcos de la propia lógica investigativa y de su necesidad y urgencia, las demás partes deben tener la oportunidad de tener un plazo razonable para poder estructurar una defensa idónea y eficaz para la intervención en los actos de investigación correspondientes²²¹.

3.5. Los actos de aportación de hechos en el proceso penal

47

Los actos de aportación de hechos tienen como finalidad introducir hechos en la investigación o en el proceso²²².

El proceso penal declarativo está dividido en dos grandes fases: la investigación o instrucción y la etapa de juicio oral. Los actos que se realizan en la primera etapa cumplen la función de preparar el juicio oral mediante la comprobación o indagación de la *notitia criminis*, a fin de determinar la realidad o no del hecho punible, como también la vinculación que puede tener una persona a quien se atribuye su comisión, ya sea a título de autor o de partícipe.

En el derecho peruano, la aportación e introducción de los hechos a nivel de la investigación y proceso penal en los delitos de ejercicio público de la acción es una obligación constitucional y legal del Ministerio Público²²³. Por el principio de la separación de funciones y poderes, a nivel del sistema

221 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 382-2020*, Lima: 4 de marzo del 2022.

222 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid: Civitas y Thomson Reuters, 2019, p. 461.

223 *Vid.* SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 66; y CARO CORIA, Dino Carlos, “La prueba de la individualización judicial de la pena”, en AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO (eds.), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch y CEDPAL, 2019, p. 241.

penal, al órgano jurisdiccional no le corresponde ni promover la acción penal ni imputar a una determinada persona. Es un tercero quien debe investigar, imputar, procesar y acusar. Lo que se investiga, procesa y enjuicia requiere la actividad de un órgano competente que promueve el ejercicio de la acción penal y, con ello, la imputación.

Al Ministerio Público le corresponde introducir a la investigación y/o al proceso tanto los hechos delictivos y las circunstancias que lo conforman y que poseen relevancia penal —sin que se excluyan algún material fáctico esencial o relevante— como también identificar, proponer y actuar los actos de investigación y/o los medios de prueba que la sustentan para el respectivo control constitucional y de legalidad.

El denominado principio de aportación de hechos y pruebas tiene su fundamento, además, en el principio acusatorio, en razones de oportunidad y conveniencia²²⁴, de que corresponde a las partes introducir en el proceso cada una de sus pretensiones y los hechos que los sustentan, por ser ellas quienes conocen mejor sus propios derechos e intereses y se encuentran mejor preparadas y vigilantes para maximizar su tutela y eficacia. Si el juez es un tercero imparcial entre las partes, son estas las que deben proponer los asuntos materia de litigio y que son objeto del proceso, cualquiera sea su clase.

En un proceso penal constitucionalmente fundado, las partes no solo tienen que probar sus pretensiones, sino que también deben introducir en el proceso los hechos y las afirmaciones que las fundan a fin de que se fije el objeto del proceso y de la sentencia. Se alude, con ello, a una carga de la afirmación, llamada también carga de la alegación²²⁵. En el proceso penal la primera carga de la alegación y afirmación fáctica lo posee el Ministerio Público, que es el protagonista del derecho sustancial y quien debe ejercitar la acción penal; también puede alegar el imputado, que es portador de un interés particular (preservar su libertad y demás derechos fundamentales)²²⁶.

Si bien no todos los hechos necesitan prueba, todos los hechos relevantes e importantes que conforman una pretensión deben ser afirmados

224 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 67.

225 Véase ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, Buenos Aires: EJE, 1956, p. 39.

226 SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 350.

explícitamente para que se tomen en cuenta en una resolución judicial, en especial, en la sentencia.

La denominada carga de la afirmación es una noción que precede y es un presupuesto de la carga de la prueba, ya que no puede haber una carga de probar si es que no existe, lógicamente, una afirmación e hipótesis previa que constituye su objeto²²⁷. Antes de saber quién prueba, es necesario determinar qué se prueba. Así, como existe una consecuencia jurídica cuando no se cumple con la carga de la prueba, también hay una consecuencia cuando se incumple con la carga de la afirmación.

El principio de aportación de parte consta de dos subprincipios: i) el de aportación de hechos; y ii) el de aportación de medios de prueba²²⁸.

La fijación de la carga de la imputación es una consecuencia del principio acusatorio. La afirmación acerca de hechos delictivos (aportación de hechos) supuestamente cometidos por una persona es una actividad que es una obligación de la parte acusadora y un derecho de las partes acusadas.

El Ministerio Público tiene la competencia y la tarea de determinar el “qué” y el “cómo” ha ocurrido un determinado hecho que tiene relevancia penal²²⁹.

49

La Corte Suprema de Justicia de Justicia del Perú considera que “los actos de aportación de hechos, como su nombre mismo lo indica, tienen como finalidad introducir hechos al proceso, que luego serán valorados dependiendo de la etapa procesal en la que nos encontramos, en ese sentido, resultan ser actos de aportación de hechos”²³⁰. Asimismo, agrega:

Un correcto entendimiento del principio acusatorio —que fija roles a los sujetos procesales (juez y las partes procesales), garantiza la imparcialidad judicial y define el objeto procesal— y de la noción de jurisdicción requiere que el juez no se limite acríticamente a lo que

227 “Las afirmaciones preceden, lógica y temporalmente, a las ofertas de prueba y a la recepción de prueba”. ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ob. cit., p. 44.

228 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 67.

229 SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 34.

230 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), *Recurso de Casación N.º 315-2011*, Lima: 19 de noviembre del 2012.

digán o planteen las partes ni a la interpretación y, menos, valoración de los actos de aportación de hechos (medios de investigación o de prueba, según el caso) que propongan (la justicia de la decisión requiere una reconstrucción de los hechos, desde el material investigativo o probatorio, lo más aproximada a la realidad ocurrida y una correcta o más aceptable interpretación y aplicación del derecho)²³¹.

De igual forma, se sostiene, con relación a la conclusión anticipada, que “el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal”²³². La revisión y valoración de actos de aportación de hechos están excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal²³³.

El TC peruano ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto:

La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: “a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”²³⁴.

- 231 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 204-2020*, Lima: 9 de junio del 2021.
- 232 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez GUERRERO LÓPEZ), *R. N. N.º 921-2019*, Lima: 26 de julio del 2021; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez VILLA BONILLA), *R. N. N.º 2273-2011*, Lima: 24 de enero del 2012; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez CALDERÓN CASTILLO), *R. N. N.º 3403-2009*, 19 de abril del 2010.
- 233 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 5-2008*, Lima: 13 de noviembre del 2009; PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez BARRIOS ALVARADO), *R. N. N.º 2865-2015*, Lima: 30 de mayo del 2017.
- 234 Véase los siguientes expedientes: N.º 1872-2017-PHC/TC (caso *Norte Saul Ignacio Mauricio Vivar*), N.º 00401-2016-PHC/TC (caso *Elsa Esperanza Navarrete Gonzales*), N.º 02476-2015-PHC/TC Lima (caso *José Antonio Valles Ugaz*), N.º 01205-2014-PHC/TC (caso *Hernando Hidalgo Díaz*), N.º 04552-2013-PHC/TC (caso *Horacio Mendoza*

La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público reconocida en el art. 159 de la Constitución, esto es, entre otras, ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público para incoar la acción penal y acusar, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin²³⁵. El TC considera que “el principio acusatorio permite garantizar el derecho de defensa ya que solo cuando existe un cargo concreto y específico la persona podrá defenderse y, por su parte, el principio de proscripción de arbitrariedad de los poderes públicos exige que las autoridades públicas no realicen actividades o investigación arbitrarias o despóticas”²³⁶.

Aguirre, representado(a) por Wilfredo Miguel Castro-abogado, N.º 04215-2013-PHC/TC (caso *Oscar Lizardo Benites Linares*), N.º 02720-2012-PA/TC (caso *Gilmer Alberto Yupanqui Vejarano*), N.º 04433-2012-PFIC/TC (caso *Gustavo Alonso de Rivero Bustamante*), N.º 02862-2012-PHC/TC (caso *Eduardo Gustavo Segura Rojas*), N.º 01409-2011-PHC/TC (caso *Marcos Alessandro Giunta Revoredo*), N.º 05206-2011-PHC/TC (caso *María Castro Pomlano a favor de Winston Enrique Alfaro Vargas*), N.º 2005-2006-PHC/TC (caso *Manuel Enrique Umbert Sandoval*), N.º 03464-2007-PHC/TC Piura (caso *Segundo Miguel Marchan Troncos*), N.º 00506-2008-PHC/TC (caso *Wilson Cercado Palacios - voto singular de los magistrados Mesías Ramírez y Eto Cruz*), N.º 00478-2008-PHC/TC (caso *Javier Lozano Ocampo y otro*), N.º 01323-2008-PHC/TC (caso *Federico Roncal Gaitán*), N.º 00956-2008-PHC/TC (caso *Teófilo Aucaatoma Ramos*), N.º 05386-2007-PHC/TC (caso *José Edgar Rever Delgado*), N.º 04072-2011-PHC/TC (caso *Johnny Carlos Díaz Bellido*), N.º 4620-2009-PHC/TC (caso *Eber Iparraguirre Trujillo*), 05879-2009-PHC/TC (caso *Absalón Anderson Narvasta Román y otro*), N.º 02735-2007-PHC/TC (caso *José Luis Tavaray Oblitas*), N.º 7274-2006-PHC/TC (caso *Jorge Luis Choquetico*), N.º 03031-2010-PHC/TC (caso *Ricardo Isidro Flores Dioses*), N.º 02074-2007-PH/TC (caso *Abimael Méndez Conde a favor de Teodoro Méndez Conde*), N.º 0058-2007-PHC/TC (caso *Guillermo Asmat Banini*), N.º 03155-2007-PHC/TC (caso *Segundo Miguel Marchan Troncos*), N.º 01006-2007-PHC/TC (caso *Donato Patiño Terrazas*), N.º 01316-2009-PHC/TC (caso *Bernard Freddy Ballena Becerra y otro*), N.º 00663-2007-PHC/TC (caso *Fidel Augusto Torres Ramírez*).

235 Véase los siguientes expedientes: N.º 04552-2013-PHC/TC (caso *Horacio Mendoza Aguirre representado(A) Por Wilfredo Miguel Castro-abogado*), N.º 05206-2011-PHC/TC (caso *María Castro Pomlano a favor de Winston Enrique Alfaro Vargas*), N.º 01409-2011-PHC/TC (caso *Marcos Alessandro Giunta Revoredo*), N.º 04072-2011-PHC/TC (caso *Johnny Carlos Díaz Bellido*), N.º 4620-2009-PHC/TC (caso *Eber Iparraguirre Trujillo*), N.º 05386-2007-PHC/TC (caso *José Edgar Rever Delgado*), N.º 02735-2007-PHC/TC (caso *José Luis Tavaray Oblitas*), N.º 05386-2007-PHC/TC (caso *José Edgar Rever Delgado*), N.º 2005-2006-PHC/TC (caso *Manuel Enrique Umbert Sandoval*).

236 Véase Exp. 3987-2010 (caso *Alfredo Sánchez Miranda y otros*).

3.6. La vinculación temática del órgano jurisdiccional a la imputación formulada por el Ministerio Público

La imputación define y fija el objeto del proceso penal. En el proceso inquisitivo la acusación solo condicionaba —apenas— la investigación judicial. El juez podría abarcar cualquier nueva sospecha o a cualquier nuevo autor, independientemente de los términos de la imputación. 51

El objeto del proceso está dado por un acontecimiento histórico sometido a conocimiento de la judicatura a través de la denuncia y/o la acusación²³⁷. El efecto más importante de la promoción de la acción penal es la *vinculación temática de los hechos* por el juez o el tribunal²³⁸. El órgano judicial no puede ocuparse de asuntos que no han sido objeto de la imputación²³⁹ y no puede tener en cuenta un modo de ser del hecho que no sea el enunciado en la imputación²⁴⁰.

El juez solo puede desplegar la comprobación objetiva y su valoración judicial en aquel suceso respecto al hecho y al autor que se fija en la imputación²⁴¹. El proceso y el juez está sometido al contenido histórico de la imputación²⁴². El objeto del proceso es el objeto de la acusación en la medida que esta fija los poderes de conocimiento del tribunal y el ámbito de su decisión judicial²⁴³. Únicamente lo que queda reflejado en la acusación y el objeto del proceso son objeto de control y de decisión judicial²⁴⁴. El juez solo puede decidir dentro de los límites impuestos por la acusación funda-

237 Vid. BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 57; y FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 102.

238 Vid. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 196; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 102; y ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 26.

239 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 57.

240 CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, ob. cit., p. 131.

241 SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 197.

242 CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, ob. cit., p. 131.

243 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 102.

244 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 57.

mentada y deducida por un órgano diferenciado²⁴⁵. Si el examen excede el tema o al hecho fijado en la imputación, violando la regla de limitación, la decisión es nula y absolutamente inocua²⁴⁶.

Con ello se busca proteger al acusado frente a la extensión arbitraria de las facultades del juez y de las eventuales dilaciones procesales que se generen por esta causa. No se trata aquí de evitar la parcialidad del juez, sino de proteger al imputado de las violaciones al debido proceso²⁴⁷.

La vinculación temática de los hechos propio del principio acusatorio ha sido reconocida expresamente en cuanto a su alcance y sentido final por la Corte Suprema de Justicia, que señala:

Primero: Que, conforme al principio acusatorio que informa todo proceso penal moderno, corresponde al Ministerio Público —tal como lo define el artículo ciento cincuenta y nueve de la constitución y, en particular, el artículo doscientos veinticinco del código de procedimientos penales, modificado por la ley número veinticuatro mil trescientos ochenta y ocho— definir el ámbito temático de la sentencia penal, a cuyo efecto debe describir la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, así como citar las normas jurídico penales correspondientes, requisito último que es determinante para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en lo específico, para la vigencia del principio de contradicción²⁴⁸.

El Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria sostiene²⁴⁹:

245 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 98.

246 SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 150 y 198.

247 BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 57.

248 SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1062-2004*, Lima: 22 de diciembre del 2004.

249 En el f. j. n.° 10 del Exp. N.° 00202-2018-1-5001-JS-PE-01, de 15 de marzo del 2019, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria señaló que “la función general del juez en esta etapa es, fundamentalmente, de control judicial y de garantía. No solo dicta o resuelve sobre medidas limitativas de derechos, sino esencialmente realiza una actividad valorativa, pondera las grandes decisiones que son necesarias en la investigación, en especial las vinculadas al ejercicio de la acción penal (imputación y criterios de oportunidad) y la introducción de las respectivas pretensiones penal y civil (sobreseimiento y enjuiciamiento), valorándolas mediante la toma de sus propias resoluciones. Los juicios

Si los actos de instrucción o averiguación están destinados a la preparación del juicio oral, y son determinantes para decidir el enjuiciamiento o el sobreseimiento de la causa, de suerte que sirvan al Ministerio Público y a la defensa para introducir y sostener la pretensión acusadora o la resistencia, como no constituyen actos de prueba —que requieren del concurso de un juez bajo el principio de inmediación y su actuación contradictoria—, y, por ende, son ajenos a la potestad de instrumentación, y están en función a las partes, quienes delimitan el objeto del proceso y el ámbito temático de la decisión jurisdiccional, no tiene por qué ser realizados por el juez. El juez debe ser ajeno a la incorporación o introducción al proceso de los actos de aportación de hechos —tanto los instructorios como los de prueba—, pues su actividad de juzgar; a él, como consecuencia de las exigencias del sistema acusatorio, no le incumbe aportarlos, sino a las partes. Investigar, por lo tanto, no es una función inherente a la potestad jurisdiccional. En definitiva, el modelo procesal penal vigente, atribuyó al Ministerio Público la dirección o conducción de la investigación y asignó al juez un rol de control de la legalidad de sus actuaciones y de salvaguardar los derechos fundamentales²⁵⁰.

El principio acusatorio exige que el hecho acusado y aquel por el que se produce la condena se conserven idénticos. Ello requiere: **52**

- (i) No alterar ni modificar sustancialmente el hecho;
- (ii) en caso se varíe la calificación jurídica es indispensable que se respete el derecho de defensa y que se castigue por un delito homogéneo al acusado²⁵¹.

La vinculación del juez en el proceso penal no se sujeta de manera ineludible —como ocurre en el proceso civil— a las concretas pretensiones de las partes; de otro modo la correlación entre la acusación y la sentencia

que realiza el juez en la investigación y en la fase intermedia están exentos de un análisis de oportunidad y eficacia de la medida o decisión requerida, solo atiende al cuadro legal y a la proporcionalidad de la resolución que se le solicita, es, pues, un juez de los actos más que un juez del procedimiento”.

250 JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, *Expediente N.º 00202-2018-1-5001-JS-PE-01*, Lima: 15 de marzo del 2019, f. j. n.º 9.

251 ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 12.

en el proceso penal se asemejaría a la congruencia civil, privatizándose al proceso punitivo²⁵².

Si se llegara a aceptar la vinculación estricta e irremediable del juez a las pretensiones de las partes no se podría absolver al acusado frente a la pretensión de una pena benigna solicitada por la defensa; o no se podría reducir la pena no solicitada por la defensa del imputado. Con razón, se habla de una relativa vinculación del tribunal a las pretensiones de las partes²⁵³.

Por otro lado, la vinculación temática del juez a los hechos se encuentra sometido a exigencias y a valoraciones político-criminales que acoge el legislador en la configuración de ciertos tipos de procedimiento o, en general, del proceso penal para cierta clase de delitos (v. gr. aplicación del principio de oportunidad, terminación anticipada, etc.). Con ello, el legislador pretende lograr determinados objetivos dentro de la estrategia de una política de lucha contra el delito, lo que se encuentra condicionado por parámetros de orden social, cultural, económico o de otro orden²⁵⁴.

3.7. El Ministerio Público y el ejercicio de la acción penal: el poder de imputar

53

En un sistema procesal el ejercicio de la acción penal corresponde a la formulación de la imputación, a través de la cual el Ministerio Público, en los delitos perseguibles de oficio, atribuye la comisión del delito a una persona, debidamente individualizada²⁵⁵. La investigación del delito y el ejercicio de la acción penal son las principales funciones del Ministerio Público²⁵⁶. Una de las competencias constitucionales más importantes que se le asigna a la Fiscalía es el ejercicio de la acción penal (art. 159.5) y la promoción del proceso penal²⁵⁷.

252 *Ibid.*, p. 27.

253 *Loc. cit.*

254 Cfr. *Ibid.*, p. 28.

255 LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 106; y MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 98.

256 *Vid.* SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 115; y MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 260.

257 Véase D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 23.

El proceso es el instrumento a través del cual se actúa y manifiesta la jurisdicción. El proceso penal está compuesto por una serie de actos que dan origen a la imputación y que concluye con una sentencia en la que se absuelve o condena a una persona. La imputación y la sentencia son los extremos del proceso, entre los cuales se coloca la secuencia de actos organizados de acuerdo a una determinada forma y que cumplen una determinada finalidad, según el modelo de proceso²⁵⁸.

El proceso penal se inicia con la formulación de la imputación y el ejercicio de la acción penal que implica la formulación de una concreta y detallada imputación. Dicho ejercicio representa el pasaje de la etapa de las diligencias preliminares a una etapa netamente procesal o jurisdiccional que representa la instauración del proceso penal.

La pretensión procesal es la manifestación de voluntad mediante la cual se solicita a un órgano jurisdiccional la actuación en contra de una persona determinada y debidamente individualizada. Al promoverse el proceso penal, la pretensión procesal no está perfectamente delimitada, ya que la misma es una pretensión progresiva y que evoluciona, la que resulta ser preparatoria, de indagación y cautelar durante la etapa de investigación y definitiva, al requerirse el juicio oral, a través de la acusación. Al inicio del proceso penal corresponde al Ministerio Público ejercitar de manera simultánea la acción procesal y la pretensión procesal. El denunciante solo deduce una acción, pero no la pretensión procesal²⁵⁹.

La imputación constitucionalmente válida contiene un *elemento objetivo*, que consiste en detallar y describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y un *elemento subjetivo*, que supone identificar e individualizar al posible autor o partícipe en el hecho delictivo²⁶⁰. Asimismo, la imputación requiere que se realice la calificación jurídica del concreto delito que se atribuye y la indicación, en caso de concurrir, de los elementos accidentales del hecho punible (circunstancias agravantes o atenuantes).

54

258 Cfr. FERRUA, Paolo y Barbara LAVARINI, *Diritto processuale penale*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 11.

259 Por todos, D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 26.

260 Vid. MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 98; y FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 11.

La imputación se entiende en sentido material o amplio como “la atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia”²⁶¹. Los hechos materia de atribución exigen la descripción de un suceso empírico vinculado a una conducta humana en la que se deben precisar los elementos relevantes²⁶². La imputación es la expresión de síntesis que sirve para fijar de manera provisional la hipótesis (del hecho) penalmente relevante en una determinada etapa o fase del procedimiento²⁶³. Se trata de fijar una hipótesis de trabajo sobre un hecho concreto y verosímil que determina el objeto de la investigación y/o del proceso penal²⁶⁴.

La imputación, desde la perspectiva jurídico-penal, es una *afirmación* o un *juicio provisional* por la que se atribuye a una persona la comisión de un hecho punible (delito o falta)²⁶⁵. La imputación, en sentido estricto, implica una afirmación de un hecho penalmente relevante, que constituye un juicio provisional de realización de una cierta acción subsumible en un tipo de delito y la atribución de la intervención a una persona como autor o partícipe²⁶⁶, que deberá ser objeto de rigurosa comprobación a nivel de la investigación preliminar y el proceso²⁶⁷.

261 MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 211. En sentido semejante, ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 185.

262 ANDRÉS IBÁÑEZ, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, art. cit., p. 176.

263 PAPAGNO, *L’interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, ob. cit., p. 172.

264 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, art. cit., p. 176. Este autor considera que la imputación “será, pues, una hipótesis de trabajo, probablemente elemental si los datos no dan para más, pero sin la cual la realidad observada sería muda para él. La particularidad es que, tratándose del proceso penal, la hipótesis, si sugiere la intervención de un sujeto en el hecho, es ya una imputación de delito, lo que hace que junto a las implicaciones epistémicas (de obtención de conocimiento) plantee otras de naturaleza jurídico-constitucional y procesal, puesto que el objeto de la investigación es un sujeto con derechos, cuya inocencia se presume. Estas últimas se presentan como un límite o regla de uso de las primeras”. *Idem.*, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n.º 6, México D. F.: 2005, p. 18.

265 Destaca la imputación como un juicio, CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducido por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1961, p. 138.

266 ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 14.

267 CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, ob. cit., p. 138.

La imputación es un acto básicamente *institucional*²⁶⁸, que adquiere la forma de un acto de procedimiento, ya sea del Ministerio Público, la Policía o del Poder Judicial²⁶⁹. Si bien puede haber imputaciones informales o de terceros, sin necesidad de la incoación en un procedimiento formal, el acto de imputación es un acto formal que procede de algún órgano estatal, investido de competencia funcional y autoridad para investigar la infracción (v. gr.: órgano administrativo) o el hecho punible (v. gr.: Policía, Ministerio Público, juez penal). La legislación peruana establece que la condición de imputado se produce de manera obligatoria con la continuación y formalización de la investigación preparatoria (art. 336), aunque nada obsta para que, de ser el caso, exista imputación desde las diligencias preliminares (art. 71.4).

El acto institucional del Estado que genera la imputación produce de manera inmediata el estado jurídico que se conoce con el nombre de imputado o investigado. El requisito para ser imputado, más allá de la capacidad procesal entre otros factores, es que haya una imputación. Sin imputación no puede haber imputado²⁷⁰. No basta, por ejemplo, que una persona interponga una denuncia, que haya una comunicación formal a la autoridad estatal o que llegado el caso la misma persona presente una autodenuncia²⁷¹. Se requiere una intervención de una autoridad estatal, investida de competencia, que admita la denuncia y abra una investigación.

268 “Imputar, en sentido técnico, es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor de una acción delictiva, poniendo, en principio, esta a su cargo. Se trata de un tipo de intervención que, obviamente, no puede ser arbitraria, ni responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que ha de contar necesariamente con un soporte de datos o indicios, dotados de la objetividad precisa para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal. Pues toda imputación está preordenada a la apertura de un trámite de esta clase”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., pp. 13 y 14.

269 *Vid.* LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1963, p. 444; y CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, ob. cit., p. 136. ANDRÉS IBÁÑEZ considera que “son sujetos habilitados para imputar el policía, el fiscal y el juez instructor. Los únicos que, en principio, gozan de capacidad legal para constituir un cierto *status*, que conlleva una variación relevante en la situación precedente del concernido”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 14.

270 “La imputación, ciertamente, es un acto. Sin ese acto no puede haber aquel estado que se indica con la palabra imputado, como no puede haber un condenado sin condena”. CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, ob. cit., p. 136.

271 LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 445.

56

La imputación para que pueda ser constitucionalmente válida debe cumplir ciertos estándares convencionales y legales mínimos como el ser detallada, apoyarse en evidencia y contar con una calificación jurídica concreta. La imputación no puede ser arbitraria, esto es, no debe ser genérica, amplia o carente de individualización; no debe responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que debe contar con elementos, datos o indicios objetivos razonables, que puedan ser comunicables a terceros y susceptibles de contrastación²⁷².

La imputación tiene que ser *verosímil, razonable y objetiva*, es decir, debe conformar una hipótesis plausible, según el orden normal de las cosas, que permita que el sujeto pasivo se pueda defender. No solo debe describir de manera suficiente los hechos objeto de indagación, sino que debe basarse en datos e información contrastable. No se cumple con la exigencia de una imputación detallada si lo que se consigna por un determinado hecho es un relato ambiguo, impreciso en la que no se indica las circunstancias de tiempo, modo y lugar²⁷³.

El derecho a una imputación detallada es la traducción en el ámbito procesal del principio del hecho propio y el principio de la materialidad de la acción, que es propio de un derecho penal y un programa fundado en la Constitución y los tratados internacionales, que condiciona la legitimidad del *ius puniendi* y determina la validez de la investigación y el proceso penal.

Una imputación que no se encuentra detallada, que no es específica o que no individualiza un hecho, desde el punto de vista constitucional, genera una situación de indefensión material y desde el plano epistemológico carece de aptitud para ser objeto de prueba²⁷⁴.

272 ANDRÉS IBÁÑEZ indica “que la imputación no puede ser arbitraria quiere decir, como explica CORDERO, que ha de suscitar reflexivamente un tema de decisión sobre el que alguien tendrá que pronunciarse. Este versará sobre un hecho que debe ser descrito, ya desde el inicio, con un mínimo de plasticidad y precisión”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., pp. 13 y 14.

273 ANDRÉS IBÁÑEZ, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, art. cit., p. 176.

274 “En un caso, el de la imprecisión, porque no se sabría qué es lo que tendría que discutirse, en el otro, porque los juicios valorativos no pueden ser objeto de verdadera comprobación”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, art. cit., p. 177.

En el derecho comparado, el control de la imputación debe recaer en:

- i) si el hecho imputado (hipótesis de la imputación) se encuentra individualizado y debidamente descrito;
- ii) si existen elementos objetivos que lo sustenten mínimamente;
- iii) si la conclusión (imputación) se deriva de las premisas externas (pruebas o hechos) y entre ellos hay una conexión lógica necesaria²⁷⁵.

4. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA NACIONAL

Junto a los poderes de instrucción, diseño estratégico y dirección, el Ministerio Público cuenta también con competencias para coordinar diversas actividades y estrategias con la Policía Nacional²⁷⁶ y otras instituciones en orden a esclarecer los eventos delictivos y actuar dentro del marco de sus facultades. Con esta finalidad, conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional (art. IV.2 del título preliminar del CPP).

La conducción de la investigación no debe entenderse como mera orientación, consejo o fijación de pautas a la Policía, sino como un *control real y efectivo* de la misma, pues tiene sobre ella un poder de dirección en la investigación²⁷⁷. "Conducir", término empleado por la Ley Fundamental,

275 D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 147.

276 Artículo 333. Coordinación interinstitucional de la Policía Nacional con el Ministerio Público: "Sin perjuicio de la organización policial establecida por la ley y de lo dispuesto en el artículo 69, la Policía Nacional instituirá un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación de dicha institución con el Ministerio Público, de establecer los mecanismos de comunicación con los órganos de gobierno del Ministerio Público y con las fiscalías, de centralizar la información sobre la criminalidad violenta y organizada, de aportar su experiencia en la elaboración de los programas y acciones para la adecuada persecución del delito, y de desarrollar programas de protección y seguridad".

277 Vid. BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 52; MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 282; CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 669; ORÉ GUARDIA, "El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano", art. cit., p. 169; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 208.

supone dirigir, guiar o controlar las tareas de investigación, lo que se puede hacer de manera directa, por el mismo despacho fiscal, o a través de la Policía Nacional²⁷⁸. Pese a que se admite que en determinada clase de delitos (v. gr. delitos de hurto y robo) la Policía ejerce un poder de dirección *de facto* en la investigación²⁷⁹, la efectividad y plena vigencia de las disposiciones constitucionales y del CPP obliga a que debe ser la Fiscalía la que asuma la dirección jurídica y material de la investigación, sin excepción alguna²⁸⁰.

Hay aquí un fenómeno disociativo entre la legislación y la realidad. Mientras la regulación de muchos países prescribe que el poder de dirección y control de la investigación está en manos del Ministerio Público, en los hechos y en la práctica, salvo determinados casos muy contados, la investigación la realiza en su integridad la Policía²⁸¹.

58

El Ministerio Público puede conducir de manera directa la investigación o a través de la Policía Nacional²⁸². El CPP establece que el fiscal, “en cuanto tenga noticia del delito, realizará —si correspondiere— las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional” (art. 65.2); y “puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación” (art. 330.1). El ejercicio de la función constitucional, por parte del Ministerio Público, que consiste en dirigir y conducir la investigación del delito, no implica que todos los actos de investigación los debe realizar directamente, sin concurso policial. Por razones de eficiencia, eficacia y distribución adecuada del tra-

278 Vid. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 93; VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 71; SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 95; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 259; CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 208.

279 Véase GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 40; ROXIN, “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, art. cit., p. 35; y SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 95.

280 MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 283.

281 ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 135.

282 Vid. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 93; CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 669; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 208.

bajo puede delegar la realización de los actos de investigación a la entidad policial correspondiente²⁸³.

En efecto, los actos de investigación los puede realizar la propia Fiscalía o el Ministerio Público; asimismo, puede “encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte” (art. 322.1). Las diligencias que se delegan a la Policía no deben requerir autorización judicial (v. gr. medida de intervención telefónica, allanamiento, etc.) ni deben tener contenido jurisdiccional.

Las diligencias y actos de investigación que se delega en la Policía no pueden estar librados al azar o al criterio discrecional del personal policial. El fiscal debe determinar el sentido, el alcance y el objeto de los actos de investigación que la policía deberá realizar (precisión de objeto); asimismo, debe establecer las formalidades específicas con las que se han de contar para la realización de los actos de investigación y las diligencias a fin de asegurar su legalidad y constitucionalidad (garantizar validez). Al respecto, el CPP establece que “cuando el fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez” (art. 65.3).

La Constitución prescribe que “la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función” (art. 159.4), y el CPP regula que “la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función” (art. 60.2). Aquí se deben realizar dos precisiones. Por un lado, no se trata de una simple recomendación, consejo o pauta de trabajo, sino de una prescripción constitucional ineludible, que debe ser respetada en toda clase de investigación que realiza el Ministerio Público, en cualquiera de sus instancias u órganos especializados. Por otro lado, la obligación de la Policía de cumplir con los mandatos e instrucciones del Ministerio Público se deben fijar y concentrar únicamente y exclusivamente dentro del ámbito funcional de la investigación del delito y en ningún otro contexto (v. gr. administrativo, disciplinario, etc.).

59

283 Vid. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 93; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 208.

La opción constitucional y legal promovida en el derecho peruano de reconocer al Ministerio Público un poder de dirección y control de la investigación del delito se distancia de algunos modelos del derecho comparado que solo conceden la facultad de “examinar las investigaciones” que practica un funcionario del Poder Ejecutivo, limitándose a adoptar una decisión sobre la promoción de la acción penal o el archivo del caso²⁸⁴.

Si bien institucionalmente la Policía no tiene subordinación al Ministerio Público, sí debe cumplir con las instrucciones en el ámbito de sus funciones y competencias constitucionales en la investigación del delito²⁸⁵. La Policía tiene una doble dependencia: por un lado, pertenece a la estructura orgánica del Poder Ejecutivo y, por otro lado, en la tarea de investigación del delito posee una dependencia funcional con el Ministerio Público²⁸⁶. En la doctrina comparada se alude a una “bicefalia” de la Policía²⁸⁷, dado que, por una parte, debe obediencia al Ministerio Público en la investigación del delito; y por otra parte, debe también obediencia a su propia dirección como institución que depende del Poder Ejecutivo y, concretamente, del Ministerio del Interior. La Policía solo tiene una dependencia funcional del Ministerio Público con relación a la investigación del delito, pero a la vez permanece intacta su dependencia orgánica, administrativa y disciplinaria del Poder Ejecutivo, en concreto, del Ministerio del Interior²⁸⁸. La doble dependencia de la Policía, muchas veces, genera una suerte de guerra sorda entre el Ministerio Público y el Ministerio del Interior, del que depende la Policía Nacional en sus diversas unidades y órganos.

Por otro lado, el poder de dirección de la investigación por parte del Ministerio Público no quiere decir que cuente con competencias para in-

284 Véase GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 54; y HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 284.

285 CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 669. De otra opinión, SÁNCHEZ VELARDE, *Comentarios al Código Procesal Penal*, ob. cit., p. 115.

286 Vid. MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 108; y SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 98.

287 Por todos, MIRANDA RODRIGUES y CALAZA LÓPEZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, art. cit., p. 220.

288 MIRANDA RODRIGUES, “La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués”, art. cit., p. 239; y CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 669.

tervenir en la distribución de carga, en el trabajo especializado de la Policía o que pueda participar en su organización interna²⁸⁹. La Policía preserva su dependencia jerárquica y funcional, según la Constitución y la ley de la materia.

El poder del Ministerio Público, de brindar instrucciones a la Policía Nacional, no se extiende a otros ámbitos de la administración pública ni compromete la actividad de otros funcionarios públicos. Aquí, se debe distinguir entre la facultad y competencia constitucional de la Fiscalía de brindar instrucciones a la Policía y la facultad de coordinar con otras dependencias públicas (art. 322.2) para realizar diligencias, recabar información y ejecutar determinados actos de investigación.

La obligación constitucional y legal de perseguir el delito no es otra cosa que buscar y reunir con objetividad e imparcialidad los elementos necesarios y los medios de investigación que ayuden a descubrir su comisión, sus circunstancias e intervinientes²⁹⁰. Técnicamente —y en referencia al Ministerio Público— perseguir el delito es equivalente a *investigar* su comisión. **60**

El principio de la necesidad de una investigación integral significa el reconocimiento de las facultades del fiscal para investigar de forma preliminar y en todo ámbito acerca de la posible producción de los hechos, sus antecedentes y consecuencias, sin más limitaciones que no sean las expresamente contempladas en la ley²⁹¹.

El Ministerio Público puede realizar determinados actos de investigación como, por ejemplo²⁹²:

- La declaración del imputado
- La diligencia de reconocimiento

289 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., pp. 260 y 261.

290 Vid. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 264; y BRAMONT ARIAS, *El Ministerio Público*, ob. cit., p. 117.

291 CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: Ediar, 1960, pp. 481 y 483.

292 Vid. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 50; DOIG DÍAZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, art. cit., pp. 196 y 197; y SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 262.

- Los actos periciales
- El requerimiento de documentos e informes
- La inspección judicial o reconstrucción
- La videovigilancia
- Las pesquisas
- El exhibición y entrega de documentos no privados
- Aseguramiento de documentos privados
- Clausura, vigilancia de locales o inmovilización de bienes por urgencia o por peligro en la demora
- El registro de personas
- La intervención corporal
- La circulación y entrega vigilada
- Las actividades autorizadas del agente encubierto.

61

La Recomendación (2000)19, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, señaló:

En los países en que la policía se encuentra bajo la autoridad del Ministerio Fiscal o cuando las investigaciones policiales son dirigidas o vigiladas por este, el Estado tomará cuantas medidas sean oportunas para que el Ministerio Fiscal pueda:

- a) dar instrucciones útiles a los servicios de policía para una aplicación efectiva de las prioridades de política penal, cuando se trata en particular de la elucidación de los asuntos, de la búsqueda de pruebas, de los medios personales a utilizar, de la duración de las investigaciones, de la información del Ministerio Fiscal, etc.;
- b) en caso de pluralidad de servicios, atribuir cada concreta investigación al servicio de policía que considere adecuado;
- c) proceder a las evaluaciones y controles necesarios respecto al cumplimiento de sus instrucciones y de la ley;
- d) sancionar o hacer sancionar, en su caso, las eventuales violaciones.

Los Estados en que la Policía es independiente del Ministerio Fiscal tomarán cuantas medidas sean necesarias para que el Ministerio Fiscal y la Policía colaboren de manera apropiada y eficaz.

5. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA COORDINACIÓN CON OTRAS ENTIDADES ESTATALES Y PRIVADAS

Una de las principales tareas del Ministerio Público es coordinar con otras entidades estatales para el cumplimiento adecuado de sus funciones y su desempeño eficiente²⁹³. 62

El hecho de que el Ministerio Público coordine con otras instituciones estatales no significa que se las controle, que tenga poder de dirección sobre ellas o que haya un poder de subordinación o de sometimiento²⁹⁴. Solo significa actuación coordinada y complementaria con otros órganos y dependencias del Estado para alcanzar determinados objetivos en un plano horizontal.

Si bien la principal tarea de coordinación y de dirección que realiza el Ministerio Público es con la Policía (art. 333), dicha actividad comprende a otras entidades estatales y privadas.

Ni la Constitución ni la ley establecen de manera unívoca un modelo de coordinación. No regulan ni se decantan por un modelo centralizado ni por un modelo fragmentado de coordinación²⁹⁵.

Las tareas de coordinación y de apoyo mutuo por parte de la Fiscalía con otras entidades (públicas o privadas) se da en tres niveles: i) con otras entidades del Estado; ii) con personas naturales o entidades privadas; y iii) con los sujetos procesales. 63

En primer lugar, hay un nivel de coordinación con otras entidades estatales. Por ejemplo, para la práctica de los actos de investigación, la Fiscalía puede requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos,

293 D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 143.

294 BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 474.

295 A favor de un modelo centralizado, encontramos a BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 474.

quienes lo harán en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la Ley (arts. 322.2 y 337.3.b del CPP). En dicha labor, el CPP permite el emplazamiento conforme a las circunstancias del caso (art. 337.3.b). De igual forma, los demás organismos técnicos del Estado —distintos a la Policía Nacional— están obligados a prestar apoyo al fiscal. Las universidades, institutos superiores y entidades privadas, de ser el caso y sin perjuicio de la celebración de los convenios correspondientes, están facultados para proporcionar los informes y los estudios que requiere el Ministerio Público. La Contraloría General de la República, conforme a sus atribuciones y competencia, a solicitud del titular del Ministerio Público, podrá prestar el apoyo correspondiente, en el marco de la normativa de control (art. 321.2).

En relación con las labores de coordinación con la Contraloría General de la República, “los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funciones tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal "b" del inciso 2 del artículo 326 del presente Código o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción” (art. 201-A)

En segundo lugar, el Ministerio Público puede exigir informaciones de cualquier particular (persona natural o jurídica), emplazándolo conforme a las circunstancias del caso (art. 337.3.b). No solo se puede requerir información de entidades estatales o de funcionarios públicos, sino también a cualquier persona privada (natural o jurídica). Pueda pedir que se le muestre o exhiba documentos, papeles, cosas, bienes, etc.

El fiscal, durante la etapa de investigación preparatoria, puede solicitar directamente al tenedor de un documento su presentación, exhibición voluntaria y, en caso de negativa, solicitar al juez la orden de incautación correspondiente (art. 184.2). Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados se negare a hacerlo o cuando la ley así lo prescribiera, el fiscal solicitará que

el juez de la investigación preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias (art. 218.1).

Cualquier representante del Ministerio Público, durante la investigación preparatoria, puede requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. El incumplimiento de ese requerimiento, el retardo en su producción, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos serán corregidos con multa, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente y de la diligencia de inspección o revisión y de incautación, si fuera el caso (art. 188).

En tercer lugar, el Ministerio Público puede coordinar con los sujetos procesales la realización de las diligencias o actos de investigación. Así, por ejemplo, previa citación, el fiscal puede permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deba realizar, salvo las excepciones previstas por la ley. Esta participación está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación o a que no impida una pronta y regular actuación (art. 338.1). El fiscal vela porque la concurrencia de las personas autorizadas no interfiera en el normal desarrollo del acto e impartirá instrucciones obligatorias a los asistentes para conducir adecuadamente la diligencia. Está facultado a excluirlos en cualquier momento si vulneran el orden y la disciplina (art. 338.2).

El fiscal a cargo de una investigación puede contar con la asesoría de expertos de entidades públicas o privadas para el esclarecimiento e investigación de casos específicos.

64

Al respecto, el CPP prescribe que el fiscal, mediante una disposición, y con arreglo a las directivas emanadas de la Fiscalía de la Nación, podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, se mantiene tal cual el mismo que actuará bajo su dirección (art. 321.3).

SEGUNDA PARTE

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

1. LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA COMO MODELO DE INVESTIGACIÓN RACIONAL Y QUE GUÍA LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

La investigación proviene de la palabra latina *investigatione* (*in* + *vestigios* - *actio*) que significa la acción que se dirige sobre un rastro o vestigio con el fin de adquirir conocimiento sobre algo. Investigar es el intento de averiguar la verdad de alguna(s) cuestión(es) e implica estar intrigado sobre una pregunta que conduce a formular una hipótesis que, según la prueba disponible y que se recoja, se puede confirmar, modificar o abandonar²⁹⁶.

La investigación del delito es un proceso, dirigido y sistemático, que se orienta a adquirir conocimiento sobre un determinado hecho histórico con relevancia jurídico-penal que como conducta —acción u omisión—, específica e individualizada, se realiza en un cierto tiempo y espacio. La investigación criminal supone la procura de indicios y de vestigios que indiquen o expliquen los hechos para comprender cómo, cuándo, dónde, por qué y por quién fue cometido²⁹⁷.

Dicha investigación busca descubrir, recoger, conservar, examinar e interpretar las pruebas reales; así como localizar, citar y obtener información de las pruebas personales que conducen al esclarecimiento de los hechos. No se trata de una investigación libre, sino de una actividad que se rige por principios constitucionales y por reglas legales que delimitan la adquisición de conocimiento sobre los hechos siguiendo determinadas formas.

296 Al respecto, HAACK señala: “Una investigación se realiza mejor cuanto más perspicaces, innovadoras o informadas sean las conjeturas, cuánto más riguroso sea el razonamiento, cuanto más minuciosa sea la búsqueda de las pruebas y más escrupulosamente honesta y sensata sea la valoración de las pruebas. Estrictamente hablando, de hecho, si lo que se está tratando es encontrar pruebas que sustentan una conclusión que ya se tiene, en lugar de ir hacia dónde las pruebas indican, no se está realmente investigando”. HAACK, Susan, “Epistemología juridificada: o la verdad, la justicia y la forma estadounidense”, en HAACK, Susan, *Filosofía del derecho y de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2020, pp. 137 y 138.

297 Vid. GUEDES VALENTE, Manuel, *Processo penal*, t. I, Lisboa: Almedina, 2010, p. 34.

La investigación que realiza el Ministerio Público, como cualquier investigación social o científica, no es una actividad en solitario, exclusiva y excluyente de cualquier otra participación o que no requiere de la intervención de terceros. Por el contrario, se trata de un trabajo en equipo, interdependiente²⁹⁸ y de una actividad que requiere de la participación de otras personas naturales o jurídicas e instituciones sociales o estatales. Se trata de una empresa en cuyos logros de los objetivos intervienen otros funcionarios y agencias estatales de la más diversa índole (v. gr. departamento de criminalística, laboratorios técnicos).

56

La finalidad de la investigación es descubrir la verdad, pero no cualquier de verdad (v. gr., verdades triviales), sino la verdad significativa, relevante o esencial para el ordenamiento jurídico²⁹⁹.

Toda investigación es provocada por una duda o al menos por una interrogación ante un problema, lo cual implica reconocer, primero, la sensación de que no sabemos algo, segundo un deseo de saberlo y tercero, un esfuerzo —que implica la disposición a trabajar— para ver cómo puede ser realmente la verdad sobre determinados hechos³⁰⁰.

Todo conocimiento, o aserción garantizada, depende de la investigación y de que la investigación se encuentre conectada a lo que es cuestionable y cuestionado. Se rechaza todo enunciado intrínsecamente dogmático, entendiéndose por dogmático a cualquier enunciado del que se afirme que posee una verdad autoevidente, aceptando más bien, en su lugar, la probabilidad y los grados de probabilidad³⁰¹.

298 Sobre la ciencia como trabajo en equipo, véase HAACK, Susan, “Esperando una respuesta: el desordenado proceso de buscar la verdad”, en HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, traducción por Edison Otero Bello, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2008, p. 25.

299 Cfr. HAACK, Susan, “¿La ciencia como fenómeno social? Sí y no”, en HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2008, p. 181.

300 PEIRCE, Charles Sanders, “La primera regla de la lógica”, en PEIRCE, Charles Sanders, *Obra filosófica reunida*, t. II, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económico, 2012, p. 99.

301 DEWEY, John, “Proposiciones, asertabilidad garantizada y verdad”, en DEWEY, John, *La miseria de la epistemología*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 137.

En la investigación científica la aceptación de una hipótesis sobre la base de una serie de datos e informaciones no la hace deductivamente concluyente, sino que le facilitan un apoyo inductivo, más o menos fuerte, que en buena cuenta está dotado de un menor o mayor grado de confirmación³⁰². La verdad nunca se obtiene de manera cerrada y definitiva, sino solo de manera aproximada. No es posible obtener certezas y una seguridad absoluta acerca de los resultados. Solo es posible hablar de probabilidad o, en el mejor de los casos, de alta probabilidad.

Pese a que no existe un criterio y un método único para buscar y encontrar la verdad se reconoce que la verdad representa un principio regulador o una idea regulativa de todos los esfuerzos de la investigación y de toda actividad científica. Como señala POPPER:

[L]a situación de la verdad en el sentido objetivo, como correspondencia con los hechos, y su papel como principio regulador pueden ser comparados con un pico montañoso que está permanentemente, o casi permanentemente, envuelto en las nubes. El alpinista no solamente puede tener dificultades para llegar a él, sino no saber cuándo no llega a él, porque puede no ser capaz de distinguir, en medio de las nubes, la cumbre principal de un pico secundario. Pero esto no altera el hecho de la existencia objetiva de la cumbre, y si el alpinista nos dice: "Tengo algunas dudas acerca de si llegué realmente a la cumbre", entonces reconoce, por implicación, la existencia objetiva de la cumbre. La idea misma de error o la de duda (en su normal sentido directo) implican la idea de una verdad objetiva que podemos no alcanzar³⁰³.

La investigación científica (natural, social, política, jurídica, etc.) tiene como característica la división del trabajo en la que determinados miembros de una comunidad, o subcomunidades, trabajan sobre determinados problemas o asuntos de relevancia³⁰⁴. No todos hacen lo mismo, ni repiten el

302 Cfr. HEMPEL, Carl G., *Filosofía de la ciencia natural*, 3.ª reimp., Madrid: Alianza, 2003, p. 37.

303 Cfr. POPPER, Karl R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona: Paidós, 2008, p. 277.

304 Cfr. BROWN, Harold I., *La nueva filosofía de la ciencia*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos, 1998, p. 204.

trabajo de los demás³⁰⁵. La principal ventaja de la división del trabajo es la especialización, el acceso a los avances y conclusiones de los demás investigadores, el control recíproco y el poder alcanzar conclusiones fiables que se pueden compartir, dialogar, criticar, reelaborar y efectuar ajustes.

La mejor voluntad y predisposición de investigar y buscar la verdad no siempre supone que la empresa tenga éxito y logre alcanzar la meta deseada, debido a que el intelecto humano, el conocimiento, la evidencia que se utiliza es finita y falible. Las capacidades humanas y el conocimiento en la investigación no son absolutas, completas ni ilimitadas; por el contrario, hay una serie de condicionamientos estructurales, insuficiencias del propio hombre, de los instrumentos y de las técnicas que maneja³⁰⁶. El sistema y aparato conceptual que se utiliza es marcadamente imperfecto y limitado, el conocimiento y los juicios que se emiten sobre las cosas son falibles y se encuentra determinado por creencias previas, prejuicios e ideas de todo tipo³⁰⁷.

69

El método científico es el conjunto de procedimientos y técnicas que permiten emprender una actividad o investigación —científica— de manera confiable en búsqueda de la verdad. De modo general, se apunta que el método es el procedimiento regular y específico que sirve para hacer algo y supone una secuencia ordenada de actos y operaciones tendientes a un objetivo³⁰⁸.

305 Al respecto, HAACK señala: “Algunos investigadores están mejor habilitados por el gusto y el temperamento para especulación teórica profunda o amplia, otros para la observación precisa y paciente, otros para crear instrumentación compleja, otros para elaborar evaluación estadística, etcétera”. HAACK, “¿La ciencia como fenómeno social? Sí y no”, art. cit., p. 184.

306 Cfr. BROWN, *La nueva filosofía de la ciencia*, ob. cit., p. 221; y POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2.ª ed., reimp., Madrid: Tecnos, 2011, p. 328. HAACK, indica: “Incluso con la mejor voluntad del mundo, incluso cuando realmente queremos descubrir, con frecuencia fallamos. Nuestros sentidos, nuestra imaginación, nuestros intelectos, son limitados; nunca podemos ver, suponer, o razonar, lo suficiente”. HAACK, “Esperando una respuesta: el desordenado proceso de buscar la verdad”, art. cit., p. 21.

307 HAACK señala: “Nuestros juicios sobre la relevancia, el respaldo lo comprensible de la evidencia, son dependientes de nuestras creencias previas, las que son falibles”. HAACK, Susan, “Los realismos y sus rivales: nuestra inocencia recuperada”, en HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2008, p. 131.

308 BUNGE, Mario, *Diccionario de filosofía*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 2001, p. 142.

Dicho método si bien no siempre asegura que se alcance un resultado exitoso, con sus técnicas de observación, control e inferencias posibilita llegar en gran medida a conclusiones más fiables si, por ejemplo, se utiliza una bola de cristal o la lectura de las hojas de la coca o el té³⁰⁹.

Una de las características del método científico es que se trata de un conjunto de procedimientos y técnicas que se pueden escrutar en el sentido de verificar, analizar, criticar, testar o justificar. El método experimental es solo una clase de método científico que ni agota ni abarca todo su contenido³¹⁰.

Pese a que la vida moderna está fundada en la ciencia³¹¹, tanto a nivel científico como en cualquier clase de proceso dinámico, no existe un método seguro y completamente fiable para alcanzar la verdad³¹². En realidad, todo método científico y procesal es falible y no asegura una reconstrucción completa y acabada acerca de cómo ocurrieron de los hechos ni que en todo momento y circunstancia se alcance la verdad³¹³.

70

309 Cfr. BOGHOSSIAN, Paul, *El miedo al conocimiento. Contra el relativismo y el constructivismo*, Madrid: Alianza, 2009, p. 19.

310 BUNGE, *Diccionario de filosofía*, ob. cit., pp. 142 y 23.

311 RUSSELL señala: “La vida moderna está fundada en la ciencia por dos conceptos: primero, porque todos dependemos de los inventos y descubrimientos científicos para nuestro pan cotidiano, nuestras comodidades y nuestras diversiones; segundo, porque algunos hábitos mentales, unidos a una visión científica, se han extendido durante los últimos tres siglos desde los hombres de genio hasta grandes sectores del pueblo”. RUSSELL, “¿Es supersticiosa la ciencia?”, en RUSSELL, Bertrand, *Ensayos escépticos*, Madrid: RBA, 2011, p. 49.

312 Cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, ob. cit., p. 36. FERRUA recuerda que no existe el “método de la verdad”. FERRUA, Paolo, “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en FERRUA, Paolo; Fabio GRIFANTINI; Giulio ILLUMINATI y Renzo ORLANDI, *La Prova nel dibattito penale*, 4.ª ed., Torino: Giappichelli, 2010, p. 320. Hay quienes, como PUTNAM, consideran que “no hay tal cosa como el método científico. El estudio de casos de teorías particulares en física, biología, etc. me han convencido que ningún paradigma puede ajustarse a todas las investigaciones que discurren bajo el nombre de ciencia”. PUTNAM, Hilary, *Las mil caras del realismo*, traducción de la ed. en inglés (1987) por Margarita Vásquez Campos y Antonio Manuel Liz Gutiérrez, Barcelona: Paidós, 1994, p. 139.

313 Al respecto, HEMPEL señala que “una contrastación con resultados favorables, por amplia que sea, no establece una hipótesis de manera concluyente, sino que se limita a proporcionarle un mayor o menor apoyo”. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, ob. cit., p. 36.

La ciencia —como también el proceso— es una empresa cognitiva imperfecta³¹⁴ que ha tenido muchos éxitos, pero también fracasos. Como señaló PEIRCE la ciencia no tiene la necesidad de cimientos firmes; se está ante un terreno pantanoso, pero esto es lo que la mantiene en movimiento³¹⁵.

No todos los problemas científicos y humanos pueden ser sometidos y resueltos a través de un determinado método científico. Se debe evitar caer en el denominado fetichismo del método³¹⁶ por el que se cree que el método científico posee poderes mágicos para encontrar la verdad como si fuera el camino seguro por el que transita la ciencia. Con razón, se afirma que el método científico es una noción sumamente vaga³¹⁷ cuya existencia e importancia no puede exagerarse.

71

Desde el punto de vista científico, ningún método científico está en condiciones de garantizar el hallazgo puro y simple de la verdad, ni de alcanzar la total certeza y menos la absoluta confianza en los resultados. Como afirma POPPER el método científico:

[N]o es un método en el sentido de que si se lo practica, se tiene éxito; o que si no se tiene éxito, no se lo ha practicado; vale decir, no es una manera definida de obtener resultados: un método en este sentido no existe³¹⁸.

Un conocimiento seguro o una teoría hoy fiable puede presentarse como falible o errada mañana³¹⁹. Basta tomar en cuenta de que en la historia

314 Por todos, véase HAACK, “¿La ciencia como fenómeno social? Sí y no”, p. 188.

315 De manera semejante: POPPER señala que “la ciencia no está cimentada sobre roca: por el contrario, podríamos decir que la atrevida estructura de sus teorías se eleva sobre terreno pantanoso, es como un edificio levantado sobre pilotes”. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, ob. cit., p. 133.

316 Cfr. PUTNAM, Hilary, *Razón, verdad e historia*, Madrid: Tecnos, 1988, p. 134; y PUTNAM, Hilary, “La importancia del conocimiento no-científico”, en *Teorema. Revista Internacional de Filosofía*, vol. 16, n.º 2, Valencia: 1997, p. 14.

317 Por todos, véase PUTNAM, *Razón, verdad e historia*, ob. cit., p. 196.

318 POPPER, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, ob. cit., p. 376, nota 2.

319 Cfr. TARSKI, Alfred, “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en NICOLÁS, Juan Antonio y María José FRÁPOLLI (eds.), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid: Tecnos, 2012, p. 92. POPPER señala: “El antiguo ideal científico de la episteme —de un conocimiento seguro y demostrable— ha mostrado ser

de la humanidad las teorías y los conocimientos tan firmes como la astronomía ptolomeica, el espacio euclidiano, la lógica aristotélica que tuvieron acogida durante siglos luego han sido abandonados o, por lo menos, se han corregido y complementado de manera significativa³²⁰. Ni siquiera la matemática o la geometría están libres de error³²¹. La visión cerrada, concluyente e ingenua de la ciencia y del conocimiento científico debe abandonarse.

El hecho de que la ciencia pueda brindar una serie de respuestas y solución a los problemas humanos no quiere decir que siempre y en todo momento lo haga o que tenga respuestas para la multitud de los problemas humanos³²². La ciencia y su método tiene un carácter cultural y social y el conocimiento científico que obtienen es altamente sofisticado³²³, pero aun así no resuelven todas preguntas ni atienden todos los problemas. Como señala Susan HAACK:

[N]o hay un modo de inferencia, ni “método científico” exclusivo de las ciencias que garantice producir resultados verdaderos, o probablemente verdaderos, o más adecuados empíricamente. No obstante, en tanto se desarrolla la actividad cognitiva humana, las ciencias naturales han sido notablemente exitosas. No porque usen un método racional único de investigación, inaccesible para otros

un ídolo. La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea *provisional para siempre*: sin duda cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales”; luego, agrega: “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien su avance se encamina hacia una finalidad infinita —y, sin embargo, alcanzable— la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales, y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas” (POPPER, *La lógica de la investigación científica*, ob. cit., p. 328). PUTNAM, por su parte, señala que “la ciencia ha cambiado de opinión de forma sorprendente acerca de la edad del universo, y puede hacerlo de nuevo”. PUTNAM, *Las mil caras del realismo*, ob. cit., p. 126.

320 Cfr. RUSSELL, Bertrand, “El pragmatismo”, en RUSSELL, Bertrand, *Ensayos filosóficos*, 8.^a reimp., Madrid: Alianza, 2012, p. 115; y JAMES, William, “Concepción de la verdad según el pragmatismo”, en NICOLÁS, Juan Antonio y María José FRÁPOLLI (eds.), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid: Tecnos, 2012, p. 545.

321 Cfr. PEIRCE, “La primera regla de la lógica”, art. cit., p. 95.

322 Cfr. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, ob. cit., p. 328. En este sentido, PUTNAM señala: “La ciencia es maravillosa a la hora de destruir respuestas metafísicas, pero es incapaz de proporcionar sustitutos”. PUTNAM, *Las mil caras del realismo*, ob. cit., p. 78.

323 Cfr. ECHEVARRÍA, Javier, *Filosofía de la ciencia*, 2.^a ed., Madrid: Akal, 1998, p. 13.

investigadores, sino en parte debido a las muchas y variadas “ayudas” que han ingeniado para superar las limitaciones humanas naturales³²⁴.

Si bien el conocimiento y la investigación son falibles queda claro que un criterio elemental de nuestra racionalidad es aprehender de nuestros errores, mejorando la metodología de trabajo, replanteando paradigmas, modelos, teorías, procesando nueva información y adaptando el aprendizaje a los nuevos conocimientos científicos³²⁵. La falibilidad del conocimiento no solo es una realidad, sino un reto que plantea mayor control y perfeccionamiento de métodos, técnicas y observaciones.

2. LA OBLIGACIÓN CONVENCIONAL DE UNA INVESTIGACIÓN SERIA Y EFECTIVA

72

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que la violación de los derechos humanos debe ser una investigación exhaustiva, lo que significa que las autoridades siempre deben hacer un intento serio por averiguar qué sucedió y no deben basarse en conclusiones apresuradas o infundadas para cerrar su investigación³²⁶.

324 HAACK, “Esperando una respuesta: el desordenado proceso de buscar la verdad”, art. cit., p. 22. Esta autora agrega: “Instrumentos de observación extienden el alcance sensorial; los modelos y las metáforas amplían los poderes de la imaginación; las técnicas de modelación matemática y estadística han posible el razonamiento complejo; el compromiso cooperativo y competitivo de muchas personas en una red de subcomunidades en y a través de generaciones, no solo permite la división del trabajo y el compartir la evidencia sino también —aunque de manera falible e imperfecta, esto es seguro— ha ayudado a que la mayoría de los científicos, la mayor parte del tiempo se mantengan razonablemente honestos”. HAACK, “Esperando una respuesta: el desordenado proceso de buscar la verdad”, art. cit., p. 22. En sentido semejante, PUTNAM, *Razón, verdad e historia*, ob. cit., p. 193.

325 Cfr. HAACK, Susan, “La integridad de la ciencia”, en HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2008, p. 238. POPPER señala: “Lo que hace al hombre de ciencia no es su posesión del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino la indagación de la verdad persistente y temerariamente crítica”. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, ob. cit., p. 328.

326 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kavaklıoğlu y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 272; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal vs. España*, Estrasburgo: 13 de febrero del 2018, párr. 88; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mocanu y otros vs. Rumanía*, Estrasburgo: 17 de septiembre del 2014, párrs. 320 y 325.

Con ello, está implícito un requisito de prontitud y razonable rapidez. Si bien puede haber obstáculos o dificultades que impidan el progreso de una investigación en una situación particular, una respuesta rápida por parte de las autoridades al investigar un uso de la fuerza letal o denuncias de malos tratos generalmente puede considerarse esencial para mantener la confianza del público en su cumplimiento de las reglas del Estado de derecho y en la prevención de cualquier apariencia de colusión o tolerancia de actos ilegales³²⁷, teniendo en cuenta que esos principios también se aplican a los actos prohibidos por el art. 3. Por las mismas razones, debe haber un elemento suficiente de escrutinio público de la investigación o de sus resultados para garantizar la rendición de cuentas tanto en la práctica como en la teoría. El grado de escrutinio público requerido puede variar de un caso a otro. En todos los casos, sin embargo, los parientes y familiares de la víctima deben participar en el procedimiento en la medida necesaria para salvaguardar sus intereses legítimos³²⁸.

Cualquiera que sea el modo que se emplee para investigar, las autoridades deben actuar de oficio. Además, para ser efectiva la investigación debe ser capaz de conducir a la identificación y sanción de los responsables. También debe ser lo suficientemente amplia como para permitir que las autoridades investigadoras tomen en consideración no solo las acciones de los agentes estatales que directa e ilegalmente usaron fuerza letal, sino también todas las circunstancias circundantes³²⁹.

327 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kavaklıoğlu y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 273; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mocanu y otros vs. Rumanía*, Estrasburgo: 17 de septiembre del 2014, párr. 323; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Skeini y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 7 de julio del 2011, párr. 167; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ahmet Özkan y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 abril del 2004, párr. 312; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kelly y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 4 de mayo del 2001, párr. 97.

328 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Skeini y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 7 de julio del 2011, párr. 167; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ahmet Özkan y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 abril del 2004, párr. 314; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Isayeva vs. Rusia*, Estrasburgo: 24 de febrero del 2005, párr. 211-214; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kelly y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 4 de mayo del 2001, párr. 98.

329 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mocanu y otros vs. Rumanía*, Estrasburgo: 17 de septiembre del 2014, párr. 321; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Skeini y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 7 de julio del 2011, párr. 163.

73

La investigación también debe ser efectiva en el sentido de que debe ser capaz de identificar y sancionar a los responsables; aunque no se trata de una obligación de resultado, sino de medios, las autoridades deben tomar las medidas razonables a su alcance para obtener las pruebas relativas a los hechos en cuestión³³⁰, incluidas, entre otras, el testimonio de testigos presenciales, las pruebas forenses y, en su caso, una autopsia que proporcione un registro completo y exacto de las lesiones y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluida la causa de la muerte³³¹. Las conclusiones de la investigación deben basarse en un análisis exhaustivo, objetivo e imparcial de todos los elementos pertinentes y debe aplicar un estándar comparable al estándar “no más que absolutamente necesario” requerido por el art. 2.2 de la Convención³³².

El TEDH sostiene que cuando las diligencias preliminares conducen a la apertura de actuaciones judiciales ante las jurisdicciones nacionales, es el conjunto del procedimiento, incluido la fase de juicio, el que debe cumplir los imperativos de la prohibición establecida en el art. 3 del Convenio. De esta manera, las instancias judiciales internas no deben en ningún caso mostrarse dispuestas a dejar impunes los atentados a la integridad física y moral de las personas. Esto es indispensable para mantener la confianza de la ciudadanía y asegurar su adhesión al Estado de derecho, así como para

330 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kavaklıoğlu y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Skeini y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 7 de julio del 2011, párr. 166, párr. 272; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ahmet Özkan y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 abril del 2004, párr. 312; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vefa Serdar vs. Turquía*, Estrasburgo: 27 de enero del 2015, párr. 101; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mocanu y otros vs. Rumanía*, Estrasburgo: 17 de septiembre del 2014, párr. 321.

331 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ahmet Özkan y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 de abril del 2004, párr. 312; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Skeini y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 7 de julio del 2011, párr. 166; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kelly y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 4 de mayo del 2001, párr. 96.

332 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mocanu y otros vs. Rumanía*, Estrasburgo: 17 de septiembre del 2014, párr. 322; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Nachova vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 6 de julio del 2005, párr. 113; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kelly y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 4 de mayo del 2001, párrs. 96 y 97; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Angelova vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 13 de junio del 2002, párrs. 139 y 144.

prevenir cualquier apariencia de tolerancia de actos ilegales, o de colusión en su perpetración³³³.

La investigación también debe ser lo suficientemente amplia como para permitir que las autoridades investigadoras tomen en consideración no solo la actuación de los agentes estatales que directa e ilícitamente usaron la fuerza letal, sino también todas las circunstancias circundantes, en particular el marco legal o estatutario vigente y la preparación y supervisión de las operaciones en curso³³⁴. Cualquier deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona o personas responsables correrá el riesgo de infringir este estándar³³⁵.

En el caso de tortura y malos tratos, el TEDH ha señalado:

La investigación debe ser lo suficientemente extensa para que permita a las autoridades que están a cargo de la misma tomar en consideración no solo los actos de los agentes del Estado que han recurrido directa e ilegalmente a la fuerza, pero también al conjunto de las circunstancias circundantes. Aunque se trata de una obligación no de resultado sino de medios, cualquier deficiencia que disminuya su capacidad para determinar las circunstancias del caso o la identidad de los responsables corre el riesgo de llevar a la conclusión de que no responde a la norma de efectividad requerida³³⁶.

- 333 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Okkali vs. Turquía*, Estrasburgo: 17 de octubre del 2006, párr. 65; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal vs. España*, Estrasburgo: 13 de febrero del 2018, párr. 89.
- 334 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kavaklıoğlu y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 272.
- 335 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kavaklıoğlu y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 273; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mocanu y otros vs. Rumanía*, Estrasburgo: 17 de septiembre del 2014, párr. 322; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Skeini y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 7 de julio del 2011, párr. 166; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ahmet Özkan y otros vs. Turquía*, Estrasburgo: 6 abril del 2004, párr. 312; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kelly y otros vs. el Reino Unido*, Estrasburgo: 4 de mayo del 2001, párr. 96.
- 336 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal vs. España*, Estrasburgo: 13 de febrero del 2018, párr. 88.

La Corte IDH ha señalado de modo reiterado que cuando las autoridades nacionales tengan conocimiento de la violación de un derecho humano y haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido víctima³³⁷, deben iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva³³⁸.

- 337 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 251; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, San José: 16 de febrero del 2017, párr. 241.
- 338 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, San José: 2 de septiembre del 2015, párr. 76; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Prieto y otro vs. El Salvador*, San José: 20 de noviembre del 2007, párr. 101; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, San José: 19 de mayo del 2014, párr. 183; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 241; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, San José: 4 de septiembre del 2012, párr. 223; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, San José: 16 de febrero del 2017, párr. 241; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, San José: 22 de septiembre del 2009, párr. 65; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, San José: 8 de julio del 2004, párr. 146; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, San José: 10 de julio del 2007, párr. 130; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *González y otras ("Campo algodónero") vs. México*, San José: 16 de noviembre del 2009, párr. 290; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, San José: 30 de agosto del 2010, párr. 191; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, San José: 4 de julio del 2007, párr. 119; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, San José: 7 de junio del 2003, párr. 127; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, San José: 22 de septiembre del 2006, párr. 88 ("En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida"); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, San José: 5 de julio del 2006, párrs. 63-66; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las Masacres de Ituango vs. Colombia*, San José: 1 de julio del 2006, párrs. 127-131; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay*, San José: 29 de marzo del 2006, párrs. 150-154; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, San José: 31 de enero del 2006, párrs. 143 a 146; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, San José: 26 de septiembre del 2006, párr. 77.

La Corte IDH entiende que, a la luz de la obligación general de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el art. 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido una violación a un derecho humano³³⁹. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados como autores y partícipes agentes estatales³⁴⁰. También

339 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, San José: 2 de septiembre del 2015, párr. 76; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 274; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, San José: 12 de septiembre del 2005, párr. 54; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Baldeón García vs. Perú*, San José: 6 de abril del 2006, párr. 156; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, San José: 6 de febrero del 2001, párr. 186; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, San José: 26 de septiembre del 2006, párr. 80.

340 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gómez Virula y otros vs. Guatemala*, San José: 21 de noviembre del 2019, párr. 65; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, San José: 28 de noviembre del 2018, párr. 292; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Prieto y otro vs. El Salvador*, San José: 20 de noviembre del 2007, párr. 101; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *González y otras ("Campo algodón") vs. México*, San José: 16 de noviembre del 2009, párr. 290; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, San José: 22 de septiembre del 2006, párr. 117; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 178; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Baldeón García vs. Perú*, San José: 6 de abril del 2006, párr. 94; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, San José: 2 de septiembre del 2015, párr. 76; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, San José: 20 de noviembre del 2013, párr. 371; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *La masacre de pueblo Bello vs. Colombia*, San José: 31 de enero del 2006, párr. 143; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, San José: 25 de noviembre del 2003, párr. 156; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del palacio de justicia) vs. Colombia*, San José: 14 de noviembre del 2014, párr. 488.

ha señalado que la investigación de los hechos no puede hacerse “sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”³⁴¹.

75

El Estado tiene la obligación de investigar con la debida diligencia todas las violaciones de los derechos humanos y dicha obligación se mantiene vigente en la actualidad³⁴². Dada su importancia, la obligación de investigar no puede ser ejecutada de cualquier manera, sino que debe realizarse de acuerdo a los estándares establecidos por las normas y la jurisprudencia internacionales que caracterizan a las investigaciones de graves violaciones a los derechos humanos, lo cual supone, en primer término, generar un marco normativo interno adecuado y/u organizar el sistema de administración de justicia de forma tal que su funcionamiento asegure la realización de investigaciones *ex officio*, sin dilación, serias, imparciales y efectivas³⁴³.

En efecto, la Corte IDH reitera que la investigación es un imperativo estatal, así como la importancia de que tales acciones se realicen conforme a los estándares internacionales. Para ello, considera necesario que el Estado adopte estrategias claras y concretas encaminadas a superar la impunidad en el juzgamiento de los responsables materiales e intelectuales de las violaciones de derechos humanos³⁴⁴.

El deber de investigar es un deber estatal imperativo que deriva del derecho internacional y no puede verse atenuado por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole³⁴⁵. En casos de vulneraciones graves

341 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, San José: 4 de julio del 2006, párr. 198.

342 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 246.

343 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, San José: 29 de julio de 1988, párr. 110; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 247; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, San José: 26 de mayo del 2010, párr. 117.

344 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 317.

345 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, San José: 26 de septiembre del 2006, párr. 81; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las masacres de Ituango vs. Colombia*, San José: 1 de julio del 2006, párr. 402; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Baldeón García vs. Perú*, San José: 6 de abril del 2006, párr. 201; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HU-

a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de evitar la repetición de las mismas solo se verá satisfecha si se evita su impunidad³⁴⁶ y se cumple el derecho de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. Por ende, la obligación de investigar constituye un medio para garantizar tales derechos, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado³⁴⁷.

La investigación que deben emprender los Estados debe ser realizada con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva³⁴⁸. Esto implica que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue³⁴⁹. La obligación de investigar

MANOS, caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, San José: 28 de noviembre del 2005, párr. 98.

- 346 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, San José: 26 de septiembre del 2006, párr. 81; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las masacres de Ituango vs. Colombia*, San José: 1 de julio del 2006, párr. 299; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Baldeón García vs. Perú*, San José: 6 de abril del 2006, párr. 195; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. Venezuela*, San José: 5 de julio del 2006, párr. 137.
- 347 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, San José: 26 de septiembre del 2006, párr. 81; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las masacres de Ituango vs. Colombia*, San José: 1 de julio del 2006, párr. 289.
- 348 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, San José: 1 de marzo del 2005, párr. 65; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, San José: 22 de noviembre del 2004, párr. 129; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (reparaciones)*, San José: 19 de noviembre del 2004, párr. 98; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, San José: 16 de agosto del 2000, párr. 123; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *TIBI vs. Ecuador*, San José: 7 de septiembre del 2004, párr. 258.
- 349 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pacheco León y otros vs. Honduras*, San José: 15 de noviembre del 2017, párr. 75; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, San José: 20 de noviembre del 2013, párr. 372; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vereda la Esperanza vs. Colombia*, San José: 31 de agosto del 2017, párr. 185; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, San José: 24 de agosto del 2017, párr. 148; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 238; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*,

debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad condenada de antemano a ser infructuosa³⁵⁰.

San José: 1 de marzo del 2005, párrs. 65 y 83.

- 350 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pacheco León y otros vs. Honduras*, San José: 15 de noviembre del 2017, párr. 74; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vereda la Esperanza vs. Colombia*, San José: 31 de agosto del 2017, párr. 185; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, San José: 16 de febrero del 2017, párr. 178; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, San José: 2 de septiembre del 2015, párr. 75; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 238; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, San José: 19 de mayo del 2014, párr. 220; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, San José: 19 de noviembre del 2015, párr. 143; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *González y otras ("Campo algodónero") vs. México*, San José: 16 de noviembre del 2009, párr. 289; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, San José: 30 de agosto del 2010, párr. 191; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, San José: 24 de agosto del 2017, párr. 148; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Los 19 comerciantes vs. Colombia*, San José: 5 de julio del 2004, párr. 258; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia*, San José: 20 de noviembre del 2013, párr. 371; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, San José: 1 de marzo del 2005, párr. 168; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 248; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Prieto y otros vs. El Salvador*, San José: 20 de noviembre del 2007, párr. 100; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, San José: 7 de junio del 2003, párr. 144; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, San José: 19 de mayo del 2014, párr. 183; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, San José: 25 de noviembre del 2003, párr. 273; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *TIBI vs. Ecuador*, San José: 7 de septiembre del 2004, párr. 256; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, San José: 25 de noviembre del 2000, párr. 212; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala (reparaciones)*, San José: 22 de febrero del 2002, párr. 74; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bulacio vs. Argentina*, San José: 18 de septiembre del 2003, párr. 112; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gutiérrez y familia vs. Argentina*, San José: 25 de noviembre del 2013, párr. 98; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (Reparaciones)*, San José: 19 de noviembre del 2004, párr. 96; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, San José: 22 de noviembre del 2004, párr. 127.

Las características de la investigación emprendida por el Estado deben ser la de una investigación seria, completa y efectiva de lo ocurrido³⁵¹. La Corte ha señalado que el Estado debe realizar una investigación seria, exhaustiva³⁵², diligente y efectiva³⁵³, de acuerdo con la legislación interna³⁵⁴. El Estado debe conducir eficazmente investigaciones³⁵⁵ y/o suministrar una investigación efectiva y un proceso judicial tendientes al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y una compensación adecuada³⁵⁶. El Estado debe ser diligente en la recaudación de la prueba tendiente a identificar a las personas involucradas³⁵⁷.

Para que la investigación pueda ser considerada como “efectiva”, debe ser capaz de conducir a la determinación de los hechos del caso y a la identificación y castigo de los responsables. La investigación del delito es una obligación de medios no de resultados³⁵⁸. En una investigación las autoridades deben haber adoptado las medidas razonables a su alcance para asegurar la evidencia sobre el evento, incluyendo, entre otras cosas, el testimonio de testigos, pruebas forenses, y así sucesivamente³⁵⁹.

-
- 351 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, San José: 22 de septiembre del 2006, párr. 90; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, San José: 16 de febrero del 2017, párr. 179; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, San José: 29 de enero de 1997, párr. 77.
- 352 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 298.
- 353 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gudiel Alvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 267; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párrs. 219 y 243.
- 354 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Prieto y otros vs. El Salvador*, San José: 20 de noviembre del 2007, párr. 147.
- 355 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 244.
- 356 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *La comunidad Moiwana vs. Surinam*, San José: 15 de junio del 2005, párr. 148 y 166.
- 357 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 256.
- 358 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tyagunova vs. Rusia*, Estrasburgo: 31 de julio del 2012, párr. 65.
- 359 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tyagunova vs. Rusia*, Estrasburgo: 31 de julio del 2012, párr. 65.

Una investigación eficaz supone en muchos casos que es razonable considerar que existen diferentes grados de responsabilidad a diferentes niveles³⁶⁰. Por ello, es que se deben agotar todas las medidas tendientes a identificar a otros posibles partícipes de los hechos y, en su caso, vincularlos al proceso³⁶¹.

En la eficacia de la investigación ejerce un papel decisivo la actuación inmediata y el respeto a los límites temporales, pues el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación —y en algunos casos, la imposibilidad— para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación³⁶², identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales, así como para esclarecer la suerte de la víctima e identificar a los responsables de su desaparición³⁶³.

La Corte recuerda que la debida diligencia en una investigación exige que la misma sea desarrollada con el fin de comprobar materialmente los hechos e identificar a los responsables y, eventualmente, sancionarlos³⁶⁴. El Estado debe conducir y concluir las investigaciones y procesos pertinentes

360 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párrs. 194 y 243.

361 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 194.

362 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 185; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 259; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 262; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, San José: 12 de agosto del 2008, párr. 150; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García y familiares vs. Guatemala*, San José: 29 noviembre del 2012, párr. 135.

363 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 185; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 262.

364 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 246; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Familia Barrios vs. Venezuela*, San José: 24 de noviembre del 2011, párr. 292.

en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos removiendo todos los obstáculos que mantienen la impunidad³⁶⁵.

La Corte ha establecido que la eficiente determinación de la verdad, en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad. En este punto, en cuanto al manejo de la escena del crimen, el levantamiento y tratamiento del cadáver de la víctima, la necropsia, así como el mantenimiento de la cadena de custodia de todo elemento de prueba forense, en su jurisprudencia y siguiendo el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas (Protocolo de Minnesota), la Corte ha sustentado que deben realizarse algunas diligencias mínimas e indispensables para la conservación de los elementos de prueba y evidencias que puedan contribuir al éxito de la investigación. En este sentido, ha especificado los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta³⁶⁶.

La Corte IDH considera que los procesos penales, en conjunto, no 77 deben sobrepasar excesivamente el plazo que pueda considerarse razonable a efectos de llevar a cabo investigaciones serias, diligentes y exhaustivas de los hechos³⁶⁷. La efectividad de la investigación del Estado depende de la evaluación de si las acciones oficiales se condujeron con la debida diligencia.

La Corte recuerda que la falta de diligencia tiene como consecuencia que conforme el tiempo vaya transcurriendo, se afecta indebidamente la posibilidad de obtener y presentar pruebas pertinentes que permitan esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades que correspondan, con lo cual el Estado contribuye a la impunidad³⁶⁸.

365 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, San José: 25 de noviembre del 2003, párr. 277; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, San José: 27 de febrero del 2012, párr. 285; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 244.

366 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*, San José: 28 de agosto del 2014, párr. 204.

367 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 203.

368 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*,

3. LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO COMO LA ACTIVIDAD PRINCIPAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

3.1. La investigación del delito como tarea principal del Ministerio Público

78

La investigación en el ámbito del sistema penal es un poder atribuido para la tutela de intereses públicos que resulta ser la expresión del ejercicio de una función pública que se encarga a determinados órganos competentes³⁶⁹. Ella busca esclarecer si una persona ha cometido un determinado hecho (hipótesis) que cuenta con relevancia jurídico-penal.

En el Perú, el Ministerio Público es la autoridad estatal a quien la Constitución encomienda la investigación del delito, el ejercicio de la acción penal y la defensa de la legalidad³⁷⁰. Como órgano de justicia actúa tanto a nivel del plenario o el juicio oral como a nivel de la investigación del delito.

San José: 16 de febrero del 2017, párr. 181; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 286; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, San José: 19 de noviembre del 2015, párr. 169; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, San José: 1 de septiembre del 2010, párr. 172; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*, San José: 28 de agosto del 2014, párr. 214; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso “Panel Blanca” (*Panigua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, San José: 25 de mayo del 2001, párr. 173.

369 DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito processual penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 395; LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*, 12.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116; TAORMINA, Carlo, *L'investigazione*, Torino: Giappichelli, 2021, p. 6. Este autor señala: “L’attività di investigazione inerisce a qualsiasi azione umana perché rappresenta il percorso che imprescindibilmente deve essere compiuto onde poter consapevolmente agire. La consapevolezza si conquista con la raccolta ed il coordinamento di quanti più possibili dati e ciò postula una ricerca funzionale alla individuazione di essi. Per quanto l’idea dell’investigare faccia correre la mente ad iniziative complicate ed a complessi problemi da risolvere, molti possono essere i gradi di difficoltà della investigazione che possono andare da un minimo di accertamento dei presupposti dell’azione da compiere o delle decisioni da assumere, ad un massimo che implica articolazione, coordinamento, integrazione” (p. 4); y D’ALBORA, quien considera: “En razón a los intereses afectados por el delito, el Estado crea ciertos organismos con la finalidad de iniciar el proceso penal” (D’ALBORA, Francisco, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 9.ª ed., reimp., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012, p. 23).

370 En el derecho comparado, véase MAZZA, Oliviero, *Procedura penale*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 98; DELLA CASA, Franco y Giovanni Paolo VOENA, *Compendio di procedura penale*, 6.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 60; y MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª ed., t. I, Lisboa: Abel, 2010, p. 260. En el derecho argentino: BINDER, Alberto, *Derecho procesal penal*, 1.ª reimp., t. II, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018, p. 451.

La condición de órgano de justicia lo obliga a actuar con objetividad en todos sus actos y decisiones³⁷¹.

La tarea de la Fiscalía se inicia con la recepción de la *notitia criminis* al emprender la indagación acerca de si el hecho se ha realizado o no y, de ser el caso, llegar al esclarecimiento de las circunstancias del suceso histórico.

Una de las funciones más importantes del Ministerio Público, si no la más importante³⁷², es dirigir la investigación del delito sujetándose al principio de legalidad, tanto sustantivo como procesal³⁷³. Incluso, hay quienes consideran que la fase de investigación es el “núcleo y momento culminante del proceso penal” (WOLTER). El valor que posee la etapa de la investigación es vital y esencial debido a que permite tanto recoger el material probatorio que posibilita llevar a juicio a una persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo; así como también evita que se acuse y que sean llevadas a juicio aquellas personas que no cuenten con una suficiente base probatoria o indiciaria. Se cumple con ello tanto una función de confirmación de la

79

371 Cfr. CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 5.^a ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 141; DELLA CASA y VOENA, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 63; LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, 8.^a ed., Torino: Giappichelli, 2013, p. 115; CAFFERATA NORES et al., *Manual de Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239; y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004, p. 54.

372 Cfr. SIRACUSANO, Delfino, *Diritto processuale penale*, t. II, Milano: Giuffrè, 2011, p. 19; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: Idemsa, 2009, p. 89; BACIGALUPO, Enrique, *Debido proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 50; y NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Lima: Idemsa, 2015, p. 438. Para ROXIN, “el procedimiento de investigación que, de acuerdo, con el proyecto legislativo originario solo debería constituir el procedimiento previo para introducir al juicio oral, ha devenido, en la práctica, en la parte central del proceso penal” (ROXIN, Claus y Bernd SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Didot, 2019, p. 469); y por su parte, BACIGALUPO señala: “En la doctrina se viene subrayando cada vez con mayor énfasis que en la práctica la instrucción tiene una singular fuerza determinante del resultado del juicio oral. Si este hecho es así, es evidente de que el resultado del proceso penal tiene su apoyo principal en la llamada fase inquisitorial del proceso, en la que las limitaciones de los derechos fundamentales del inculcado son considerables”. Recuerda además a RIEB, que sostiene que a tal punto llega la incidencia de la instrucción que “en el estado actual de los conocimientos empíricos y dogmáticos sobre la forma de decisión de la sentencia, casi no es posible decir que el centro de gravedad del proceso se encuentra en el juicio oral” (BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 53).

373 Cfr. SCHLÜCHTER, Ellen, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 27, 31 y 95.

notitia criminis o de aseguramiento probatorio como con una función de garantía que no es otra que la protección de la persona y el afianzamiento de la presunción de inocencia³⁷⁴.

De una investigación acuciosa y diligente depende que se abra las demás etapas del proceso penal: la formulación de la acusación, la etapa intermedia y el eventual juicio oral. Hay acuerdo en sostener que de una investigación fructífera se puede obtener una buena hipótesis acusatoria que deberá integrar todos los datos recaudados y los elementos recogidos³⁷⁵. En la actualidad se admite la poderosa influencia de la etapa de investigación en el resultado de la totalidad del proceso penal³⁷⁶. El éxito del juicio oral para el Ministerio Público está condicionado, por lo general, a una buena investigación, a una recolección de medios de prueba de cargo sólidos y a la exhaustividad del trabajo fiscal³⁷⁷. Una reconstrucción incompleta de los hechos en sede de la investigación servirá de poco y demostrará su ineficiencia a nivel del juicio oral³⁷⁸. La investigación preparatoria sirve para fundar, desde el plano cognitivo, una acusación o un sobreseimiento, evitando plenarios inútiles³⁷⁹. Los actos de investigación pueden servir para la aplicación de la terminación

-
- 374 Cfr. CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, 2.ª ed., 2.ª reimp., Buenos Aires: Hammurabi, 2020, p. 644.
- 375 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid: Trotta, 2015, p. 267.
- 376 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 38. Para SÁNCHEZ VELARDE, “la investigación preliminar constituye una de las fases de mayor importancia en el proceso penal, pues muchas veces decide la sentencia penal”. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 89.
- 377 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Las dos dimensiones del enjuiciamiento”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid: Trotta, 2015, p. 244; BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 50; HERBEL, Gustavo y Carlos REGO, *Investigación penal preparatoria*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 284; y ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 481 (“Si se llega a sentencias erróneas, la mayoría de las veces ello se debe a que en los procedimientos de investigación se ha tomado un camino incorrecto”).
- 378 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 12.
- 379 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 284; y MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. IV, Buenos Aires: EJE, 1953, p. 173, nota 389 (“La instrucción anterior al debate tiene la finalidad característica de recoger y seleccionar el material que habrá de servir para el juicio; eliminando todo lo que resulta embarazoso, superfluo o inatendible”).

anticipada del proceso o cualquier forma de derecho penal premial³⁸⁰. El Código Procesal Penal posibilita que el proceso pueda concluir contra una persona sin necesidad de optar por las garantías que ofrece el contradictorio, a nivel del juicio oral³⁸¹. Por ello, es que se considera que el centro de gravedad del proceso penal es la investigación, llamada también procedimiento preliminar³⁸² o procedimiento de diligencias o de investigación³⁸³. Hoy se admite y constata una clara pérdida de la importancia del juicio oral y de la prueba rigurosa formada en el crisol del principio de inmediación, contradictorio pleno y publicidad³⁸⁴.

La etapa más gravosa y perjudicial del proceso penal —en términos de afectación de los derechos fundamentales— es la investigación (diligencias preliminares e investigación preparatoria), debido que allí se deciden una serie de medidas limitativas que inciden sobre el núcleo duro de los derechos de la persona —como el levantamiento del secreto de las comunicaciones, de la reserva bancaria, tributaria y la prisión provisional— a fin de asegurar tanto a las cosas como a las personas al proceso. En un proceso penal puede a que a una persona la absuelvan finalmente de los cargos, pero a un costo muy alto: haber arrasado con su reputación y sus derechos personales en la etapa de la investigación. Por ello, se trata de una fase especialmente peligrosa³⁸⁵.

380 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 469.

381 Cfr. NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 10.^a ed., Milano: Giuffrè, 2007, p. 133.

382 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 19; FERRUA, Paolo y Barbara LAVARINI, *Diritto processuale penale*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 87.

383 Cfr. SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 93.

384 “Se puede observar una pérdida de importancia del juicio oral y con ello de la prueba formal rigurosa: la suerte de la salida del proceso penal está echada a consecuencia de nuevas posibilidades de prueba (como, por ejemplo, métodos secretos de investigación o técnica criminal mejorada) a menudo ya en el proceso de investigación; claro que allí las posibilidades de influencia de la defensa están débilmente configuradas”. BARTON, Stephan, *Introducción a la defensa penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015, p. 71.

385 BINDER considera que “la experiencia histórica había demostrado, ya en tiempos de nuestra Constitución, que la preparación del juicio era tanto o más gravosa que el juicio mismo y que muchas veces, era durante esa etapa cuando la dignidad de las personas sufría un menoscabo mayor. La historia posterior y nuestro presente no hacen más que confirmar tal experiencia” (BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 74). Luego sostiene: “Frecuentemente es durante esta etapa preparatoria o de investigación cuando los derechos de las personas corren un mayor riesgo de resultar afectados. Por

Si bien, como se repite en la doctrina, el juicio oral es la etapa estelar del proceso penal, desde el punto de vista pragmático es imposible pensar que todas las investigaciones que se emprenden terminen en acusaciones y en un juicio oral público, ya que ello atentaría contra la capacidad y la funcionalidad misma del sistema³⁸⁶. El plantear que las investigaciones que se inician se conviertan luego en juicios supone asumir un costo excesivo en términos de recursos humanos y logísticos al Estado y un sufrimiento innecesario de los sujetos procesales, en especial, del imputado³⁸⁷.

La transformación y consolidación de la etapa de investigación a través de las sucesivas reformas del proceso penal supone el aumento de la posición de poder de las autoridades de persecución penal³⁸⁸: Ministerio Público y Policía. Con el aumento de la importancia del papel de la investigación del delito en el proceso penal se erosiona y resquebraja el principio de la indelegabilidad del juicio³⁸⁹.

En el ascenso y en el protagonismo de la investigación del delito sobre la etapa del juicio oral ha contribuido el hecho de la progresiva pérdida de importancia de la prueba declarativa o personal en relación con otra clase de pruebas de carácter científico y/o tecnológico³⁹⁰ que hacen que la acre-

lo tanto, el carácter protector de las garantías debe actuar desde el propio comienzo del proceso" (BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 175).

386 "Si bien todo el sistema gira en torno a la idea de que el juicio oral es la fase central del nuevo diseño procesal, el sistema no tiene capacidad para que todos los casos puedan llegar a esa instancia. Es por eso que en la etapa de investigación preliminar se establecen diversos mecanismos que tienen solo por objeto descongestionar el sistema de un conjunto de casos que no pueden o no conviene seguir investigando, como también hay mecanismos que, principalmente, buscan acordar un conjunto de salidas alternativas con el imputado, pero que además tienen la finalidad de racionalizar la carga de trabajo del sistema". DUCE, Mauricio y Christian RIEGO, *Proceso penal*, 1.ª reimp., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 131.

387 Por todos, véase NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 438.

388 Cfr. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 33.

389 Según FERRAJOLI, dicho principio quiere decir dos cosas, ambas relacionadas con el principio de legalidad: "que el juicio es *indeclinable*, en el sentido de que el juez no puede sustraerse a él; sea cual fuere el sujeto al que hay que juzgar, y que no es *fungible*, en el sentido de que no puede ser sustituido por otras formas de actividad cognoscitiva o potestativa a cargo de otros sujetos públicos o privados". FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10.ª ed., Madrid: Trotta, 2011, p. 561

390 Cfr. CAPRIOLI, Francesco, *Compendio di procedura penale*, 6.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 504.

ditación de los hechos sea más plausible y certero —y que justamente se recogen en la etapa de indagación— como es el caso de la prueba de ADN, la interceptación de las comunicaciones, el uso de cámaras de seguridad, el procedimiento de geolocalización, entre otros.

La Corte Suprema de Justicia sostiene: “[L]a investigación preliminar constituye una de las fases de mayor importancia en el proceso penal, pues muchas veces decide la sentencia penal”³⁹¹.

La Corte IDH ha destacado la importancia de la etapa de investigación en el proceso penal y su necesidad de control:

[E]n relación con las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público, el Tribunal ha establecido que, dependiendo de las circunstancias del caso, puede tener que analizar los procedimientos que se vinculan y constituyen el presupuesto de un proceso judicial, particularmente, las tareas de investigación de cuyo resultado depende el inicio y el avance del mismo³⁹². Por tal motivo, la Corte se pronunciará sobre las investigaciones llevadas a cabo en el presente caso y determinará si han existido violaciones a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y, en su caso, incumplimientos de otras normas interamericanas en dicho procedimiento interno³⁹³.

391 JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, *Expediente N.º A.V. 00023-2020-1-5001-JS-PE-01*, Lima: 29 de octubre del 2020. En el Exp. N.º 00030-2019-1-5001-JS-PE-01, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria señaló: “Está compuesta de los pasos iniciales de toda investigación penal y comprende las primeras declaraciones, actuaciones investigatorias y aseguramiento de los primeros elementos de prueba; los mismos que van a ser sustanciales para la decisión fiscal posterior de acusación o sobreseimiento de la causa. La importancia de esta etapa radica en la necesidad estatal de perseguir la conducta delictuosa; de conocer de toda denuncia con características de delito, con la finalidad de verificar su contenido y verosimilitud; de conocer de las primeras declaraciones; de recoger los primeros elementos probatorios; de asegurar los mismos; de adoptar las primeras medidas coercitivas o cautelares; y de decidir seguidamente si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la investigación del delito y sus autores”. JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, *Expediente N.º 00030-2019-1-5001-JS-PE-01*, Lima: 18 de octubre del 2019.

392 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*, San José: 28 de agosto del 2014, párr. 201; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, San José: 30 de agosto del 2010, párr. 175; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, San José: 1 de septiembre del 2010, párr.165.

393 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fernández Ortega y otros vs.*

Por supuesto, en dichos casos el análisis de las garantías del art. 8.1 en la órbita de la actividad del Ministerio Público se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda³⁹⁴.

3.2. El fundamento de la etapa de la investigación del delito

81

La investigación preparatoria, que comprende las diligencias preliminares, constituye la primera etapa del proceso penal³⁹⁵ que se inicia con la noticia de que (posiblemente) se ha cometido un hecho punible y concluye con el sobreseimiento o la formulación de la acusación escrita.

El hecho de que se encomiende la investigación del delito a un órgano estatal autónomo y distinto al Poder Judicial y a las víctimas supone adoptar modelo de investigación que se sustenta en el principio acusatorio y en la necesaria división de tareas: un ente estatal es el que investiga y es otro ente estatal el que juzga los resultados de la investigación y las pruebas ofrecidas³⁹⁶. No solo se trata de un cambio de responsabilidades entre los sujetos del proceso, ni tampoco de cambios cosméticos y puramente formales, sino que la instauración de nuevo sistema procesal implica la adopción de ciertos principios y reglas como la asunción de algunas consecuencias, tales como el valor y la forma de las diligencias procesales y de los actos de investigación³⁹⁷.

Con ello, se ha abandonado el rasgo más llamativo del proceso inquisitivo al quitársele al órgano jurisdiccional la participación en la investigación de la sospecha de la comisión del delito, liberándolo del peligro y del prejuicio de una impresión adelantada y de un determinado condicionamiento, lo

México, San José: 30 de agosto del 2010, párr. 175; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, San José: 1 de septiembre del 2010, párr.165.

394 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*, San José: 28 de agosto del 2014, párr. 201.

395 Cfr. TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 18.^a ed., Milano: Giuffrè, 2017, p. 503.

396 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 564; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, 5.^a ed., San José: Editora Jurídica Continental, 2012, p. 447; CAFFERATA NORES *et al.*, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 235; y BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 466.

397 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 264.

cual lleva, según SCHMIDT, a “que el tribunal pueda realizar con serenidad objetiva la investigación que le incumbe efectuar en el procedimiento principal³⁹⁸”.

Todo sistema procesal posee como una de sus etapas más importantes a la actividad de investigación o indagación de una noticia de un delito que se recibe y que tiende a verificar si el hecho punible del que se parte ha ocurrido o no y si es así se busca determinar, de ser cierto, quienes han intervenido en su ejecución. Verificar la noticia criminal supone investigar el objeto concreto de la información a fin de establecer si dicha noticia inicial cuenta con fundamento o no, a través de la realización de ciertas diligencias y actos de investigación³⁹⁹.

En la concepción moderna del proceso penal se encuentra superada la vieja concepción que el proceso penal se reduce al juicio oral⁴⁰⁰. Por el contrario, se entiende que la investigación del delito forma parte del proceso; de tal manera que se trasladan a ella las garantías mínimas del debido proceso⁴⁰¹.

En la etapa de investigación del delito el Ministerio Público no tiene una posición de parte. Su labor es más bien la de un órgano de la administración de justicia⁴⁰² al que le corresponde aportar al proceso los hechos

82

83

398 SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Lerner, 2006, p. 64.

399 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 5; y CORSO, Piermaria, *Procedura penale*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 2012, p. 401.

400 Cfr. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., p. 71.

401 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 54.

402 Cfr. BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 166. Asimismo, véase los planteamientos de SCHMIDT, quien considera que “con la implantación del Ministerio Público las tareas de la administración de justicia penal se han repartido en dos órganos del Estado: el Ministerio Público y el tribunal. Esta división de funciones representa uno de los aspectos más importantes de la disciplina de nuestro derecho procesal penal” (SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 64) y de CLUNY: “O Ministério Público foi, com efeito, pensado como um ‘órgão de justiça’ autónomo, próprio do Poder Judicial e não como um órgão da Administração Pública” (CLUNY, António, “Autonomia do Ministério Público, governo próprio e hierarquia: Instrumentos, condicionantes e pressupostos da independência do Poder Judicial”, en *Vértice*, n.º 142, septiembre-octubre del 2008, p. 28). Vid. DE SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de Direito processual penal*, 8.ª reimp., Coimbra: Almedina, 2021, p. 115; MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 256;

sobre los que se levanta su pretensión y la prueba que de manera racional lo sustenta⁴⁰³. La investigación del delito, denominado en el derecho comparado como procedimiento preliminar o sumario, constituye la primera etapa del proceso penal y sirve para determinar si procede promover o no la acción penal pública⁴⁰⁴. La Fiscalía dentro de su competencia constitucional y legal desarrolla todas las diligencias y los actos necesarios tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos materia de indagación y que son el presupuesto para el ejercicio o no de la acción penal⁴⁰⁵. Con este procedimiento se busca evitar que se inicie un proceso sobre la base de una sospecha infundada, muy débil o en el que la prueba de la inocencia es abrumadora⁴⁰⁶. No obstante, en caso se recoja actos de investigación de cargo reveladores o suficientes se puede ejercer la acción penal y de ser el caso luego se puede formular una acusación en contra de una persona.

En la tramitación de la investigación preparatoria el Ministerio Público no actúa como un simple sujeto procesal que se desempeña en plano de igualdad con las demás partes, sino que actúa como titular de la acción

DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 367; DE FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 17, n.º 2, Coimbra: abril-junio del 2007, p. 194;; BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 193; MAIER, Julio, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, en MAIER, Julio, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra, 2008, p. 61; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Córdoba: Lerner, 1982, p. 248; y CERLETTI, Marco y Hernán FOLGUEIRO, “Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 122.

403 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 141; TRAN-CHINA, Giovanni, *Diritto processuale penale*, t. II, Milano: Giuffrè, 2011, p. 111; BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., p. 166; y MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “El Ministerio fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006, p. 213.

404 Cfr. CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 401; SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 5; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 341; SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 65; BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 51; HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 284; y REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Derecho procesal penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2022, p. 46.

405 Cfr. CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 419.

406 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 469.

penal y como conductor de la investigación⁴⁰⁷. La Fiscalía cuenta aquí con un poder *supra* partes que se extiende a la admisión o no de las diligencias que estas soliciten en protección y tutela de sus intereses.

El Ministerio Público recién adquiere la condición de parte en el proceso luego de que formula la acusación y se ingresa a la etapa intermedia. Luego de concluida la investigación preparatoria, la Fiscalía deja su condición de poder, de dirección y de control de los actos de las partes y se convierte en una parte más que debe sujetarse en plano de igualdad a la autoridad de un tercero imparcial: el juez.

Una vez que concluye la etapa preparatoria y el fiscal decide acusar por escrito a una persona recién allí el Ministerio Público asume la condición de parte del proceso penal.

El ofrecimiento de los medios de prueba en el actual modelo procesal como regla debe realizarse por escrito. Por ejemplo, en la etapa intermedia las partes dentro de los diez (10) días de notificada la acusación (art. 350.1) deben ofrecer los medios de prueba que consideren pertinentes (art. 350.1.f⁴⁰⁸).

En el juicio oral y en la etapa intermedia, la Fiscalía es una parte más que propone o solicita medios de prueba y que se somete al control judicial, bajo los criterios de pertinencia y licitud. De señor de la investigación pasa a ser una parte con iguales derechos y facultades que los demás sujetos procesales.

El fundamento de la existencia de la investigación del delito es múltiple y variado, ya que se busca⁴⁰⁹: 84

- (i) El averiguar las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) y detalles de la comisión de un hecho criminal que como regla es oculto, al no ser conocido por terceros y/o la sociedad;

407 Cfr. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 66.

408 “Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos”.

409 Véase LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 116.

- (ii) Pretende identificar y establecer la intervención de las personas en la realización del hecho, determinando el aporte ejecutivo o la contribución en la etapa de preparación, delimitando la división de funciones y el hecho de cada uno de los partícipes.
- (iii) Desarrolla una función simbólica en la medida que la investigación y las diligencias que se ejecutan buscan lograr el restablecimiento de la normalidad y la confianza de la comunidad, descartando la sensación de impunidad.
- (iv) Constituye un importante filtro procesal, ya que la investigación sirve para evitar acusaciones e imputaciones infundadas, debido a que, por ejemplo, el hecho no se cometió, no constituye delito o porque no hay evidencia material que justifique continuar con la indagación y el procesamiento de una persona, sobre la base de que el proceso penal es una pena material (pena del banquillo), genera estigmatización social, sufrimiento moral y psíquico, además, de afectar los derechos fundamentales de la persona v. gr. dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

85

En la fase de las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria las partes del proceso penal —v. gr. investigado, agraviado, parte civil, tercero civilmente responsable— cuentan con iniciativa probatoria como manifestación del derecho a la prueba.

El Ministerio Público “conduce la investigación preparatoria” (art. 61.2 del CPP), de tal manera que actúa como el director y señor de la investigación⁴¹⁰, el dueño de la investigación preparatoria⁴¹¹; de tal manera que aparece como el “amo del procedimiento preliminar”⁴¹² al asumir la hegemonía y el monopolio de la investigación⁴¹³. La Fiscalía decide las

410 VOLK, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 77; D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 281.

411 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 446.

412 SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 95; y D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 281.

413 SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 12; CHIAVARIO, *Diritto processuale*

diligencias y/o los actos de investigación que ordena practicar siempre que sean pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley (art. 337.1). Por el principio de oficialidad y por ser titular de la carga de la prueba (art. 14 de la LOMP) debe recabar todos los elementos probatorios necesarios que le permitan acreditar (o desvirtuar) una determinada hipótesis de la comisión de un delito.

En la investigación preparatoria el Ministerio Público decide acerca de la admisión o no de los actos de investigación y de las diligencias promovidas por las partes en defensa de sus intereses. Si bien al investigado, agraviado, parte civil, tercero civilmente responsable se le reconoce diversas facultades, entre las que se incluye las facultades de instar y promover medios de prueba, en sentido amplio, resulta que el Código Procesal Penal concede al órgano encargado de la investigación la competencia para decidir sobre la admisión o no de las diligencias solicitadas, según los criterios de pertinencia y utilidad.

3.3. Los actos de investigación pertinentes y útiles como justificación de la actividad del Ministerio Público

El modelo procesal penal peruano vigente establece que el Ministerio Público es el director de la investigación. El fiscal “conduce la investigación preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo” (art. 61.2 del CPP).

86

El CPP concede al fiscal, durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, la dirección de las mismas y la determinación de los actos de investigación que deben llevarse a cabo. Al respecto, se establece que “el fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley” (art. 337.1 del CPP). No es que el fiscal sea libre de elegir y recabar los actos de investigación que considere adecuados y pueda ordenar discrecionalmente lo que de

Penale. Profilo istituzionale, ob. cit., p. 447; y SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 92.

modo subjetivo le parece. Las diligencias que se ordenan deben guardar relación con el objeto de la investigación y deben cumplir con los criterios de pertinencia y utilidad.

87 El objeto de la investigación se circunscribe y limita al hecho (o a los hechos) materia de la noticia criminal que se fijan y determinan en la disposición de apertura de diligencias preliminares o en la disposición que establece la formalización de la investigación preparatoria. La investigación del delito se focaliza en esclarecer, al margen del grado de verosimilitud, un hecho punible y la posible intervención de una persona como autor o partícipe. Por ello, se sostiene que existe una limitación cualitativa en la etapa de investigación del delito y que consiste en ceñirse a averiguar los hechos materia de la noticia criminal y que ha sido establecido en la apertura de diligencias preliminares⁴¹⁴. El Ministerio Público no puede averiguar cualquier hecho o afirmación fáctica, sino que debe centrarse, desde el punto de vista constitucional y legal, a investigar los hechos que son materia formal de indagación.

El ámbito de actuación de la investigación del delito en las diligencias preliminares es un campo de cognición (conocimiento) limitado, en atención a que se restringe a averiguar un concreto y específico hecho(s) punible(s); de tal manera que no cualquier suceso de relevancia penal puede ser objeto de indagación o esclarecimiento.

88 La mayoría de legislaciones procesales del derecho comparado a fin de evitar actividades inútiles, innecesarias y que pueden generar un desgaste de tiempo y de recursos establecen determinadas exigencias y filtros para la realización de los actos de investigación y las diligencias. Una de las exigencias legales más importantes es que los actos de investigación sean pertinentes y útiles. El principio de economía procesal reclama que los actos que se realicen en el proceso, o en la investigación del delito, sean los actos y las diligencias necesarias e indispensables en el esclarecimiento de los hechos. Dicho principio pretende buscar la máxima efectividad del derecho material

414 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., pp. 120 y 121.

con el mínimo empleo de los actos procesales⁴¹⁵ y busca producir el mejor resultado posible con el menor dispendio de recursos⁴¹⁶.

La condición constitucional y legal para admitir medios de investigación a nivel de la investigación del delito es que los mismos sean pertinentes y útiles. La regla de pertinencia y utilidad rige tanto para los actos de investigación promovidos de oficio por el propio Ministerio Público como los que se ordenan como consecuencia de un pedido de actos de investigación solicitado por alguna de las partes que intervienen: el investigado, el agraviado, la parte civil o el tercero civilmente responsable.

La Corte Suprema de Justicia destaca:

[E]l objeto concreto de la investigación preparatoria, desde luego, se enmarca dentro de los límites que define la disposición fiscal pertinente, conforme al artículo 336, apartado 2, literal b), del Código Procesal Penal. A su vez, la pertinencia de un medio de investigación está en relación lógica con los aportes informativos que pueda brindar sobre los hechos y circunstancias relevantes objeto de la investigación preparatoria; y la utilidad de un medio de investigación dice de la aptitud que tiene para alcanzar el fin de esclarecimiento que con él se persigue⁴¹⁷.

4. LAS FUNCIONES DE LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

La investigación del delito en el modelo del proceso penal de tipo acusatorio cumple, por un lado, una función cognitiva que se dirige a reunir rápidamente la información central sobre el caso y, por el otro lado, cumple

89

415 DE ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; Ada PELLEGRINI GRINOVER y Cândido RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 31.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97; BEDÉ JÚNIOR, Américo y Gustavo SENNA, *Princípios do processo penal*, São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 155; GUIMARÃES RIBEIRO, Darci, *Provas atípicas*, Porto Alegre: Librería do Advogado Editora, 1998, p. 114; y ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, *Ações probatórias autônomas*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91.

416 Cfr. BEDÉ JÚNIOR, y SENNA, *Princípios do processo penal*, ob. cit., p. 157.

417 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

una función compositiva o de solución de conflictos cuya finalidad reside en buscar vías alternativas al caso penal de manera distinta al juicio oral⁴¹⁸.

4.1. La función cognitiva o de conocimiento de la investigación

90

La introducción de la investigación preparatoria es una de las principales novedades del nuevo proceso penal acusatorio.

La investigación preparatoria es una etapa que tiene como una de sus principales funciones el adquirir conocimiento e información acerca del hecho punible, sus circunstancias y la posible intervención de una persona como autor o partícipe. La única vía para esclarecer un hecho o situación y buscar la verdad es a través de un procedimiento tendiente a obtener una información de calidad.

Dicha tarea acude a la búsqueda de fuentes y órganos de prueba de distinto origen y calibre que puedan corroborar o no una determinada hipótesis⁴¹⁹. Se busca identificar, acopiar y recoger materiales tendientes a esclarecer tanto la hipótesis imputativa como la hipótesis de defensa.

La función cognitiva de la investigación busca preparar el juicio oral, dotándola de fundamento y de razones válidas para acusar a una persona. Lo que se busca determinar con la adquisición de los materiales probatorios es saber si se tiene fundamento o no para sustentar un caso, llevándolo a juicio oral a través de la formulación de una acusación. Sin embargo, la recolección de la información probatoria puede también fundamentar el archivo de un caso al no haberse comprobado la hipótesis de trabajo de la que parte el Ministerio Público.

El conocimiento que se pretende lograr es concreto y específico; no abstracto ni general. Lo que se busca saber es identificar y establecer las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) de cómo pudo haberse cometido y efectivamente se cometió un hecho. El conocimiento que se incorpora a la investigación está en función del hecho o de los hechos que se indagan y no por un afán de conocimiento totalizador y amplio.

418 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 266 y ss.

419 Cfr. CAFFERATA NORES *et al.*, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 236.

La realización de diligencias y actos de investigación a través de los cuales se obtiene información probatoria por mandato legal deben cumplir con ciertos requisitos materiales: se ha de tratar de diligencias pertinentes y útiles en relación con los hechos materia de indagación (art. 337.1).

Por el principio de economía procesal, por cuestiones pragmáticas y de eficiencia no se puede realizar cualquier diligencia para adquirir conocimiento sobre un suceso histórico y sus circunstancias, sino que el patrimonio cognoscitivo que se logra debe estar relacionado a los hechos que se investigan y que componen el objeto de la indagación. Desde el punto de vista de una racionalidad pragmática no se puede ni debe realizar actos que no redunden en el apoyo (o desestimación) de una determinada hipótesis.

Los escasos recursos y tiempo con los que se cuenta en un procedimiento de investigación deben conducir a la realización de las diligencias indispensables y necesarias para esclarecer los hechos y averiguar la verdad. Debe haber una relación entre los hechos que se investigan, las diligencias que se realizan y el conocimiento que se pretende obtener. El objeto de una investigación no puede ser un homicidio y los actos que se realizan sean el averiguar la comisión de un robo.

Una de las características más importantes en el derecho comparado de la investigación preparatoria es su no formalidad o su desacralización que permite recoger, con el ahorro de recursos y de tiempo, diversos elementos de prueba que permiten sustentar una determinada hipótesis de trabajo⁴²⁰ y que al final de dicha investigación, en la fase crítica, posibilita adoptar una determinada decisión: el ejercicio de la acción penal o el archivo del caso.

La regla que se establece en la realización de las diligencias no requiere que el conocimiento que se adquiere se haga de una forma determinada, sino que se acredite de manera razonable el hecho y sus circunstancias. De manera excepcional, las diligencias que se practican en esta etapa solo exigen una determinada formalidad específica en los casos que se afecta derechos fundamentales (v. gr., secreto de las comunicaciones, intimidad, domicilio) o cuando se trate de prueba preconstituida o de prueba anticipada.

420 Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las garantías del imputado en el proceso penal", art. cit., p. 18.

4.2. La función compositiva de la investigación

93

El Ministerio Público no solo debe buscar la verdad y adquirir conocimientos para esclarecer los hechos de manera adecuada. La solución de conflictos y la decisión del caso no solo se produce a nivel del juicio oral, sino a través de mecanismos alternativos de conflictos como el principio de oportunidad, la conclusión o terminación anticipada⁴²¹, entre otros aspectos.

La ley procesal penal en el sistema del *civil law* debe establecer los casos en los que discrecionalmente se puede aplicar los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito penal. Si bien rige aquí el principio de obligatoriedad de la acción penal también se reconoce en supuestos tasados, en especial, en delitos de bagatela la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad. Dicho principio se encuentra también sometido a los alcances del principio de legalidad; de tal manera que la legalidad comprende a la oportunidad discrecionalmente vinculada. No se trata de principios que se excluyen, sino que la oportunidad se concreta y realiza en el principio de legalidad⁴²².

La función compositiva tiende a gestionar y a solucionar los conflictos de manera eficaz, sea que se priorice el tratamiento de algunos fenómenos delictivos frente a otros mediante una política criminal de persecución racional que tienda al control o a la disminución de ciertos delitos, sea que se realice una “intervención estatal eficaz” en determinados casos penales que pueden ser resueltos con una presencia institucional no necesariamente de penas y coerción⁴²³.

Una investigación seria y exhaustiva puede llevar a que el imputado y su defensa opten por las formas simplificadas de terminación del proceso, acepten los cargos y opten por un reconocimiento temprano de la responsabilidad penal, obteniendo a cambio una reducción drástica de la pena.

El Ministerio Público, que cuenta con bajos recursos, no puede perseguir todos los delitos ni a cada sospechoso con la misma intensidad. El

421 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 450.

422 Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil”, art. cit., p. 205.

423 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 271.

principio de oportunidad, u otras formas simplificadas de conclusión del proceso, le permite a la Fiscalía tomar una decisión jurídica que le ayuda a concentrarse en los casos más relevantes; de tal manera que en los casos de injusto o culpabilidad menor (escasa insignificancia⁴²⁴ y no afecte el interés público de manera grave⁴²⁵) se le permite optar y llegar a acuerdos con el imputado y archivar el caso⁴²⁶.

El art. 2.1 del CPP establece que el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: **94**

- (i) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.
- (ii) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
- (iii) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los arts. 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

La investigación preparatoria como etapa del proceso penal desempeña un papel polifuncional⁴²⁷ y de gran envergadura. Las diligencias y los actos de investigación del Ministerio Público constituyen la plataforma cognitiva de numerosas e importantes decisiones que se llevan a cabo en esta fase del proceso. Por ejemplo, entre ellas, debe destacarse: **95**

424 Cfr. SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 103.

425 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 160.

426 Cfr. VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 182.

427 Cfr. CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 499.

- (i) En esta etapa se puede llegar a limitar y afectar algunos derechos de la persona como consecuencia de las diligencias que se llevan a cabo. Para que se realice dicha afectación debe contarse con “suficientes elementos de convicción” (art. 203.1), lo que alude al principio de suficiencia indiciaria. Los derechos fundamentales que pueden quedar afectados son la libertad personal, el domicilio, el secreto de las comunicaciones, la intimidad personal, entre otros.
- (ii) La persona investigada puede acogerse a cualquiera de las figuras del derecho penal premial y a cualquier forma simplificada de culminación del proceso como puede ser el principio de oportunidad, el proceso especial de terminación anticipada, entre otros.
- (iii) Se puede adoptar, siempre que se cumpla con los requisitos legales, el aseguramiento probatorio a través del mecanismo de la prueba anticipada o de la prueba preconstituida.

5. LOS MODELOS DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO

96

En el derecho comparado se acepta la existencia de por lo menos dos modelos en la configuración y el tratamiento legal de la fase de la investigación del delito⁴²⁸.

Por un lado, el sistema anglosajón, que se caracteriza por conceder la dirección de la investigación al Ministerio Público, quien controla esta etapa de manera completa e integral. El fiscal no solo cumple una función técnica, sino un papel eminentemente político al estar dotado de una enorme capacidad y poder discrecional en el desempeño de sus funciones.

Por otro lado, se encuentra el modelo napoleónico, en donde la dirección y control de la fase de investigación se otorga al juez de instrucción, esto es, a un órgano jurisdiccional. Para preservar la imparcialidad judicial se exige que el juez que investiga no puede ser el mismo juez del juicio. En

428 Cfr. FUENTES SORIANO, Olga, *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 141; y ANDRÉS IBÁÑEZ, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, art. cit., p. 253.

el derecho comparado se cuenta dentro de tal modelo al juez de instrucción de Francia, Bélgica y España⁴²⁹.

Los dos grandes modelos aceptan una tercera variante, sea normativa o fáctica, que se expande en los últimos años, la cual hace recaer la dirección y el manejo de la investigación en la Policía.

97

En países como Brasil y Nicaragua en los que la investigación recae en manos de la Policía dicha opción se justifica en razones de la realidad social y jurídica debido a que, por ejemplo, en Brasil se busca atender las grandes dimensiones territoriales y las dificultades del transporte. En este país se descarta que el fiscal o el juez puedan dirigir la investigación debido a que no pueden actuar de manera rápida trasladándose a poblados remotos que están a gran distancia de las ciudades y los centros urbanos⁴³⁰.

En los diversos países de Europa o América Latina se verifica una tendencia que se caracteriza a un galopante fortalecimiento de los poderes y las facultades de la Policía dentro de la investigación del delito e, incluso, a nivel del proceso penal. Hay una constatación material del aumento del poder de las autoridades encargadas de la investigación, tanto del Ministerio Público como de la policía⁴³¹, que muchas veces genera un desequilibrio y afectación en el sistema de derechos y garantías constitucionales. Se alude a una policialización de la tarea de investigación del delito⁴³² y a una glo-

429 Cfr. MIRANDA RODRIGUES, Anabela, "La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués", en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006, p. 231.

430 Véase LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 117.

431 Cfr. DENCKER, Friedrich, "Criminalidad organizada y procedimiento penal", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: 1998/B, pp. 485 y 487. "Así, apenas 100 años después de dictar la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aumentó enormemente la posición de poder de las autoridades de persecución penal (Ministerio fiscal y policía). Frente a esto existe un mejoramiento relativamente pobre de la posición jurídica del inculcado y de la defensa, lo que se tratará a continuación". SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 29.

432 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 136; ALBRECHT, Hans-Jörg, "La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control", en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 8, Barcelona: 2001, p. 105; FRISCH, Wolfgang, "Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 21, Santiago de Chile: 2014, p. 29; MALAN, Diogo, "Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada", en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 2, n.º 1,

meración cuántica de poder⁴³³ en razón a la importancia y a la naturaleza de los métodos empleados⁴³⁴.

La Policía ha potenciado su actividad preventiva y represiva cada vez con mayor fuerza y energía, generando un protagonismo mucho mayor que la propia Fiscalía, que hace muchas veces incontrolable su actividad⁴³⁵.

6. LAS ETAPAS O FASES DEL PROCESO PENAL

98

El proceso penal en un Estado constitucional posee una determinada organización que responde a la concreción de determinados principios y valores constitucionales como a un diseño legal⁴³⁶. La organización del proceso penal reviste capital importancia, debido a que en numerosas ocasiones depende de que cumpla efectivamente con los principios que lo fundamentan y realice los fines tanto constitucionales como pragmáticos para los que fue creado⁴³⁷.

Si se entiende al proceso penal como el conjunto de actos ordenados tendientes a cumplir con una determinada finalidad, dichos actos no pueden estar librados al azar, carecer de una regulación específica y menos de una organización o división adecuada. De allí que la noción misma de proceso se encuentre vinculado a la idea de organización y al diseño de los actos procesales por etapas o fases⁴³⁸.

Porto Alegre: 2016, p. 220; y MIRANDA RODRIGUES, “El Ministerio fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, art. cit., p. 222.

433 Por todos, SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 29.

434 Cfr. FRISCH, “Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social”, art. cit., p. 29.

435 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 137.

436 Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 240.

437 “Si todo proceso penal tiene una organización, esa organización responde a una lógica. La lógica de la organización del proceso, no es una mera ‘racionalidad’, guiada por principio de eficacia administrativa. La justicia penal no es un proceso de tramitación de expedientes. La ‘lógica’ procesal es una lógica de tratamiento de conflictos humanos y, como tal, está orientada claramente a sus consecuencias ‘prácticas’, es decir, a las consecuencias que se producen en la solución o en la ‘redefinición’ de ese conflicto”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 229 y 231:

438 De manera general, “los procesos ante el órgano decisorio inicial (juicio) son simplemente un episodio de una secuencia continua y por eso son un símbolo ineficaz para

Muchas veces las peores distorsiones de las garantías y principios fundamentales del debido proceso (derechos fundamentales procesales) provienen de una estructuración incorrecta del proceso que efectúa el legislador o porque en la práctica se termina por derogar el diseño constitucional o legal del proceso penal, constitucionalmente fundado⁴³⁹.

La vigencia del principio acusatorio implica dividir el proceso en fases o etapas con el fin de proteger la imparcialidad del órgano judicial que debe dictar sentencia⁴⁴⁰. La separación de fases representa una condición esencial de la imparcialidad judicial respecto a las partes y al objeto del proceso que es una garantía institucional y orgánica del juez⁴⁴¹. El respeto a las garantías mínimas del debido proceso —y como un contenido esencial del proceso justo— requiere como un criterio de necesidad, más que de oportunidad, que el impulso del proceso penal y la promoción de la acción penal debe ser desplegado por un órgano distinto a quien detenta el poder jurisdiccional⁴⁴².

El proceso penal acusatorio supone la asunción de un método de verificación de los hechos a través de la distribución de funciones y roles entre los sujetos que intervienen en el mismo, generando una dialéctica del contradictorio⁴⁴³. El proceso es una técnica de averiguación de la verdad y un medio de adquisición de conocimientos sobre hechos particulares, concretamente, de conductas humanas debidamente individualizadas que se subsumen en la ley penal.

describir el esfuerzo total. En el marco jerárquico, el héroe de Kafka no está siendo 'procesado', está implicado en 'procedimientos'". DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 86:

439 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 229.

440 Cfr. UBERTIS, Giulio, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4.a ed., Milano: Giuffrè, 2017; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 165; MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 98; FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 140; ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las garantías del imputado en el proceso penal", art. cit., p. 17; y HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 264.

441 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 567; ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las garantías del imputado en el proceso penal", art. cit., p. 18; D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 281; y CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 656.

442 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 132; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 129; y UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 165.

443 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las dos dimensiones del enjuiciamiento", art. cit., p. 229.

El principio acusatorio posee una estructura triádica con una clara separación entre las funciones de acusar, de defensa y de decisión que se atribuye a tres distintos sujetos: la acusación la realiza el Ministerio Público, que representa a la sociedad ofendida por el delito; la defensa al imputado, que es la parte pasiva del proceso, y la decisión final corresponde al juez. La estructura triádica cumple con la función de tutelar el principio del contradictorio que manifiesta la exigencia de que toda cuestión relevante para el proceso sea discutida y debatida entre las partes y decidida por un juez imparcial⁴⁴⁴.

Se denomina acusatorio a todo sistema procesal que considera al juez como un sujeto pasivo que se separa de las partes y del proceso; al proceso se lo concibe como una contienda entre iguales que se inicia con la imputación; al órgano que imputa y acusa le corresponde la carga de la prueba y que se enfrenta de manera dialéctica a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público que es decidido por un juez imparcial de manera razonada⁴⁴⁵.

La característica más importante del modelo acusatorio del proceso penal es que promueve el contradictorio en la formación de la prueba⁴⁴⁶. Por el contradictorio se posibilita el funcionamiento de una estructura dialéctica que se manifiesta en la posibilidad de confrontación entre una tesis y una hipótesis alternativa. Representa un mecanismo eficiente en la búsqueda de la verdad que más allá de una mera elección de política procesal, o método dialéctico, es una garantía epistemológica para el adecuado esclarecimiento de los hechos. Las opiniones contrapuestas de los litigantes amplían los límites de conocimiento del juez sobre los hechos relevantes de la decisión y

444 FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 18; y ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las garantías del imputado en el proceso penal", art. cit., p. 18. "Así resulta una estructura y una dinámica de comunicación triangular, normativamente asegurada por tres garantías procesales: la formulación de la acusación; esto es, de una hipótesis acusatoria, que abre el juicio contradictorio; la carga de la prueba de esta, que pesa sobre el acusador; y el derecho de defensa, que comprende al imputado". ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las dos dimensiones del enjuiciamiento", art. cit., p. 229.

445 Por su parte, el inquisitivo es "todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegando al juicio después de instrucción escrita y secreta de la que están excluidos, o en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa". FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 564.

446 Cfr. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 129; y FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 18.

disminuyen de manera drástica la posibilidad de errores⁴⁴⁷. En este sistema la función jurisdiccional se expresa en el contradictorio sobre el objeto del proceso que desarrollan las partes delante del juez; de modo que cualquier otra actividad es extraña al proceso⁴⁴⁸.

Se recuerda que se distingue entre la prueba constituida —que es aquella que se forma en el proceso, tal como ocurre con la prueba testimonial, el reconocimiento, etc.— y la prueba preconstituida, que se forma y pertenece a una realidad externa al proceso, v. gr. los bienes objeto del delito, el arma homicida, la huella dactilar en la escena del delito, un manuscrito, una fotografía, un vídeo, un documento, entre otros⁴⁴⁹. La regla del contradictorio exige que toda la prueba sea conocida por las partes, que ellas puedan participar en su formación o en su análisis, desplegando la argumentación que se estime pertinente. Mientras en el caso de la prueba preconstituida se ejerce un contradictorio posterior o tardío, en el caso de la prueba constituida el principio acusatorio introduce la más elevada garantía como es el contradictorio en la formación de la prueba. Esta regla fundamental del debido proceso exige que en las declaraciones personales (testimonial, indagación del imputado) para que posean un valor genuino de prueba y se utilice en la decisión deben producirse en presencia y con la intermediación del juez; con la directa y necesaria participación de la acusación y la defensa, quienes pueden interrogar y contrainterrogar, a través del examen cruzado.

La Constitución y la ley procesal penal ha confiado al Ministerio Público la obligación de investigar el delito y de ejercitar la acción penal, competencia que no puede ser confiada al juez sin cuestionar al mismo tiempo el rol de órgano neutral que es una manifestación del principio de imparcialidad⁴⁵⁰. En efecto, para garantizar la imparcialidad del juez es indispensable que un órgano distinto al Poder Judicial determine el objeto que será materia de acreditación en el proceso (*ne procedat iudex ex officio*). La tarea de fijar el ámbito decisorio del juez penal es impuesta, por la Constitución y la ley,

100

447 Cfr. BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 194.

448 Cfr. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 130.

449 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 18; y NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 129.

450 Cfr. DELLA CASA y VOENA, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 63; y HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 264.

al Ministerio Público⁴⁵¹. Desde la perspectiva constitucional, es otro órgano constitucional quien promueve la acción penal y activa la jurisdicción, delimitando el ámbito decisorio del juez. El ejercicio de la acción penal por la Fiscalía actúa como la fuerza propulsora del proceso en todas sus etapas y la imputación que fija se deberá resolver en la sentencia⁴⁵².

Como consecuencia del principio de división de poderes se encarga a distintos órganos del sistema de justicia la tarea de investigar y juzgar. Por un lado, a la Fiscalía se le delega la obligación de indagar el delito y determinar si hay razones para ejercitar o no la acción penal y, por el otro, se encomienda a un órgano jurisdiccional el control de los actos y decisiones del Ministerio Público como la tarea de llevar a cabo una etapa que se caracteriza por un juicio oral, público y en igualdad de armas.

El principio acusatorio en el proceso penal implica el desdoblamiento de la actividad de investigación (fiscal) de la decisoria (juez de garantías), así como la separación de los órganos de investigación de los órganos de juicio. En un Estado constitucional se debe exigir que los órganos jurisdiccionales desarrollen funciones básicamente decisorias —y no investigativas— a fin de posibilitar un control real y efectivo a las decisiones y los actos realizados por el Ministerio Público⁴⁵³.

La división de roles y funciones exige que quien investiga no pueda decidir sobre la afectación de los derechos fundamentales de la persona; así como que quienes son protagonistas de la investigación —en lo que se refiere a la conducción y al control— no pueden participar en el mismo plano a nivel del juicio. Los actos que se producen en cada etapa del proceso penal poseen un valor distinto: los actos de investigación no pueden ser utilizados de manera automática en el juicio, salvo que se trate de prueba preconstituida y prueba anticipada, y los medios de prueba se forman y actúan en igualdad de armas y con pleno contradictorio a nivel del plenario⁴⁵⁴.

451 Cfr. MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 98.

452 Cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 165.

453 Cfr. BOVINO, Alberto, "Ministerio Público y Poder Ejecutivo", en BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 192.

454 HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 265; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 445.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado: “El principio acusatorio lleva implícitamente la idea de que solo puede concebirse el inicio y prosecución de un proceso penal si existe de por medio el ejercicio de la acción penal, que comienza con la realización previa de una investigación y, de ser el caso, da como resultado la formulación y sostenimiento de una acusación. Como idea rectora, el principio acusatorio significa que la existencia de un proceso penal está en función de una actividad de investigación y persecutoria por parte del Ministerio Público, cuyo resultado determina los hechos objeto de incriminación. Y, en consecuencia, si esta actividad cesa, queda vedada la posibilidad de continuar el proceso respecto al objeto penal”⁴⁵⁵.

En el sistema inquisitivo los actos de instrucción llevados a cabo por el juez en secreto, sin participación de las partes y de manera escrita conservan su valor probatorio hasta la sentencia, lo que en la práctica supone prescindir del juicio oral y público. Los fallos se basan en lo realizado en la investigación sin ningún tipo de control y tamiz. Dicho sistema aparece claramente como expresión del absolutismo reinante: concentración ilimitada del poder en manos del juez, adecuación perfecta y utilitaria del proceso al interés del Estado, degradación del inculpado a mero objeto del proceso, etc.⁴⁵⁶

Uno de los mayores reproches que se dirige contra el sistema inquisitivo es que supone un modelo que se caracteriza por la acumulación de poder por parte de un funcionario público (el juez) en el que quien investiga y dirige las diligencias al mismo tiempo tiene competencias para decidir la afectación de los derechos fundamentales, en especial, la libertad personal. Asimismo, se critica que si la investigación es una actividad dirigida a la formulación de una hipótesis imputativa que posee una suficiente calidad explicativa no es correcto que quien sea el encargado de formularla, sea el mismo que deba evaluarla⁴⁵⁷.

455 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez CARBAJAL CHÁVEZ), *Casación N.º 2769-2021*, Lima: 12 de abril del 2022; y SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez FIGUEROA NAVARRO), *Casación N.º 1274-2018*, de 10 de octubre del 2019.

456 Véase GÖSSEL, Karl Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Bogotá: Temis, 1989, p. 15; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 22; y RUSCONI, Maximiliano, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 107.

457 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 22.

Todo proceso penal, al margen de su clase y naturaleza, está estructurado sobre fases o etapas que cumplen objetivos específicos⁴⁵⁸. El proceso más que definirse como el conjunto ordenado de actos procesales, se debe entender como un conjunto de etapas que está formado por una serie de actos.

El Código Procesal Penal, tomando como referencia muchas legislaciones del derecho comparado, divide el proceso penal en dos grandes etapas: la investigación el delito que sirve para determinar si se ejercita o no la acción penal y el juicio oral que sirve para que en un debate contradictorio, y en plena igualdad de armas, se pueda establecer si una persona es culpable o no⁴⁵⁹. En la primera etapa prevalece las diligencias y los actos de investigación; mientras que en la segunda se incorporan y se debaten los medios de prueba propuestos por las partes que tratan de acreditar las hipótesis en conflicto.

El proceso penal peruano vigente se encuentra estructurado según un tradicional esquema bifásico que asume el binomio investigación, por un lado, y la justificación, por el otro lado. Se trata de la existencia de dos contextos: un contexto de investigación (o de descubrimiento) y de un contexto de debate o de justificación⁴⁶⁰. De una fase preparatoria caracterizada por la reserva y el secreto en el curso del cual un órgano investigador indaga la realidad o no de un supuesto hecho delictivo a fin de determinar si existe razones fundadas para ejercitar la acción penal, se pasa a una etapa de debate y contradictorio, en igualdad de armas, en la que de manera pública se busca comprobar si la hipótesis acusatoria es cierta más allá de una duda razonable⁴⁶¹. La finalidad del contexto de investigación y del contexto del juicio es distinta: mientras la investigación busca esclarecer una sospecha, el juicio tiene como meta obtener una decisión final sobre los hechos⁴⁶².

458 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 229.

459 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 10. Para ANDRÉS IBÁÑEZ, “el juicio aparece, así, configurado como momento nuclear del proceso, en el que, mediante la valoración de los datos probatorios aportados por la acusación y la defensa, el juzgador llevará a cabo una evaluación de las respectivas hipótesis en contraste. Es, pues, el momento y lugar de comprobación de la calidad de las explicaciones del caso ofrecidas por las partes”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 23.

460 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial”, art. cit., p. 266.

461 Cfr. CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 494.

462 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 51.

La separación de las fases del proceso penal se relaciona con la distribución de roles. En la fase de investigación, el protagonista es el Ministerio Público que recoge de manera amplia y relevante la evidencia para decidir si ejercita o no la acción penal; mientras que el protagonista en el juicio oral es el Poder Judicial a través de los jueces penales⁴⁶³. Aquí la Fiscalía es solo una parte que debate en igualdad de armas con el imputado, la parte civil y el tercero civilmente responsable.

La etapa de investigación es un simple procedimiento que tiene como meta el acopiar y recoger las fuentes de prueba, situación que es una competencia de las partes: la acusación tiene el deber de la carga de la prueba y a la defensa se le reconoce el derecho a rebatir y a cuestionar los medios de prueba de cargo. En la etapa del debate y el juicio oral se está ante el verdadero proceso en el que los diversos medios de prueba se actúan por las partes a través del contradictorio delante del juez a fin de que asuma una determinada decisión⁴⁶⁴. Con razón, se afirma que se desnaturaliza la etapa de investigación si es que se entiende que en ella se debe probar la culpabilidad de una persona⁴⁶⁵.

En el proceso penal peruano, la evidencia recogida en la etapa de investigación solo tiene una eficacia limitada y puede utilizarse para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia (art. 325 del CPP). Las diligencias de esta etapa y los actos de investigación no pueden servir para fundamentar una sentencia condenatoria, salvo que se trate de prueba anticipada o de prueba preconstituida.

En el derecho comparado, se establece que en el proceso penal hay dos fases o etapas: una primera fase denominada investigación, instrucción, sumario o diligencias previas⁴⁶⁶ que se diferencia conceptual y funcionalmente de la segunda fase, denominada juicio oral⁴⁶⁷. 103

463 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, 2.^a ed., Lima: Palestra, 2015, p. 209.

464 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., pp. 19 y 20.

465 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 51.

466 Véase D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 277 (para quien la palabra "instrucción" tiene un sentido dinámico, pues alude a la provisión de materiales o medios de construcción; por su parte, el vocablo "sumario" se usa para englobar la fase instructoria predominantemente práctica o de investigación); BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 236; BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 51.

467 En la doctrina italiana: CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 446; SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 6. En la doctrina

Sin embargo, en la doctrina tomando en cuenta el desarrollo del proceso hay quienes consideran que en el proceso penal hay tres fases muy marcadas: (i) la fase de declaración que cuenta a su vez con tres subfases: la etapa de investigación y acusación; la etapa de juicio oral y de la sentencia; (ii) la fase de ejecución de la sentencia; (iii) la fase cautelar que trata de asegurar personas y bienes ante una eventual sentencia condenatoria. Incluso, se destaca que en algunos países se incluye la fase policial en la medida que es la Policía quien asume el rol de investigar el delito como órgano técnico especializado⁴⁶⁸.

También hay quienes aluden a la existencia de 5 etapas del proceso penal⁴⁶⁹:

- (i) Una primera fase de investigación, preparación o instrucción, cuyo fin consiste en la preparación de la acusación o del juicio.
- (ii) Una segunda fase donde se critica o analiza el resultado de esa investigación.
- (iii) Una tercera etapa plena, principal, que es el juicio propiamente dicho.
- (iv) Una cuarta fase en la que se controla el resultado de ese juicio, la sentencia, a través de distintos medios de impugnación o recursos.

española: CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 222; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, 10.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 219; FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 139; ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 17; y BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 51 (“El proceso penal moderno se caracteriza por una fase de investigación previa al juicio propiamente dicho; en esta fase predominan las máximas del proceso inquisitorial”). En la doctrina brasileña: BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 65.

468 Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 155.

469 “No todos los sistemas procesales organizan estas fases del mismo modo: algunos entregan la instrucción y el juicio a un mismo juez, otros a jueces diferentes; algunos realizan todo el procedimiento por escrito y otros realizan una instrucción escrita y el juicio oral; en fin, cada código de procedimientos organiza las fases de distinto modo aunque, como ya hemos visto en capítulos anteriores, existen ciertos modelos básicos de estructuración de los sistemas procesales (inquisitivo, acusatorio, escrito, oral, etc.) a los que responden los distintos sistemas normativos”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 229.

- (v) Una quinta fase en la que se ejecuta la sentencia que ha quedado firme.

En la doctrina peruana se plantea que el proceso penal está dividido en tres etapas: **104**

- (i) La fase de la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público que se compone de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria propiamente dicha⁴⁷⁰.
- (ii) La fase intermedia a cargo del juez de la investigación preparatoria que se relaciona con el control de la acusación fiscal, el ofrecimiento de medios de prueba y el sobreseimiento.
- (iii) El juicio oral público y contradictorio en el que se actúan de manera contradictoria todos los medios de prueba admitidos⁴⁷¹.

Los efectos del inicio de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria son: (i) el nacimiento del derecho de defensa, la posibilidad de conocer los cargos, allanarse, contradecir y ofrecer actos de investigación; (ii) el inicio de la litispendencia penal; (iii) la prejudicialidad; y (iv) la posibilidad de que se compute la suspensión o la interrupción de la prescripción del delito⁴⁷².

El proceso penal peruano de corte acusatorio elimina la figura del juez instructor que en el modelo del Código de Procedimientos Penales se encargaba de realizar las diligencias y recoger elementos de prueba. La dirección y gestión de la etapa de investigación actualmente se encomienda a un órgano autónomo e independiente que es el Ministerio Público, que es quién debe decidir si se ejercita la acción penal o no. **105**

La naturaleza de los actos del Ministerio Público que se desarrollan a nivel de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria no posee carácter jurisdiccional. Se trata más bien de un procedimiento que está con-

470 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 433.

471 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 229 y ss.; ORÉ GUARDIA, Arsenio, "El Ministerio fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano", en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006, p. 163; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 432.

472 Cfr. CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 224; y REYNA ALFARO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 52.

formado por una serie de actos ordenados y concatenados entre sí que buscan determinar si hay razones plausibles para el ejercicio o no de la acción penal.

En la etapa de investigación, el Ministerio Público no adquiere ni incorpora al proceso medios de prueba ni las diligencias que lleva a cabo pueden servir para fundar de manera inmediata una sentencia condenatoria. Los medios de prueba se asumen y actúan recién a nivel del juicio oral que se caracteriza por un juicio público en igualdad de armas y en un contradictorio pleno.

7. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

7.1. La investigación del delito como misión constitucional del Ministerio Público

106 La principal misión constitucional que se le atribuye al Ministerio Público es la investigación del delito, desde el inicio hasta su conclusión.

La investigación del delito es una actividad eminentemente creativa que trata de superar un estado de incertidumbre para alcanzar conclusiones y resultados plausibles mediante la búsqueda de fuentes y órganos de prueba pertinentes y útiles⁴⁷³.

La finalidad de la investigación del delito es la reconstrucción jurídica de un hecho en su existencia histórica y que se produce mediante una secuencia de actos jurídicamente preordenados y practicados por las personas legítimamente autorizadas con el objetivo de adoptar una decisión sobre el objeto de la investigación⁴⁷⁴. La reconstrucción de un hecho punible ocurrido en el pasado para que sea jurídicamente lícita debe efectuarse de un modo

473 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 236 y 237, quien destaca, sin embargo, que “lo que debería ser una actividad creativa se ha convertido en una actividad rutinaria, en una simple acumulación, más o menos mecánica, de hojas que transcriben actas. Este fenómeno de burocratización de la investigación —fenómeno que genera mucha impunidad— es una consecuencia del procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esta fase, lo cual lleva necesariamente a una formalización excesiva de la investigación”.

474 Cfr. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 28.

procesalmente válido, siguiendo el debido procedimiento probatorio y con el respeto integral de los derechos fundamentales de la persona⁴⁷⁵.

La investigación del delito requiere contar tanto con personal técnico especializado (v. gr. peritos, funcionarios adscritos) como con los recursos materiales y logísticos necesarios para cumplir con su labor constitucional y legal. No basta ostentar un poder formal o unas competencias jurídicas establecidas legalmente, si es que no se cuentan con medios técnicos, recursos materiales y procedimientos efectivos.

La efectividad y la eficacia de la investigación depende tanto de la capacidad, la competencia profesional de quienes la realizan como también —de modo particularmente relevante— de los recursos y las condiciones materiales que permiten la tarea de reconstrucción de un suceso histórico, ubicado en un tiempo y en un espacio. No basta la inteligencia, la habilidad y las condiciones personales del investigador, sino también es indispensable contar con los medios técnicos, los recursos básicos para realizar dicha labor y con procedimientos rápidos, ágiles y eficaces⁴⁷⁶, jurídicamente reglados. Una cabeza sin manos hace fracasar cualquier investigación.

La investigación del delito no es una investigación teórica, burocrática, de gabinete, de despacho o que se basa en elementos formales. En la medida que la investigación del delito tiene que ver con hechos y fenómenos reales, que ocurren en un determinado contexto social y personal, es necesario que —como cualquier investigación con fines prácticos y sociales— se cuente con una dotación de medios y recursos que hagan efectiva dicha tarea y no la condenen al fracaso.

La investigación del delito, como forma de investigación empírica o de hechos institucionales, ha de contar con todos los medios útiles y pertinentes para descubrir la verdad. No basta que el investigador cuente con un determinado nivel teórico, con capacidades especiales, si es que no se le entrega materiales adecuados para que pueda realizar su tarea.

475 Cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito processual penal português. Do procedimento (marcha do processo)*, 3.^a reimp., t. III, Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 25.

476 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 304; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 440.

7.2. La *notitia criminis* y la investigación del delito

38 El CPP prescribe: “[E]l fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes. La inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública” (art. 329). También se establece que “el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial” (art. 60.1).

La noticia o información de la comisión de un delito puede llegar a conocimiento del Ministerio Público, como órgano constitucionalmente autónomo encargado de la investigación del hecho punible, por medio de cuatro posibles vías: por conocimiento propio (v. gr. dentro del marco de una investigación o un proceso penal), a través de la denuncia de un tercero (persona natural o jurídica), por medio de la Policía Nacional o por la información que propala un medio de comunicación. El conocimiento de que se ha cometido un posible hecho delictivo puede provenir de cualquier fuente y dicho conocimiento puede ser directo o indirecto⁴⁷⁷.

109 En el derecho peruano la investigación de un delito solo se puede iniciar desde que el Ministerio Público adquiere, de cualquier forma, el conocimiento de la sospecha de la comisión de un delito. La denominada *notitia criminis*⁴⁷⁸ es la información adquirida por el Ministerio Público (o la Policía) acerca de la posible comisión de un hecho punible⁴⁷⁹. Constituye la condición indispensable para el inicio de las diligencias preliminares y la

477 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Direito processual penal português. Do procedimento (marcha do processo)*, ob. cit., p. 50; BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, 6.ª ed., t. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 248; y REYNA ALFARO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 48.

478 CHIAVARIO recuerda que la expresión “noticia del delito” posee cierta ambigüedad. CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 449.

479 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 88; HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 305; REYNA ALFARO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 48; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 449.

realización de actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos⁴⁸⁰. Se trata de una hipótesis que se debe verificar rigurosamente⁴⁸¹.

Los canales por la que se ingresa la información al Ministerio Público acerca de la comisión de un delito se denominan “actos iniciales del proceso”⁴⁸² o actos iniciales de investigación.

La *notitia criminis* es el conocimiento espontáneo o provocado de la comisión de un hecho considerado como delito por una autoridad encargada de la investigación del delito (Ministerio Público, Policía Nacional). Ella permite a los órganos de persecución recibir una información de que se ha cometido un ilícito penal⁴⁸³. Constituye el presupuesto para el inicio de un procedimiento penal y la investigación del delito⁴⁸⁴. La *notitia criminis* es espontánea cuando el conocimiento del hecho punible ocurre de manera directa o inmediata en el ejercicio rutinario de sus actividades, v. gr. se encuentra el cuerpo del delito. Por su parte, la *notitia criminis* es provocada cuando es transmitida a la autoridad por un acto (formal o informal) de una tercera persona, v. gr. la declaración de la víctima, la denuncia de una persona natural o jurídica⁴⁸⁵, etc.

Desde el punto de vista procesal, es indiferente si el representante del Ministerio Público o el personal policial presencié de manera directa el hecho, si ha tomado conocimiento por terceros, ha recibido ciertos docu- 110

480 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 6; CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 403; y MIRANDA RODRIGUES, “El Ministerio fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, art. cit., p. 212.

481 ANDRÉS IBÁÑEZ señala: “La hipótesis de partida elaborada de ese modo se nutre de los primeros datos fruto de la observación; y deberá ser inmediatamente evaluada en su calidad explicativa, mediante la deducción de consecuencias. Si estas resultasen compatibles con los datos o vestigios disponibles, aquella deberá mantenerse, a la vez que se enriquecerá con nuevos elementos; ganará en complejidad, abriéndose, normalmente, en sub hipótesis con las que tendrá que operarse del mismo modo. En otro caso tendría que ser descartada y sustituida por otra más plausible”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial”, art. cit., pp. 260 y 266. Vid. CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 644; y SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 89.

482 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 233.

483 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 507.

484 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 88.

485 Cfr. BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 75.

mentos, si adquiere la información de los medios de comunicación (escrito o televisivo)⁴⁸⁶ o, incluso, si se basa en un rumor que tiene sustento objetivo⁴⁸⁷. Se reconoce que si en un determinado lugar o contexto se difunde la noticia de que se ha cometido un delito (voz pública y notoriedad) es posible que se abra diligencias preliminares, siempre que sea razonable. De igual manera, ocurre con los casos de flagrancia y cuasi flagrancia⁴⁸⁸.

La noticia del delito puede ser específica o genérica, según se indique o no el posible autor del hecho punible⁴⁸⁹. No es necesario de que la información del delito se dirija en contra de una persona en concreto o esta se encuentre debidamente individualizada o que se deba indicar o señalar a un autor determinado⁴⁹⁰. La sospecha inicial solo comprende la necesidad de que existan los elementos fácticos suficientes acerca de un hecho. En la sospecha inicial basta que haya indicios o elementos de la comisión de un delito y no es necesario que se identifique a una persona o que haya una sospecha fundada de que una persona ha cometido el hecho como su autor o partícipe⁴⁹¹.

La noticia del delito puede provenir de fuentes nominadas o típicas (v. gr. denuncia) o de fuentes innominadas o atípicas (anónimo) que no se encuentran previstas en la ley⁴⁹².

111 La noticia de la comisión de un delito, por lo general, es previa, exterior al procedimiento de investigación y a la vez constituye un acto procesal de

486 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 93; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 461.

487 “Por ejemplo, el fiscal al mirar por la ventana de su oficina, es testigo casual de un accidente de tránsito; o lee en las noticias que una mujer abandonada por su marido ha intentado suicidarse y matar a sus hijos abriendo la llave de gas; o ha escuchado de que el gerente de un banco ha transferido a otro banco, en el día de la declaración de insolvencia, la cantidad de 100 millones de euros”. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 470.

488 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 449 y 550.

489 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 88.

490 Por todos, VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 80; ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 473; LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 120; y SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 91; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 449.

491 Cfr. VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 80.

492 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 88.

enorme importancia. Por ello, se reclama que el Ministerio Público debe intervenir para controlar una decisión policial de no recibir, por ejemplo, una denuncia o no practicar un determinado acto de investigación⁴⁹³.

En el derecho comparado, se considera que el Ministerio Público no debe promover o iniciar el procedimiento de investigación frente a cualquier información (noticia) de la eventual comisión de un delito. Por ejemplo, algunas legislaciones (v. gr., Portugal) consideran que se debe tomar reparos ante los casos de las denuncias anónimas, cuando la noticia no merezca credibilidad, se narre un hecho imposible o si existe una manifiesta extinción de la punibilidad⁴⁹⁴. Se considera que las denuncias anónimas han demostrado ser un instrumento eficaz para conocer los hechos delictivos; sin embargo, es totalmente inadmisibles en un Estado de derecho, protector de los ciudadanos, que se dé curso a dichas denuncias, ya que “puede convertirse fácilmente en un instrumento de persecución, inclusive de persecución política”⁴⁹⁵. En cambio, en Alemania se considera que las denuncias anónimas, que no contienen más que un “anoticiamiento”, pueden fundar una sospecha inicial que deberá ser investigada para corroborarla o estimarla⁴⁹⁶. Con todo, se exige que a esta clase de denuncia se le debe dispensar un especial cuidado⁴⁹⁷.

En la legislación peruana se estima que si bien cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público (326.1 del CPP) la denuncia debe cumplir con ciertos requisitos; al respecto el CPP prescribe: “[T]oda denuncia debe contener la identidad del denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos, y —de ser

112

493 Cfr. GÖSSEL, Karl Heinz, “El Ministerio fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, en GÖSSEL, Karl Heinz, *El derecho procesal penal en el Estado de derecho. Obras completas*, t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 56.

494 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Direito processual penal português. Do procedimento (marcha do processo)*, ob. cit., p. 50.

495 BINDER señala: “Creo, pues, que es impropio de un Estado republicano dar curso a estas denuncias, aunque es común que las policías den comienzo a sus investigaciones por medio de denuncias de este tipo no haciéndolas valer como tales, sino como modos difusos de iniciar una investigación de oficio”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 234 y 235.

496 Cfr. VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 80.

497 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 472.

posible— la individualización del presunto responsable” (art. 328.1). Solo si es posible se debe lograr la individualización del presunto responsable.

Los requisitos obligatorios de la denuncia son: (i) establecer la identidad del denunciante y (ii) la narración detallada y veraz de los hechos⁴⁹⁸. La ley establece que la denuncia podrá formularse por cualquier medio⁴⁹⁹. Si es escrita, el denunciante firmará y colocará su impresión digital. Si es verbal, se sentará el acta respectiva (art. 328.2). La denuncia escrita, presentada en mesa de partes o vía digital, debe cumplir ciertos requisitos como el hecho de que debe ser firmada y debe colocarse su impresión digital⁵⁰⁰. No basta la firma del documento (denuncia) para que tenga validez, ya que se necesita que para lograr una mayor garantía de autenticidad la denuncia lleve la impresión digital de quien la formula. En el caso de la denuncia oral o verbal se debe elaborar el acta correspondiente.

En la doctrina nacional se considera que la falta de estos requisitos solo afecta a la denuncia en cuanto acto imputativo; de tal manera que si el proceso ya se ha iniciado, la irregularidad o el incumplimiento de los presupuestos legales no puede afectar lo actuado con posterioridad⁵⁰¹.

Una vez que el Ministerio Público adquiere el conocimiento de la comisión de un delito a nivel de sospecha simple debe proceder de oficio a la realización de las diligencias que estime urgentes e indispensables para el esclarecimiento de los hechos, la develación de los posibles autores y el descubrimiento de la verdad. La fase de investigación del delito tiene como finalidad investigar la posible existencia del hecho delictivo y determinar quiénes han podido intervenir en su realización, recogiendo la evidencia tendiente a poder adoptar la decisión que corresponda, luego de la necesaria indagación de los hechos objeto de la investigación.

El CPP regula el tratamiento de los delitos cuyo ejercicio de la acción penal es pública y se distingue de los delitos en el que el ejercicio de la acción

498 “Deben contener una descripción del hecho denunciado”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 234.

499 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 91; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 500.

500 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 453.

501 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 91.

penal es privado o depende de la instancia de parte, v. gr. delitos contra el honor o contra la intimidad.

La *notitia criminis* puede ser puesta en conocimiento de la Policía o del Ministerio Público⁵⁰². La Policía puede iniciar una investigación directa con el control o la orientación del Ministerio Público, previa notificación formal⁵⁰³ o puede remitir la denuncia inmediatamente al Ministerio Público. Asimismo, el Ministerio Público frente a una denuncia presentada puede abrir una investigación fiscal que maneja y dirige directamente sin intervención de la Policía; puede optar por la remisión de los actuados a la Policía para que realice la investigación policial respectiva o puede solicitar la participación y el apoyo de la policía en diligencias concretas y particulares. La investigación fiscal puede, además, llevarse a cabo sin intervención alguna de la Policía⁵⁰⁴.

El art. 67.1 del CPP prescribe:

[L]a Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal.

Tan pronto la Policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público por la vía más rápida y también por escrito, indicando los elementos esenciales del hecho y demás elementos inicialmente recogidos, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir⁵⁰⁵. La policía, por iniciativa propia, no puede abrir investigación por alguna

502 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 235; SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 90; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 451.

503 Cfr. GÖSSEL, "El Ministerio fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho", art. cit., p. 56; HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 300; y CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR, *El proceso penal. Teoría y práctica*, 5.ª ed., Lima: Palestra, 2003, p. 191.

504 De otra opinión: HURTADO POZO, JOSÉ, *El Ministerio Público*, Lima: Eddili, 1984, p. 55.

505 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 98.

noticia de la comisión de un delito. Dicha competencia, la Constitución y la ley la reservan únicamente al Ministerio Público, dejando en claro que si la Policía toma conocimiento de un hecho punible lo debe poner de inmediato en manos de la Fiscalía⁵⁰⁶. Con todo, después de comunicada la noticia del delito, la Policía continuará las investigaciones que haya iniciado y después de la intervención del fiscal practicará las demás investigaciones que les sean delegadas. Las citaciones que en el curso de las investigaciones realice la policía a las personas pueden efectuarse hasta por tres veces (art. 331). Se resalta que la Policía es solo la destinataria provisional de la noticia del delito, debido a que tiene la obligación legal de comunicar de manera inmediata al Ministerio Público⁵⁰⁷. La expresión legal de que la Policía debe “dar cuenta inmediata al fiscal” ha de interpretarse como dicha comunicación debe producirse sin retardo y rápidamente.⁵⁰⁸

En la práctica, muchas veces la primera noticia de comisión del delito la recaba la Policía. La ley establece el mandato que luego de que la Policía tome conocimiento de los delitos debe dar cuenta inmediata al fiscal. Ello no impide, sin embargo, que pueda realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para:

- (i) Impedir sus consecuencias.
- (ii) Individualizar a sus autores y partícipes
- (iii) Reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal.

El deber de la Policía de informar inmediatamente al Ministerio Público una vez que tome conocimiento de los delitos no quiere decir que la Policía no puede seguir investigando los hechos. Sin embargo, el control de la investigación lo debe tener desde el inicio la Fiscalía, tal como lo establece el art. 159.4 de la Constitución. La ley establece que la Policía puede llevar a cabo las diligencias de urgencia e imprescindibles. La Policía en la investigación del delito cuenta con una libertad dirigida, tanto porque debe informar

506 Cfr. DE SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 120.

507 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 450; y HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 300.

508 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 92; y NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 247.

al fiscal de los actos que realiza como reconocer un poder de dirección en la indagación que lleva a cabo⁵⁰⁹. La legislación procesal peruana expresamente reconoce a la Policía Nacional las atribuciones para investigar un hecho de apariencia delictiva⁵¹⁰.

De todas las diligencias específicas que realice, la Policía sentará actas detalladas las que entregará al fiscal. Respetará las formalidades previstas para la investigación. El fiscal durante la investigación preparatoria puede disponer lo conveniente en relación con el ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía (art. 68.2). Con ello, se sienta la obligación de que la Policía debe perennizar su intervención en la investigación del delito y, sobre todo, en las diligencias específicas que desarrolla a través de la elaboración de las actas correspondientes.

Asimismo, la Policía en todos los casos en que intervenga elevará al fiscal un informe policial. El informe policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades. El informe policial adjuntará las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas, las recomendaciones sobre actos de investigación y todo aquello que considere indispensable para el esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados (art. 332).

Los policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria.

Una de las modalidades con las que se adquiere el conocimiento sobre la comisión de un hecho punible es a través de una denuncia. **114**

El art. 326.1 del CPP señala que “cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público”.

509 Cfr. DOIG DÍAZ, Yolanda, “El Ministerio fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006, p. 191.

510 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 223.

El término denuncia debe ser entendido en un sentido técnico y no vulgar⁵¹¹. Denunciar es poner en conocimiento de la autoridad la comisión de un hecho punible, independientemente de si se la comunica de manera verbal o escrita⁵¹². El Manual Operativo de Diligencias Especiales del CPP de 1991 entiende por denuncia: “La manifestación verbal o escrita, que se hace ante la Fiscalía competente o autoridad policial, de la perpetración de hechos delictuosos, que dan lugar a una acción penal ya sea pública o privada”.

La denuncia penal es una declaración de conocimiento por la que se comunica a una entidad estatal (Policía o Ministerio Público) uno o varios hechos con relevancia para el derecho penal⁵¹³. Se trata de una manifestación por el que cualquier persona (física o jurídica) pone en conocimiento de la Fiscalía o de la Policía la comisión de un posible hecho punible⁵¹⁴. Ella puede ser presentada por cualquier persona (nacional o extranjera), al margen de si se trata de una víctima o agraviado de un delito⁵¹⁵, un testigo (presencial o de referencia)⁵¹⁶, entre otros. En nuestro sistema procesal el destinatario de una denuncia penal, por regla, es el Ministerio Público o la Policía Nacional⁵¹⁷.

Los particulares, o las personas naturales o jurídicas, que tienen el conocimiento de la comisión de un delito o les consta su perpetración pueden informar del hecho a las autoridades encargadas de la persecución penal: Ministerio Público o Policía. Estas personas no tienen ninguna obligación

511 Cfr. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed., 2.ª reimp., t. II, Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 237.

512 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 471; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 507; CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 499; y FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración de justicia*, Lima: Jurista Editores, 2000, p. 28.

513 Cfr. VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 81; SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 94, para quien la denuncia se trata una mera sugerencia a los órganos encargados de la persecución, que desencadena en su caso la obligación de perseguir; SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 90; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 233; CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 499; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 451.

514 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 88.

515 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 507.

516 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 233.

517 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 90.

jurídico-penal de denunciar, al margen de si se trata de un delito grave o un delito leve⁵¹⁸. La denuncia, salvo los casos previstos en la ley, es una facultad de la persona⁵¹⁹ que cumple con ello un deber cívico⁵²⁰. Cualquier persona posee la facultad de denunciar hechos delictuosos ante la autoridad⁵²¹.

Asimismo, no tienen la obligación de denunciar: (i) las personas contra su cónyuge y parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; (ii) tampoco existe esta obligación cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional (incs. 1 y 2 del art. 327 del CPP).

La no obligación jurídica de denunciar de los ciudadanos encuentra su fundamento constitucional en el hecho de que en un Estado constitucional, a diferencia de lo que ocurre en un Estado policial, los ciudadanos no son garantes del orden ni de la seguridad pública ni pertenecen a una sociedad totalitaria que les obliga a reportar los delitos que de cualquier manera puedan llegar a conocer⁵²².

En el derecho comparado se distingue entre una denuncia facultativa y una denuncia obligatoria⁵²³. La primera es competencia de los particulares y la segunda, como regla, comprende a los funcionarios públicos que tienen el deber de comunicar a la autoridad competente cualquier delito que sea de su conocimiento. Se reconoce que en un Estado de derecho la legislación procesal penal no puede establecer una obligación general de denunciar a todos los ciudadanos. Solo es posible establecer casos concretos y particulares

518 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 471; y SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 95.

519 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 454.

520 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 507; y CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 403.

521 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 90.

522 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 233 (“Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un Estado policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden: tal sociedad totalitaria no es recomendable, ni respondería a los principios republicanos de nuestra Constitución”); y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 455.

523 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 89. En el derecho nacional: SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 90; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 454.

de denuncia obligatoria, tal como ocurre con los casos de una determinada situación profesional, funcional⁵²⁴ o de compromiso con determinados bienes jurídicos.

En la doctrina se discute si los funcionarios públicos tienen una obligación legal de denunciar, aun cuando no tengan relación con la persecución penal. Por ejemplo, se discute el caso si los funcionarios de mayor jerarquía deben denunciar los hechos punibles de los inferiores jerárquicos. El CPP prescribe que deberán formular denuncia: (i) quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la ley. En especial lo están los profesionales de la salud, por los delitos que conozcan en el desempeño de su actividad, así como los educadores, por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo; (ii) los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tomen conocimiento de la realización de algún hecho punible (lits. a y b del art. 326.2). La persona, especialmente el funcionario público, que no comunica o informa la comisión de un delito puede realizar la tipicidad del delito de omisión de denuncia (art. 407 del CP⁵²⁵).

El deber de denunciar de algunos funcionarios públicos reside en que sobre ellos recaen una especial posición de garante derivada de expresos mandatos legales o de deberes de protección de fuentes de peligro. Asimismo, existe una situación profesional derivada de su especial relación con determinados bienes jurídicos que lo obligan a asumir un compromiso directo y específico con la tutela de ciertos intereses⁵²⁶.

De manera general, en algunas legislaciones no es indispensable que la denuncia se encuentre firmada o es posible que la denuncia se produzca usando nombres falsos o a través de un anónimo⁵²⁷. La denuncia no siembre

524 "Los códigos procesales tienen normas de esta clase y se podría extender la obligación hacia otras situaciones similares; por ejemplo, los tutores respecto de los delitos que afecten a sus pupilos, o los órganos de las personas jurídicas respecto de los delitos que afecten al patrimonio de su representada". BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 234.

525 "El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años".

526 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 234; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 455.

527 Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, 2.^a ed., reimp., t. III, Bogotá: Temis, 1985, p.

debe ser espontánea. Puede ocurrir en el seno de un interrogatorio, de una declaración indagatoria o a nivel de un testimonio⁵²⁸. Se sostiene que la forma de la denuncia realizada por un particular debe ser tan sencilla como sea posible⁵²⁹.

Según el art. 328.1 CPP, “toda denuncia debe contener la identidad del denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos, y —de ser posible— la individualización del presunto responsable”. Entonces, los requisitos obligatorios de la denuncia son: 115

- (i) establecer la identidad del denunciante;
- (ii) la narración detallada y veraz de los hechos. Solo si es posible se debe lograr la individualización del presunto responsable.

En la doctrina nacional se considera que la denuncia debe contener la relación circunstanciada del hecho que se considera criminal, con la especificación necesaria del lugar, tiempo y modo de cómo fue perpetrado el hecho⁵³⁰. La comunicación de un hecho delictivo de modo abstracto o impreciso no constituye una verdadera denuncia; a lo sumo puede representar un indicio para que luego una indagación se concrete⁵³¹.

Desde el punto de vista jurídico, en la denuncia lo importante es la descripción y la precisión de los hechos con relevancia jurídico-penal; no es importante ni decisiva la eventual calificación jurídica que haga el denunciante⁵³².

333.

528 Cfr. PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale*, t. II, Milano: Giuffrè, 2000, p. 70; y ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale*, vol. II, 40.ª ed., Milano: Giuffrè, a cura de Luigi Conti, 2003, p. 468.

529 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 471.

530 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 500.

531 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 452.

532 “Respecto al tipo penal que se indique, es preciso aclarar que, aunque en la denuncia de parte que se presenta ante la Policía o ante la Fiscalía se invoque un tipo penal errado, la denuncia debe admitirse; pues es el Ministerio Público quien ostenta la exclusividad del ejercicio público de la acción penal y como tal le corresponde la calificación jurídica de los hechos que se va a investigar y de ser el caso la posible corrección de la calificación a efecto de proceder a la realización de la investigación preliminar”. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 453.

116 Uno de los problemas que se presentan alrededor de la *notitia criminis* consiste en responder la pregunta acerca de si el fiscal puede iniciar una investigación sobre la información obtenida de forma extraoficial⁵³³.

El CPP no regula el caso de la información del delito que el fiscal adquiere de manera extraoficial.

En el derecho comparado una posición considera que la adquisición de información de manera extraoficial no es problema para iniciar y proseguir una investigación fiscal, en atención de que no se puede dividir claramente la esfera oficial de la esfera privada.

Creemos que cualquier información adquirida de manera informal o extraoficial por un fiscal debe determinar el reporte de manera inmediata al despacho fiscal de turno o competente a fin de que pueda tomarse las medidas del caso y si corresponde abrir investigación.

En la doctrina procesal se reconoce que en determinadas situaciones de conflicto el fiscal puede estar liberado de la obligación de informar la comisión de un ilícito que conoce de manera privada o por una fuente extraoficial. Ello ocurre cuando el fiscal conoce que familiares cercanos o amigos íntimos han intervenido en la comisión de un delito. Se trata de un conflicto de conciencia que debe solucionarse respetando el fuero interno del fiscal que es una manifestación de la dignidad de la persona humana⁵³⁴.

117 Las consecuencias jurídicas de la recepción de una noticia de la comisión de un evento delictivo son⁵³⁵:

- (i) Se pasa de una posible etapa de prevención del crimen a una etapa de investigación y de eventual represión del posible evento delictivo.
- (ii) Si la Policía recibe la información de que se ha cometido el delito tiene la obligación de informar inmediatamente el hecho punible que conoce al fiscal competente (arts. 67.1 y 331.1).

533 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 470; SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 27 y 28; y VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 82.

534 Cfr. SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 27 y 28.

535 Véase TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 507.

- (iii) El Ministerio Público al recibir de manera directa, o a través de terceros, la noticia del delito debe analizar y calificar dicha información disponiendo, como regla, el inicio de diligencias preliminares.
- (iv) Con la recepción, formal o material, de la noticia del delito se activa el ejercicio del derecho de defensa y la presunción de inocencia de la persona sospechosa.

7.3. La finalidad y función de la investigación preparatoria y las diligencias preliminares

La investigación preparatoria tiene “por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado” (art. 321.1 del CPP). 118

Por expreso mandato legal la finalidad de la investigación preparatoria lo representa el determinar:

- (i) si la conducta incriminada es delictuosa,
- (ii) las circunstancias,
- (iii) los móviles de la perpetración,
- (iv) la identidad del autor o partícipe y de la víctima,
- (v) la existencia del daño causado.

Una de las finalidades más importantes de la investigación preparatoria es determinar las circunstancias de modo, tiempo modo y lugar en las que se habría cometido la conducta punible que se le atribuye a una persona⁵³⁶.

Durante el periodo preparatorio existen cuatro tipos de actividades: (i) diligencias o actividades puras de investigación; (ii) decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento; (iii) anticipos de prueba, es decir, actuación de la prueba que no pueden esperar su producción en el debate; y (iv) requerimientos fiscales o autorizaciones judiciales, vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales⁵³⁷.

536 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 8.

537 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 236.

119 En la doctrina hay acuerdo sobre la necesidad de la existencia de una etapa del proceso penal destinada a reunir los elementos útiles que justifican la continuación o no de la causa y si es conveniente formular una imputación o acusación en contra de una persona⁵³⁸.

Sin embargo, lo que se discute es la elección entre dos modelos antagónicos de investigación y procedimiento penal: uno que está influido por el sistema inquisitivo a cargo del juez, que es quien concentra las facultades de inquirir y juzgar; y otro modelo que asume el principio acusatorio, en el que las fases de investigación y de enjuiciamiento se encuentran claramente diferenciadas. Una se encuentra a cargo del Ministerio Público y la otra a cargo del órgano jurisdiccional.

La existencia de la investigación preparatoria bajo la dirección del Ministerio Público se explica de manera satisfactoria a partir del modelo acusatorio que se caracteriza por la separación definitiva de la función de investigación y requirente de la función de decidir sobre la afectación de los derechos fundamentales y la de juzgar⁵³⁹. Dentro del nuevo sistema procesal fundado en la Constitución al separarse definitivamente la función de investigar y de formular requerimientos de la función judicial, resulta necesario que la tarea preliminar de indagar y de decidir el ejercicio de la acción penal debe quedar en manos del mismo órgano: la Fiscalía. Por mandato de la Constitución Política de 1993 tanto la dirección (conducción) de la investigación como el ejercicio de la acción penal corresponde llevarla a cabo al Ministerio Público.

120 En la doctrina se considera que hay dos modelos “puros” de investigación del delito: uno altamente formalizado, burocrático, documentado, durante el cual se recoge la prueba de cargo que será utilizada en contra del imputado, que, por otra parte, prácticamente carece de facultades de control sobre los actos que se realicen, y otro, en el cual el órgano encargado de la

538 Cfr. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 384; y GUARIGLIA, Fabricio, “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 83.

539 Cfr. RUSCONI, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, art. cit., p. 102; y BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 236 y 240.

persecución penal —distinto a aquel que controlará la legalidad de sus actos— recoge, en forma ágil e informal, aquellos elementos que le permitan fundar solamente su pretensión de llevar al investigado a juicio: en este último modelo, la única prueba de cargo admisible —salvo excepciones— es aquella que se produce durante la etapa contradictoria, pudiendo ser ampliamente confrontada por el imputado⁵⁴⁰.

La decisión legislativa de adoptar uno u otro modelo no constituye solo una elección ideológica y política dentro del ámbito de discrecionalidad que se le reconoce al legislador, sino que dicha elección debe tomar en cuenta los principios y reglas constitucionales como la necesidad de preservar la vigencia de los derechos fundamentales de carácter procesal⁵⁴¹, entre los que destacan el contenido esencial del derecho de defensa (art. 139.14) y el principio institucional de imparcialidad, al exigir que el juez que decida el litigio se mantenga extraño al conflicto que le ha sido planteado (art. 139.3).

También deben cumplirse con las reglas convencionales fijadas en los tratados de derechos humanos que regulan de manera amplia y rigurosa las garantías mínimas del debido proceso que se recogen en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

121

Al respecto, la Corte IDH ha señalado:

Los Estados partes pueden organizar su sistema procesal penal, así como la función, estructura o ubicación institucional del Ministerio Público a cargo de la persecución penal, considerando sus necesidades

540 Véase GUARIGLIA, Fabricio, “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 210. Sin embargo, se admite que “estos dos modelos señalados son solo modelos básicos, ya que existen muchas maneras de combinarlos, de hacerlos coexistir (como aquellos sistemas que le entregan al fiscal la investigación preliminar —o ‘citación directa’, como también suele denominársela— de los delitos menores), estableciendo distintos puntos de mixtura”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 240.

541 “Lo que podemos sostener es que la Constitución contiene un diseño básico pero completo del proceso penal, con distinta fuerza normativa ya que, como hemos visto, el juicio oral público y por jurados está expresamente impuesto. La Constitución es coherente, pues, con el sistema republicano en el que se inspiró y con las fuentes históricas de sus instituciones”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 241.

y condiciones particulares, siempre que cumplan con los propósitos y obligaciones determinadas en la Convención Americana. En los casos que la legislación de un determinado Estado establezca que los integrantes del Ministerio Público desempeñan su labor con dependencia orgánica, ello no implica, en sí mismo, una violación a la Convención⁵⁴².

De igual manera, la Corte IDH señala que “la Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional”⁵⁴³.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala:

Corresponde a los Estados disponer los medios que sean necesarios para compatibilizar las particularidades de su sistema procesal penal con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, especialmente, con las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana⁵⁴⁴. Así, por ejemplo, en el caso de los sistemas procesales penales en los cuales rigen primordialmente los principios de la oralidad y la inmediación, como sucede en el caso de Argentina, los Estados están obligados a asegurar que dichos principios no impliquen exclusiones o limitaciones al alcance de la revisión que las autoridades judiciales están facultadas a realizar. Asimismo, la revisión del fallo por un tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de los principios de oralidad e inmediación⁵⁴⁵.

542 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, San José: 27 de enero del 2009, párr. 164.

543 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, San José: 20 de junio del 2005, párr. 66.

544 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 326/20. Caso 13.045. Informe de Fondo. Saulo Arboleda Gómez, Colombia*, párr. 37; y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 173/10. Caso N.º 11.618. Oscar Alberto Mohamed*, Argentina: 2 de noviembre del 2010, párr. 82.

545 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 173/10. Caso N.º 11.618. Oscar Alberto Mohamed*, Argentina: 2 de noviembre del 2010, párr. 82.

Frente a la opción de que de las reglas establecidas en la CADH se pueda derivar un cierto y concreto modelo procesal o que existe plena libertad para que los Estados puedan asumir cualquier modelo procesal en el ámbito del sistema penal (v. gr., modelo acusatorio, inquisitivo, etc.), parece de que la vigencia de las garantías mínimas del debido proceso consagradas en el art. 8 de la CADH se desprende la necesidad de cumplir con las reglas fijadas en la propia Convención, con otros tratados internacionales aplicables, con las normas consuetudinarias y con las disposiciones imperativas de derecho internacional.

Con ello ha de quedar claro que si bien no existe un concreto modelo procesal que deba adoptarse obligatoriamente por cada Estado que suscribió la CADH tampoco existe plena libertad para elegir el modelo procesal, ya que cualquier decisión interna pasa por respetar de manera escrupulosa y necesaria los derechos humanos que conforman las garantías elementales del debido proceso, entre los que se cuente el principio institucional de imparcialidad y el derecho de defensa.

7.4. Las diligencias preliminares

Una de las fases de la investigación preparatoria lo constituyen las diligencias preliminares. Se trata de una primera subetapa o fase de la investigación preparatoria⁵⁴⁶. Las diligencias preliminares es una subfase donde la actuación de la Fiscalía, apoyada en ocasiones por los órganos policiales, se dirige a realizar actos de investigación urgentes e inaplazables⁵⁴⁷. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la etapa de la investigación preparatoria “presenta a su vez dos subetapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha”⁵⁴⁸.

122

546 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 456.

547 Cfr. DOIG DÍAZ, “El Ministerio fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, art. cit., p. 190; SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 93.

548 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez TELLO GILARDI), *Casación N.º 144-2012*, Lima: 11 de julio del 2013; y SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez ZECENARRO MATEUS), *Casación N.º 2-2008*, Lima: 3 de junio del 2008.

En el derecho comparado se reconoce que la indagación preliminar es necesaria a fin determinar si se debe ejercitar o no la acción penal en contra de una persona, debidamente identificada e individualizada⁵⁴⁹.

123

Como ocurre con la investigación preparatoria, las diligencias preliminares están a cargo del Ministerio Público, quien la lleva a cargo de manera directa y bajo su control o la puede delegar a la Policía, sin que ello implique la pérdida de dirección. Toda actuación de la Fiscalía en esta fase se rige por los principios de autonomía funcional y objetividad en la recopilación de la evidencia.

La etapa de diligencias preliminares ha sido introducida recién por el Código Procesal Penal del 2004 y se trata de una innovación en nuestro derecho procesal penal, dado que una fase semejante no se encontraba regulada en el Código de Procedimientos Penales de 1940 ni en las leyes procesales de reforma. En el antiguo modelo procesal había una clara confusión de roles en la medida que la actividad de investigación se duplicaba de manera innecesaria, ya que tanto los fiscales como los jueces debían investigar un mismo hecho delictivo: el fiscal no agotaba la investigación al considerar que dicha tarea la cumpliría el juez luego que abriera la instrucción y el juez no investigaba debido a que creía que el fiscal ya lo había realizado⁵⁵⁰. En el proceso penal mixto o híbrido que regía antes de la reforma procesal del 2004 la investigación era encargada a dos órganos distintos: el Ministerio Público y el Poder Judicial, que eran representados por el fiscal y el juez de instrucción, lo que suponía una doble actividad y despliegue de recursos.

Con el actual modelo procesal, la investigación del delito realiza el mandato constitucional contenido el art. 159.4 de que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, con lo cual la tarea esencial de investigación se delega y concentra en un solo órgano lo que favorece la eficacia de la investigación y representa una garantía para el imputado⁵⁵¹.

549 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 7.

550 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 204; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 457.

551 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 458.

Sobre las diligencias preliminares, el art. 330.2 del CCP prescribe:

124

[L]as diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata 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.

Con ello, queda claro que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata⁵⁵²:

- (i) el realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad,
- (ii) el asegurar los elementos materiales de su comisión,
- (iii) el individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados,
- (iv) dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

7.4.1. La realización de los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad

En una investigación no todos los actos son importantes ni tienen la misma trascendencia en el esclarecimiento de los hechos. En el caso de las diligencias preliminares se requiere que se realicen una determinada clase de actos que la ley procesal denomina como “urgentes o inaplazables”.

125

La realización de los actos urgentes supone que las diligencias que desarrolla el Ministerio Público en esta etapa deben efectuarse de manera apremiante, rápida e inmediata. La urgencia se refiere a que el acto no puede esperar porque de lo contrario no se puede conseguir el resultado que se espera de él⁵⁵³ o, lo que es lo mismo, lo urgente es aquello que no puede esperar o

552 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 100.

553 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 477.

demorar sin que haya el riesgo de que se pierda algo, v. gr. la evidencia de un hecho. Por su parte, lo inaplazable es aquello que no puede postergarse o que no se puede retrasar para realizar algo. La demora innecesaria de una diligencia puede entorpecer la investigación y poner en peligro el esclarecimiento de los hechos.

El CPP no alude a que de manera copulativa y conjunta se realicen en las diligencias preliminares los actos urgentes e inaplazables. Solo hace referencias a los actos que bien pueden ser considerados como urgentes o como diligencias inaplazables. Con ello, no es necesario que las diligencias de investigación que se realicen sean a la vez urgentes e inaplazables, sino que basta que sean o bien urgentes o bien inaplazables.

Desde el punto de vista semántico, no todo acto urgente necesariamente es un acto inaplazable. Por ejemplo, en un delito de abuso sexual el tomar la declaración de la víctima puede ser estimado como una diligencia urgente, pero no es un acto inaplazable como puede ser caso de que la víctima pase un reconocimiento médico-legal. En un homicidio un acto urgente puede ser el asegurar la escena del crimen y recoger la evidencia de la escena primaria (lugar de perpetración del hecho) o de la escena secundaria (lugar donde se encuentra el cadáver), pero el acto inaplazable será la realización de la necropsia correspondiente.

El TEDH ha señalado que en lo que atañe a la claridad de los términos utilizados por la jurisprudencia constitucional española, la noción de “urgencia” se emplea frecuentemente en las legislaciones internas cuando se hace referencia a lo que no se puede retrasar o que exige una intervención sin demora. Como no podría ser de otro modo, las situaciones urgentes pueden ser de distinta naturaleza y pueden ser imprevistas y difíciles de definir por anticipado. El TEDH estima que el empleo de la expresión “urgencia” da a los ciudadanos una indicación suficiente sobre las situaciones y condiciones en las que los poderes públicos están habilitados a recurrir a la injerencia sin previa autorización del juez, a saber cuándo la policía en misión de averiguación no puede esperar una autorización judicial sin obstaculizar el correcto desarrollo y el fin de dicha averiguación⁵⁵⁴. Es cierto que un procedimiento

554 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trabajo Rueda vs. España*, Estrasburgo: 30 de mayo del 2017, párr. 32.

de urgencia puede dejar a las autoridades una libertad ilimitada para determinar en qué situaciones se justifica el recurrir a este procedimiento sin previa autorización judicial, lo que genera unos riesgos de recurrir de forma abusiva a este procedimiento⁵⁵⁵. El TEDH ya ha tenido la ocasión de examinar algunas leyes que permiten a las autoridades investigadoras realizar registros sin previa autorización en casos de urgencia y ha concluido que ha habido violación del Convenio cuando el posterior control judicial no ha sido efectivo⁵⁵⁶.

Si bien en la investigación preparatoria los actos que realiza el Ministerio Público deben ser pertinentes y útiles a instancia de oficio o de parte (incs. 1 y 4 del art. 337), en la subetapa de las diligencias preliminares el CPP impone un requisito adicional: debe tratarse de actos urgentes o inaplazables. Por tal motivo, creemos que el fiscal en el esclarecimiento de los hechos en las diligencias preliminares debe justificar y razonar en sus disposiciones o providencias de por qué un acto que se ordena (o admite) realizar es un acto pertinente, útil y urgente o inaplazable. No basta ordenar, sin más, su práctica o solo pensar que se trata de una diligencia pertinente y útil. Resulta indispensable por mandato expreso de la ley que se justifique las tres condiciones de los actos de investigación en esta etapa del proceso penal.

El carácter urgente o inaplazable de un acto no tiene un valor autónomo o posee como referencia la misma diligencia que se ordena. Por el contrario, la ley procesal penal alude a que dichos actos se encuentren “destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad”. Por tanto, la urgencia o lo inaplazable de una diligencia que se ordena debe buscar establecer si: (i) los hechos han ocurrido o han tenido

555 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Roman Zakharov vs. Rusia*, Estrasburgo: 12 de abril del 2015, párr. 266; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trabajo Rueda vs. España*, Estrasburgo: 30 de mayo del 2017, párr. 33.

556 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trabajo Rueda vs. España*, Estrasburgo: 30 de mayo del 2017, párr. 33; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Smirnov vs. Rusia*, Estrasburgo: 7 de junio del 2007, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Heino vs. Finlandia*, Estrasburgo: 15 de febrero del 2011, párrs. 45-48; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gutsanovi vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 15 de octubre del 2013, párrs. 221-227; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Prezhdarovi vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 30 de septiembre del 2014, párr. 46-52; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Slavov y otros vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 10 de noviembre del 2015, párrs. 145-151.

lugar, o;(ii) determinar la delictuosidad de dichos sucesos. Con ello, para la ley procesal tan importante cómo averiguar y esclarecer la realidad o no de un determinado hecho es el establecer si el hecho posee carácter delictuoso. Por ejemplo, en el caso de un delito de homicidio consumado tan importante como comprobar que la víctima ha fallecido es esclarecer si el resultado se ha producido por mano ajena y/o por obra de un tercero.

La Corte Suprema de Justicia destaca⁵⁵⁷:

[L]a realización de actos urgentes e inaplazables, a los que hace referencia la citada norma, está destinada a la consecución de los mencionados objetivos de naturaleza inmediata que, en la mayoría de casos, hace referencia a una actuación pronta del Ministerio Público o de la Policía Nacional del Perú⁵⁵⁸, a fin de apersonarse al lugar de los hechos y establecer la realidad del evento delictivo o impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores o se altere la escena del hecho criminal e incluso recoger los elementos materiales probatorios y la evidencia física que le podría ser de utilidad. Sin embargo, tales circunstancias no pueden limitar la categorización de actos urgentes e inaplazables en estricto a un sentido temporal, pues no todos los delitos dejan huellas permanentes, algunos las ofrecen en forma transeúnte y otros no dejan rastros o no producen efectos materiales o los que había desaparecieron.

557 “Es por esta razón, relacionada directamente con la complejidad del objeto de investigación, que el legislador ha previsto la posibilidad de adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en diligencias preliminares como el levantamiento del secreto bancario o reserva tributaria, o la exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas —Ley N.º 27379 y artículo único del Decreto Legislativo N.º 988, publicado el dos de julio de dos mil siete—; por lo que limitar lo urgente o inaplazable a un mínimo de tiempo y espacio físico delictivo restringiría la actuación fiscal y afectaría su rol investigativo e incluso dejaría impune una serie de noticias criminales vinculadas a delitos cometidos en el marco de una organización criminal, que requieren un distinto planteamiento indagatorio para su dilucidación”. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PRÍNCIPE TRUJILLO), *Casación N.º 528-2018*, Lima: 11 de octubre del 2018.

558 Conforme se desprende del art. 67.1 del nuevo CPP, sobre la función de investigación de la Policía: “La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujetas a ejercicio privado de la acción penal”.

La realidad delictiva evidencia la existencia de casos, específicamente los vinculados a crimen organizado, que requieren un alto grado de preparación y planeamiento para dilucidar la materialidad del hecho e identificar a los posibles implicados⁵⁵⁹, lo que evidentemente supera el simple personamiento a la escena física del delito o la recolección de evidencias tangibles del evento criminal. En estos casos, se requiere de una sofisticada estrategia fiscal —en el marco probatorio— y del despliegue de especiales técnicas de investigación para cumplir con la finalidad de las diligencias preliminares.

7.4.2. La individualización de las personas sospechosas de la comisión de un delito y de los agraviados

Otro de los fines de las diligencias preliminares es “el individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados”. 127

La individualización del imputado o, en general, de las personas que aparentemente han cometido el delito, es uno de los fines más importantes de la etapa de la investigación del delito y, en particular, de las diligencias preliminares. El art. 330.2 del CPP prescribe que la finalidad inmediata de las diligencias preliminares es: “individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados”. Por su parte, el art. 65.1 indica: “El Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, 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”. La individualización es uno de los elementos imprescindibles para determinar quién o quiénes son las personas que han intervenido en el hecho punible.

Asimismo, el art. 328.1, al regular el contenido y forma de la denuncia, establece: “Toda denuncia debe contener la identidad del denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos, y —de ser posible— la individualización del presunto responsable”. La individualización del presunto responsable no es un requisito esencial ni condición para la admisión de una

559 Y que va en aumento debido a la globalización y a la creciente criminalidad organizada. Respecto a esta interrelación, véase FERRAJOLI, Luigi, “Criminalidad y globalización”, en *Estudios de Derecho*, vol. 65, n.º 145, Medellín: enero-julio del 2008. Recuperado de <<https://bit.ly/3fCekzt>>.

denuncia en la que se imputa la comisión de un hecho punible (delito o falta). La ley misma alude a que de ser posible se procederá a individualizar al presunto responsable.

La individualización es una actividad tendiente a determinar de manera material quién es la persona que ha cometido (por acción u omisión) cierto delito o falta, distinguiéndola de quién o quiénes no han tenido ninguna intervención. Se trata de saber cuáles son sus características físicas, los signos o datos que permitan identificarlo, diferenciándolo así de terceros.

Es posible individualizar a una persona, sin que por ello se haya logrado una adecuada identificación, v. gr., se conoce sus características físicas, pero aún se ignora su nombre y apellidos. Asimismo, el hecho de que una persona se encuentre debidamente individualizada no quiere decir que automáticamente se produzca la imputación al faltar, por ejemplo, la identificación del mismo o determinar su real intervención en el hecho cometido.

128

La presunción de inocencia comprende de modo necesario la individualización e identificación de una persona como condición de vincularla a una investigación y a un proceso penal⁵⁶⁰. Tal exigencia es indispensable si desde el inicio de las investigaciones aparecen dudas y objeciones de que la persona a quien se le investiga sea quien efectivamente se señala que es, v. gr. no se logra precisar con suficiencia que una persona responda a un determinado apelativo o sobrenombre. Al respecto, los órganos estatales deben adoptar medidas mínimas necesarias para lograr despejar la duda acerca de la identidad de una persona⁵⁶¹.

La Corte IDH resalta que el Estado debe haber agotado los medios necesarios para investigar y determinar en forma fehaciente la persona que correspondía a un determinado sobrenombre o apelativo. Ello es compatible

560 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, San José: 5 de octubre del 2015, párr. 129.

561 “La Comisión determinó en su informe de fondo que existen múltiples elementos que, desde la investigación inicial y a lo largo del procedimiento, generan dudas sobre la identidad de José Agapito Ruano Torres como El Chopo. No obstante, el señor Ruano Torres fue condenado sin que las autoridades policiales, de investigación y judiciales, adoptaran medidas mínimas para responder a las dudas generadas sobre su identidad. Lo anterior fue reconocido por el Estado”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, San José: 5 de octubre del 2015, párr. 130.

con la obligación de que el Ministerio Público “deberá investigar no solo los hechos y circunstancias de cargo, sino también las que sirvan para descargo del imputado”⁵⁶². Se incumple con dicho deber si la Fiscalía no hace nada por investigar los hechos indicados por la persona imputada a fin de descartar su participación en el hecho punible endilgado o para asegurar la comparecencia de la persona que según se indicaba respondía a un apelativo⁵⁶³.

En la doctrina se distingue entre *individualización e identificación*.

129

La identificación es conocida también como la determinación nominal del imputado⁵⁶⁴. La identificación es el acto, o conjunto de actos⁵⁶⁵, tendientes a establecer la identidad jurídica de una persona (imputado) a través de determinadas circunstancias. La identificación no tiene tanto que ver con la determinación física de la persona, sino que se relaciona con los datos generales del sujeto previamente individualizado.

La identificación criminal incluye la identificación dactiloscópica, fotográfica y de perfil genético⁵⁶⁶. En el derecho comparado algunas constituciones establecen que las personas que se identifican civilmente no pueden ser sometidas a identificación criminal, salvo los casos previstos en la ley (art. 5, LVIII de la Constitución de Brasil de 1988). La identificación civil puede ser realizada a través de cualquier de los siguientes documentos: documento de identidad nacional, documento de trabajo, carnet profesional, pasaporte o cualquier otro documento público que permita alcanzar dicha finalidad⁵⁶⁷.

La identidad es la esencia del ser humano y es el rasgo distintivo y lo que hace único frente a cualquier otra persona. La identidad permite

562 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, San José: 5 de octubre del 2015, párr. 130.

563 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, San José: 5 de octubre del 2015, párr. 130.

564 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 386.

565 Para algunos se trata de un juicio, véase RENEDO ARENAL, María Amparo, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, p. 236; y SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., t. I, Lima: Grijley, 2003, p. 537.

566 Cfr. BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 79; y LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 139.

567 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 139.

acceder al ejercicio de los derechos fundamentales, a los derechos sociales a la vez que permite cumplir con las obligaciones civiles. La identidad puede quedar registrada y es posible que se revele a través de una huella digital, la información biométrica o un simple conjunto de dígitos.

En el campo constitucional se reconoce la existencia de un derecho a la identidad que comprende una serie de derechos como el derecho a ser inscrito en los Registros Civiles, el derecho a conocer la identidad biológica o genética (quiénes son sus padres o ascendientes), el derecho a contar con un nombre y apellido, el derecho a contar con una nacionalidad.

130 El art. 72 del CPP establece los criterios y pautas de identificación del imputado:

1. Desde el primer acto en que intervenga el imputado, será identificado por su nombre, datos personales, señas particulares y, cuando corresponda, por sus impresiones digitales a través de la oficina técnica respectiva.
2. Si el imputado se abstiene de proporcionar esos datos o lo hace falsamente, se le identificará por testigos o por otros medios útiles, aun contra su voluntad.
3. La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso de las actuaciones procesales y los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad.

Como establece la disposición procesal, la obligación de identificación —que no solo es una potestad o una facultad discrecional— debe producirse desde el primer acto de investigación en el que intervenga el imputado. La identificación no se reserva a un momento posterior o a una diligencia diferida, ni al final de la investigación. Es indispensable que se realice desde el primer momento⁵⁶⁸.

El procedimiento de identificación no consiste en establecer el nombre y apellidos de la persona. El nombre es solo uno de los elementos o criterios para identificar a la persona (imputado). En la investigación del delito y en el proceso penal no se investiga ni se juzga a un nombre, sino a un hombre como autor de un determinado hecho punible. La determinación de un imputado

568 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 537.

no depende única y exclusivamente de la averiguación de su nombre, sino de su verdadera identidad, se esconda o no en uno o varios nombres⁵⁶⁹. En efecto, el nombre y apellido no es más que uno de los medios para identificar a una persona⁵⁷⁰ y no es un medio absolutamente indispensable del que dependa el éxito y la consecución de los fines del proceso penal.

La ley procesal fija una serie de elementos e indicadores objetivos por medio de los cuales se accede a la identificación. Los criterios legales para arribar a la adecuada identificación son:

- i) El nombre y los apellidos de la persona que debe ser contrastado de manera fidedigna con el documento nacional de identidad (DNI); y de ser necesario con la correspondiente partida de nacimiento u otro documento que permita corroborar el nombre y la demás información de la persona.
- ii) Los datos personales comprenden la referencia del estado civil, el lugar de nacimiento, sexo, edad, si es soltero o casado, domicilio, profesión, empleo etc.
- iii) La fijación de otras señas particulares que alude a la eventual presencia de tatuajes, marcas, cicatrices, etc.
- iv) Las huellas digitales o dactiloscópicas a fin de que puedan ser comparadas con el banco de datos que poseen las agencias estatales (Reniec, Policía Nacional, Ministerio Público o Poder Judicial)⁵⁷¹.

Pese a que la ley procesal peruana no lo indica también es válido en la identificación del interviniente en el hecho la precisión del sobrenombre, seudónimo, apodo, etc.

La duda sobre la identidad de la persona, en particular sobre los datos obtenidos, según mandato expreso de la ley: i) no alterará el curso de las actuaciones procesales, ii) los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad.

131

569 Cfr. RENEDO ARENAL, *Problemas del imputado en el proceso penal*, ob. cit., p. 237.

570 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 386.

571 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 537.

Los problemas de duda acerca de la identidad del imputado no deben alterar el curso de las diligencias y de los actos de investigación o los actos procesales, los cuales han de desarrollarse con normalidad dentro del proceso⁵⁷². La investigación no puede detenerse, hasta llegar un punto muerto, ni se suspende por qué hay dudas y dificultades para identificar de manera adecuada a una persona a quien se la considera autor o partícipe de un hecho punible. Incluso, algunas legislaciones históricas han previsto expresamente que cuando no haya dudas sobre la identidad del imputado puede ser enviado a juicio y juzgado, pese a que no se conozca su verdadero nombre, asignándole un número determinado de matrícula⁵⁷³.

132

Los simples errores materiales acerca de la identidad del imputado (nombres y apellidos, datos personales, señas, etc.), ya sea que provengan de maniobras dolosas que traten de impedir o dificultar su identificación o de actos negligentes de las agencias estatales, pueden ser corregidas de manera obligatoria en cualquier momento, sin que por ello se tenga que plantear o declarar la nulidad de la investigación o del proceso. Los errores que puedan existir en la identificación del procesado son subsanables en cualquier estado del procedimiento.

Sin embargo, los errores en la identificación deben distinguirse de los errores en la individualización de la persona. Si hay errores en la individualización física de la persona y se comprende como autora y partícipe a una persona ajena a los hechos y luego se descubre que es otra la interviniente en el hecho, la inclusión de esta nueva persona debe seguir escrupulosamente el procedimiento a fin de cautelar el cumplimiento de las disposiciones procesales vigentes, el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa.

133

Pese a que el CPP solo alude a la obligación de individualizar a los sospechosos que están involucrados en la comisión del hecho, desde una interpretación teleológico-sistemático los actos urgentes o inaplazables también deben dirigirse a comprobar la posible relación de autoría o participación en el hecho delictivo.

572 Cfr. LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: EJEA, 1963, p. 458.

573 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 388.

La interpretación que se plantea toma en cuenta el valor constitucional y convencional de la presunción de inocencia que exige acreditar de manera adecuada:

- (i) la realización del delito; y
- (ii) la intervención de una persona en su comisión.

Los actos urgentes o inaplazables deben dirigirse a comprobar tanto la supuesta realidad del hecho punible como la intervención de una persona como autor o partícipe. De nada vale esclarecer e indagar el hecho punible si es que no se tiene la misma diligencia y celo para acreditar la relación de autoría y participación que viene impuesta por los arts. 23 a 25 del CP.

La tarea de individualización en la fase de diligencias preliminares no solo comprende a los posibles intervinientes en el hecho punible, sino también la adecuada determinación e individualización de las personas agraviadas por el hecho punible, v. gr. los perjudicados en un delito contra el patrimonio.

7.4.3. El aseguramiento de los elementos materiales de la comisión del delito

Otro de los fines inmediatos de las diligencias preliminares es el asegurar los *elementos materiales de la comisión del delito* a través de las medidas conservativas pertinentes como la incautación, el secuestro o la inmovilización de bienes o cosas. La Fiscalía en esta etapa debe asegurar e incautar los medios que se han utilizado en la comisión del delito, v. gr. arma de fuego, cuchillo, dinero, droga, entre otros. 134

Una de las metas más importantes de las diligencias preliminares es el aseguramiento de los medios o los elementos materiales de la comisión del delito que permitan preconstituir y recoger la evidencia necesaria para lograr el esclarecimiento de los hechos. El derecho a la prueba permite que la prueba de un determinado suceso se deba asegurar antes del inicio de la concreta y específica actividad probatoria cuando, por ejemplo, un testigo o el agraviado tenga una edad avanzada (v. gr. anciano), cuando exista un concreto peligro de muerte, cuando va a viajar a un lugar difícilmente accesible.

La razón de la *probatio ad perpetuam rei memoriam* reside en garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la prueba, evitando que las partes de un

proceso no puedan probar y justificar debidamente las razones o hechos que apoyan sus respectivas pretensiones⁵⁷⁴.

135 La *prueba preconstituida* es una prueba documental que puede practicar el juez de investigación preparatoria, el fiscal y la policía sobre hechos irrepetibles o indisponibles, y como tal tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba⁵⁷⁵, como son las actas de detención, reconocimiento, registro inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras. La prueba preconstituida es una actividad de investigación del delito, que se dirige a la búsqueda, obtención, recogida, aseguramiento y puesta a disposición para el acto del juicio oral de la información precisa y necesaria de las fuentes de prueba⁵⁷⁶.

Las pruebas no repetibles y no renovables son aquellas que deben ser obtenidas o practicadas al momento de su descubrimiento, bajo el peligro de su desaparición, destrucción o imposibilidad de realizar su posterior análisis. En muchos casos son pruebas técnicas que deben ser practicadas en el curso de la investigación, ya que su realización no puede ser dejada para un momento posterior o para otra etapa procesal⁵⁷⁷.

La imposibilidad de la repetición de ciertas pruebas hace que muchas veces se trate de pruebas definitivas y, como regla, que tengan carácter de pruebas inculpativas en que la defensa, por su necesidad y urgencia, no tiene ninguna participación. Así ocurre, por ejemplo, con las pruebas de examen del cuerpo del delito, las pruebas de campo luego de la aprehensión de drogas, los registros personales o las diligencias de allanamiento.

Las diligencias preliminares son importantes para asegurar el cuerpo del delito, los elementos de prueba que acreditan su comisión y todas las diligencias que tienden al esclarecimiento de los hechos⁵⁷⁸.

574 Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996, p. 162; y BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima: Ara, 2001, p. 256.

575 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Lecciones de derecho procesal penal*, Lima: INPECCP, 2015, p. 338

576 Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 74.

577 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 160.

578 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 460.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado el periodo de tiempo en el cual se practica la prueba preconstruida:

[L]a prueba preconstituida se practica antes del inicio formal del proceso penal, en la propia investigación, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción posterior; por ello, sus requisitos son la irrepetibilidad del hecho y que sea sometida al contradictorio⁵⁷⁹.

Un principio fundamental, constitucionalmente exigible, de los actos de prueba es su actuación bajo los principios de contradicción —con el concurso de todas las partes— e intermediación del juez sentenciador, salvo el caso de la prueba anticipada y preconstituida, cuya legitimidad se basa en razones de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia, siempre y cuando en su actuación haya existido, por lo menos, la posibilidad de contradicción a través de la citación del abogado del imputado. Según la legislación vigente, una actuación policial con el concurso del fiscal puede valorarse en el acto oral e integrar el material utilizable por el juzgador en la sentencia, pero tal aceptabilidad de dicha evidencia como prueba documentada está sujeta a la existencia de una situación de irrepetibilidad y de urgencia⁵⁸⁰.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

[L]as diligencias preliminares son importantes en tanto aseguran el cuerpo del delito, esto es, los elementos de prueba que por su naturaleza y característica son considerados actos urgentes e irreproducibles, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba preconstituida que entrará al proceso para ser valorada por el Tribunal⁵⁸¹.

579 “La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control establece que se considera que los informes y/o dictámenes resultado de una acción de control emitidos por cualquier órgano del sistema constituyen prueba preconstituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar; sin embargo, la ley no precisa que estos informes sean excluyentes de otros medios y que sirvan como única prueba determinante para establecer la responsabilidad del procesado”. SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *Recurso de Nulidad N.º 1742-2014*, Lima: 9 de abril del 2015.

580 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.º 4752-2009*, Lima: 18 de junio del 2010.

581 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez CALDERÓN CASTILLO), *Casación N.º 14-2010*, Lima: 5 de julio del 2011.

Además, refiere sobre los actos de investigación en el proceso:

[L]os actos de investigación están sometidos a su propio régimen jurídico, por cierto, distintos de los actos de prueba, que son los que pueden y deben erigirse en el material que deberá apreciar el juez para dictar sentencia, con la excepción —dentro de las estrictas previsiones legales, y siempre que cumplan los presupuestos de irrepetibilidad y de urgencia— de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida⁵⁸².

Con relación al acta de intervención que da cuenta de la forma y circunstancias de la presencia policial en el teatro de los hechos, de la captura de los imputados, de la situación de dos de los agraviados, de la incautación del camión utilizado para el robo y de la incautación de los bienes que se pretendió sustraer, la Corte Suprema ha señalado:

[E]sta intervención y las demás actas se erigen en pruebas preconstituidas. Es obvio que, en estos casos de urgencia, no hace falta la presencia del fiscal para dotar de eficacia procesal a lo que objetivamente constató la Policía y volcó en las actas respectivas. La Policía está autorizada legalmente para ejecutar tal intervención y realizar las aludidas diligencias, sin perjuicio de dar cuenta con posterioridad de lo realizado a la Fiscalía. Se cumplen con las exigencias de irrepetibilidad o indisponibilidad —por razones materiales: el acto, por su propia naturaleza, no se puede reproducir ulteriormente, por tratarse de una incursión sorpresiva en el teatro de los hechos y cuando estos se están aconteciendo— y de urgencia —autorización legal— para considerar que se está ante una prueba preconstituida⁵⁸³.

136

La *prueba anticipada* es la manifestación del control jurisdiccional de la actividad probatoria en la fase de investigación del delito a través de la práctica y aseguramiento de un acto (declaración testimonial, de perito, careo entre las personas que han declarado, reconocimientos, inspecciones

582 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 292-2019*, Lima: 14 de junio del 2019.

583 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sra. juez COAGUILA CHÁVEZ), *Recurso de Nulidad N.º 631-2020*, Lima: 19 de abril del 2021; y SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.º 861-2018*, Lima: 28 de mayo del 2018.

o reconstrucciones) con el pleno respeto del contradictorio y del derecho de defensa⁵⁸⁴.

Desde el punto de vista constitucional y convencional, la prueba testimonial puede y debe ser producida en el juicio oral con las garantías de la publicidad, inmediación y pleno contradictorio. De manera excepcional, frente al riesgo de muerte, pérdida o perjuicio irreparable, el CPP posibilita una forma de asegurar el medio de prueba a través de la producción anticipada de la prueba. La anticipación probatoria solo puede ser admitida en casos extremos, en los que se justifica por su relevancia, la imposibilidad de su repetición y ante las causales expresamente previstas en la ley, siempre que se demuestre que es fundada la probabilidad de que sea inviable la posterior repetición de la actuación de dicho elemento en el juicio oral.

El CPP regula en el art. 242 los casos de prueba anticipada. Dicho precepto establece que durante las diligencias preliminares, o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al juez de la investigación preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

- (i) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente.
- (ii) Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 182.
- (iii) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.
- (iv) Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del capítulo I: *Violación de la libertad personal*, y en los

584 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 160.

comprendidos en el capítulo IX: *Violación de la libertad sexual*, capítulo X: *Proxenetismo* y capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al título IV: Delitos contra la libertad, del Código Penal.

Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público.

Las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la revictimización de los agraviados.

- (v) Declaración testimonial y examen de perito en casos de criminalidad organizada, así como en los delitos contra la administración pública, previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal.

La audiencia de prueba anticipada se desarrolla en acto público y con la necesaria participación del fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia, en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento (art. 245.1 del CPP). Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su incomparecencia no frustra la audiencia (art. 245.2). Las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral (art. 245.3). Si la práctica de la prueba no se concluye en la misma audiencia, puede ser aplazada al día siguiente hábil, salvo que su desarrollo requiera un tiempo mayor (art. 245.4). El acta y demás cosas y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al fiscal. Los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener copia (art. 245.5).

La Corte IDH se pronunció sobre la necesidad de cumplir con todos los requisitos convencionales y legales de la prueba anticipada al destacar lo siguiente:

[N]o existe una justificación en términos procesales penales dentro del expediente que indique las razones por las que la declaración de Amaya Villalta debía practicarse de manera anticipada. Durante dicha declaración se verificó la presencia de la defensa privada de solo un imputado. Una vez que fueron individualizados por Amaya

Villalta los otros presuntos partícipes en el delito, estos no contaron con posibilidades de ejercer su derecho a la defensa, incluyendo uno de sus componentes fundamentales para asegurar el contradictorio que es la facultad de contrainterrogar. En definitiva, la referida declaración fue rendida sin que los otros coimputados, y entre ellos el señor Ruano Torres, pudieran ejercer su derecho a la defensa en ese momento o en un momento ulterior durante el transcurso del proceso penal, de modo tal que no contaron con oportunidades para contrainterrogarlo, lo que merma su confiabilidad y violenta las mínimas garantías de las que goza todo inculpado del delito⁵⁸⁵.

7.4.4. El asegurar a las personas dentro de los límites de la ley

Una de las finalidades inmediatas de las diligencias preliminares es el 137 buscar el aseguramiento de las personas sospechosas que han cometido un delito. El CPP no solo pretende asegurar los medios materiales de la comisión de un delito (v. gr. armas, dinero, drogas, etc.), también busca asegurar a las personas sospechosas que lo han realizado, como autores y partícipes, cuando concurren determinados presupuestos y requisitos fijados en la ley.

Una de las formas de aseguramiento personal es buscar la privación de la libertad de la persona.

La ley procesal penal reconoce cinco clases de detención a nivel de la investigación del delito como:

- (i) La detención policial (art. 259).
- (ii) El arresto ciudadano (art. 260).
- (iii) La detención preliminar judicial (art. 261).
- (iv) La detención preliminar incomunicada (art. 265).
- (v) La detención judicial en caso de flagrancia (art. 266).

El art. 259 del CPP prescribe que la Policía Nacional del Perú puede 138 detener, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.

585 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, San José: 5 de octubre del 2015, párr. 132.

La Ley N.º 29569, de 25 agosto del 2010, ha extendido la flagrancia a los siguientes casos:

- (i) El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
- (ii) El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
- (iii) 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 veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
- (iv) El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (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.

139 Otro de los casos de privación de la libertad en la etapa de diligencias preliminares del proceso penal es el *arresto ciudadano*.

En los casos de arresto ciudadano se debe cumplir con los requisitos de la detención policial. De allí que se denomine el arresto en estado de flagrancia delictiva.

En esta clase de arresto ciudadano se debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega posterior a la autoridad policial. La policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención (art. 260.2).

140 Uno de los casos más graves de aseguramiento personal a nivel de las diligencias preliminares es el caso de la *detención preliminar judicial* (artículo 261). El CPP prescribe que el juez de la investigación preparatoria, a requerimiento del fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, dicta mandato de detención preliminar cuando:

- (i) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.
- (ii) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
- (iii) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar

El primer requisito material es que existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años. No basta con la sospecha que una persona ha cometido un delito. Es necesario que el delito sea de una determinada gravedad o entidad: la pena privativa de libertad debe ser superior a cuatro años. Los delitos que no superen el umbral de la pena mínima por más graves que sean los elementos incriminatorios en contra de una persona sospechosa no pueden legitimar la detención preliminar. El filtro de la gravedad de la pena constituye un requisito legal ineludible para aplicar una medida tan drástica y extrema.

La ley procesal establece el *fumus comissi delicti* necesario para privar de la libertad a una persona que no es el mismo que se requiere para imponer la prisión provisional. Aquí no se exige la concurrencia de “graves y fundados elementos de convicción”, sino que basta la existencia de razones objetivas o, en términos de la ley procesal, de que existan “razones plausibles” para afectar la libertad de una persona. Dichas razones deben ser escrupulosamente comprobadas caso por caso. Deben tratarse de hechos y pruebas objetivas, materiales que puedan justificar, desde la perspectiva constitucional, el máximo sacrificio de la libertad personal en el ámbito de las diligencias preliminares. No basta meras sospechas, conjeturas, elucubraciones personales y meros indicadores subjetivos.

Por mandato del art. 158.2 del CPP no basta para imponer una medida de coerción como la detención preliminar la mera declaración de los coimputados, de los colaboradores eficaces o los testigos de referencia. Es necesario que, junto a estas declaraciones, haya una corroboración razonable y adecuada que permita sustentar la detención preliminar.

Otro de los requisitos materiales para imponer la detención preliminar es que, “por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad”. El análisis del peligro procesal debe tomar en cuenta las particularidades y las circunstancias del caso concreto. No es posible partir de un examen general (no casuístico) para privar de un derecho fundamental tan importante como la libertad de una persona.

El CPP no exige que el peligro procesal (de fuga o de obstaculización) sea cierto, grave e intenso —como en el caso de la prisión provisional— para aplicar la detención preliminar. Solo basta que exista “cierta posibilidad” del peligro de fuga o del riesgo de obstaculización. Para la ley procesal peruana de manera incorrecta se requiere un estándar probatorio relativamente bajo para privar de la libertad a una persona en esta etapa del proceso penal. Ni siquiera se exige una probabilidad prevalente, sino que basta una cierta (o embrionaria) posibilidad.

Si se analiza la regulación peruana de la detención preliminar a la luz del principio de proporcionalidad, se puede encontrar serios y graves cuestionamientos sobre su legitimidad constitucional y convencional debido a que el estándar que se requiere para la afectación de un derecho fundamental de cardenal importancia como la libertad personal es de los más bajos del ordenamiento jurídico y, en especial, del CPP. Creemos que la referencia a que concurra “cierta posibilidad” en cuanto al peligro procesal no cumple de manera adecuada y suficiente los estándares para justificar la afectación de un derecho fundamental. Por lo menos, se debe exigir que haya elementos medianamente graves o de entidad suficiente para privar de la libertad a una persona.

7.4.5. El estándar probatorio para la apertura de las diligencias preliminares

141

Para abrir diligencias preliminares solo se requiere que haya una sospecha inicial de la comisión de delito; a manera de indicios fundados⁵⁸⁶, de una

586 VOLK señala: “La sospecha de un hecho punible desencadena para la fiscalía y la policía el deber de comenzar de oficio con las investigaciones y de averiguar los hechos”; luego agrega: “Toda sospecha obliga a las autoridades de la persecución penal a dar comienzo a un procedimiento de investigación. Para ello, basta una “sospecha inicial”. Este es un concepto límite, pues señala el grado menos intensivo de la sospecha. Lo que se ubica

sospecha inicial sería⁵⁸⁷ o indicios reales suficientes⁵⁸⁸ de un hecho concreto⁵⁸⁹ que reclama que se actúe bajo datos objetivos⁵⁹⁰. El fiscal está obligado a examinar de manera rigurosa cada información adquirida oficialmente que le señala la comisión de un eventual hecho delictivo.

Si el fiscal no cumple con su función de investigar, abriendo diligencias preliminares y perseguir el delito, incurre en responsabilidad penal⁵⁹¹ (art. 377: omisión de funciones⁵⁹²) y disciplinaria.

Tanto las pretensiones, las demandas o las denuncias también deben cumplir con determinadas exigencias para su admisión⁵⁹³. 142

En una investigación preliminar solo se exige la existencia de una *notitia criminis verosímil* que genere una situación de sospecha de que se

antes de ese umbral, no constituye siquiera aún una sospecha. Las meras suposiciones y las posibilidades, no respaldadas por indicios fácticos concretos, no fundan todavía ninguna sospecha". VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 78 y 79. Asimismo, véase, SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 27; y ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 473.

587 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 60; y ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las garantías del imputado en el proceso penal", art. cit., p. 19 ("En materia de investigación rige, por lo general, el paradigma indiciario: no se debe proceder en ausencia de indicios mínimamente objetivables").

588 "Mientras que no es necesario que los indicios concretos contengan o formen propiamente los hechos concluyentes de una acción antijurídica, han de existir indicios que indiquen —por lo menos mediante las reglas de la experiencia— hechos que se presentan como lesión de una o varias normas de derecho penal". SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 93.

589 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 473.

590 "En el ámbito de la persecución penal ubicada en la investigación preliminar, debe de actuarse bajo dato objetivo, cierto o verificable a partir de los cuales se pueden elaborar hipótesis de trabajo, de tal manera que las diligencias o actuaciones fiscales inmediatas se encuentren orientadas a alcanzar ese mínimo probatorio necesario para iniciar formalmente una investigación preparatoria. Debe existir dato cierto, aunque sea mínimo, para investigar una denuncia de estafa, robo, falsificación, violación sexual o tráfico de influencias, por ejemplo". SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 73.

591 Cfr. SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 27.

592 "El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa".

593 Cfr. ANDERSON, Terence; David SCHUM y William TWINING, *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 294 y ss.

ha cometido un delito por una persona. Una sospecha racional obliga a las autoridades a iniciar un procedimiento de investigación. Se alude aquí a una sospecha inicial que es el grado menos intenso de la sospecha⁵⁹⁴ y que solo requiere la mera posibilidad de que exista un hecho punible⁵⁹⁵.

El inicio de una investigación en contra de una persona importa de modo material una afectación a sus derechos fundamentales, en especial, al derecho al libre desarrollo de la persona sin injerencias y perturbaciones externas y al derecho a la presunción de inocencia, debido a que la realización de actos y diligencias dentro de la indagación supone una intromisión en varios aspectos y ámbitos de la vida personal. En la doctrina se reconoce la vigencia del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito de las diligencias preliminares y desde que existe una imputación en contra de una persona, lo que arrastra dos consecuencias inmediatas:

- (i) Se debe verificar la existencia de una sospecha racional que sea suficientemente consistente acerca de la verosimilitud de los hechos, situación que permite excluir las meras suposiciones, las creencias infundadas, las especulaciones y cualquier atisbo de subjetividad.
- (ii) Se debe comprobar la tipicidad de los hechos denunciados que constituye el núcleo de la noticia criminal, es decir, se exige una verificación de la subsunción típica de los hechos y un análisis serio y cuidadoso de los sucesos contenidos en la denuncia o la querrela⁵⁹⁶. Por ello, se sostiene que sin una sospecha fácticamente consistente de un hecho que de manera abstracta se subsume en un tipo penal concreto no es posible abrir investigación ni se puede limitar los derechos de una persona.

143

En el análisis de la sospecha inicial, el fiscal posee cierto margen de discrecionalidad, pero carece de una completa libertad de evaluación⁵⁹⁷.

594 Para VOLK, lo que se ubica antes de ese umbral no constituye siquiera aún una sospecha. Luego anota: "Las suposiciones y las posibilidades, no respaldadas por indicios fácticos concretos, no fundan todavía ninguna sospecha" (VOLK, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 79).

595 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 121.

596 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 60.

597 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 474.

Respecto al estándar probatorio necesario en la apertura de las diligencias preliminares, la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, del 11 de octubre del 2017, ha señalado:

La sospecha inicial simple —el grado menos intensivo de la sospecha— requiere, por parte del fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos —solo con cierto nivel de delimitación— y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito —en este caso de lavado de activos— [Cfr. Claus Roxin, obra citada, p. 329]. Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos —aunque con cierto nivel de delimitación—, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna —esto último, por cierto, no es lo mismo que prueba indiciaria o por indicios, objeto de la sentencia—.

Las sospechas (vocablo utilizado, por ejemplo, en el artículo 329, apartado 1, del CPP), en todo caso, en función a los elementos de convicción que se cuentan, conforme a la jurisprudencia germana, solo aluden a un hecho presuntamente delictivo, de momento nada debe indicar sólidamente aún un autor en concreto (BGH StV 1988, 441). Si no está claro si las circunstancias conocidas hasta el momento ponen de manifiesto una conducta punible, cabe una indagación preliminar. Desde esta perspectiva, para incoar diligencias preliminares solo se precisa de la posibilidad de comisión de un hecho delictivo. Es, pues, un juicio de posibilidad que realiza el fiscal, que es el que funda el *ius perseguendi* del fiscal, y que exige una valoración circunstanciada de su parte [Francisco Ortego Pérez, obra citada, p. 53].

Corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso con plena observancia del principio de legalidad, como preceptúa el artículo 65, apartados 4 y 5, del CPP. Las diligencias preliminares de investigación, en esta perspectiva, tienen como objetivo “[...] determinar si [el fiscal] debe formalizar la investigación preparatoria” (artículo 330, apartado 1, del CPP), y persiguen “[...] realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad [...], individualizar a las personas involucradas en su comisión[...]” (artículo 330, apartado 2, del CPP). El plazo de las diligencias preliminares debe ser, siempre, razonable, y se define en función de “[...] las características, complejidad y circunstancias de

los hechos objeto de investigación” (artículo 334, apartado 2, del CPP).

De otro lado, es de resaltar, como no podía ser de otro modo, que el paso de las diligencias preliminares a la investigación preparatoria formal está regulada legalmente (artículos 334 y 336 del CPP), incluso cuando corresponda la reapertura de las actuaciones investigativas del fiscal, la que en virtud al valor seguridad jurídica está sometida, para su eficacia procesal, al cumplimiento previo y razonado de los presupuestos materiales estipulados en el artículo 335, apartado 2, del CPP.

Se trata de una sospecha racional mínima en cuanto a sus contornos fácticos y la evidencia que lo sustenta. Sin embargo, dicho grado elemental de sospecha descarta⁵⁹⁸:

- i) Las indagaciones subjetivas que no tienen el más mínimo respaldo objetivo tanto en lo fáctico como en la evidencia que lo sustenta.
- ii) Las averiguaciones prospectivas o tendientes a investigar posibles hechos futuros que no tienen el más mínimo asiento en la realidad pasada o actual.
- iii) Las indagaciones absolutamente genéricas que no reposan en un enunciado fáctico mínimamente delimitado en sus coordenadas espaciales y temporales.

144

Un sector de la doctrina⁵⁹⁹ considera que la prueba ilícita genera una *notitia criminis*, es decir, solo puede ser empleada como información de la comisión del delito que da lugar al inicio de una indagación preliminar por parte del Ministerio Público.

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, cualquier sospecha de la comisión de un delito por una persona no se puede fundar en una

598 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 473.

599 Vid. SCAPARONE, Metello, *Procedura penale*, 3.ª ed., t. I, Torino: Giappicheli, 2013, p. 417; y GIACOMOLLI, Nereu José, *O devido processo penal*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 185. En la doctrina peruana: PISFIL FLORES, Daniel, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, Lima: Editores del Centro, 2018, p. 211.

violación a la Constitución, en especial, de los derechos fundamentales, de allí que la obtención ilegal de información probatoria con afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales no pueda dar lugar a la apertura de diligencias preliminares. La legalidad y constitucionalidad del contenido material de la noticia del delito no es para nada irrelevante, dado que la infracción de las normas constitucionales y legales posee el efecto de invalidar todas aquellas pruebas que de ella se derivan⁶⁰⁰. Con todo, la regla de exclusión de la prueba ilícita no determina la declaración de que el hecho no existió, que no debe investigarse o que las autoridades públicas no deban hacer nada frente a la (aparente) comisión de un delito⁶⁰¹.

Se reconoce que la existencia de una prueba ilícita no libera a que se puedan utilizar otras fuentes y medios de prueba lícitos y permitidos por la ley, como es el caso de la prueba indiciaria⁶⁰² que permite suplir los vacíos probatorios producidos por la prueba directa o la prueba material que es excluida del proceso penal por afectar derechos fundamentales, v. gr., falta de lectura de derechos al imputado, allanamiento ilegal, entre otros. Sin embargo, lo que no puede ocurrir es que la prueba ilícita que así se declara pueda formar parte de los hechos probados y que sirva para construir la prueba indiciaria.

La justicia constitucional peruana ordinaria participa de este criterio al resolver el caso de un estudio de abogados cuyos socios fueron objeto de intervención ilegal de sus comunicaciones al no contar con autorización judicial para las escuchas de sus comunicaciones:

Si bien la prueba acompañada a la denuncia de parte ha sido declarada nula (audios), sin embargo, la invalidez normativa de una prueba aportada durante la investigación, no anula o extingue el hecho fáctico, tampoco crea su impunidad, menos aún su atipicidad; que, la nulidad de una prueba solo provoca la pérdida de eficacia para probar un hecho concreto, lo que no implica que el hecho no exista; de modo tal que la probanza del hecho fáctico puede ser satisfecha a

600 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 62.

601 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, “Prueba ilícita e inutilización probatoria”, en *Delito & proceso penal*, Lima: Jurista, 2017, p. 16.

602 Cfr. BELING, Ernst, “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”, en *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, 2009, p. 46.

través de otros medios probatorios que permitan al juzgador adquirir un grado de certeza respecto a la existencia del hecho, su carácter delictivo y las responsabilidades a que hubiere lugar. Es preciso puntualizar que la declaratoria de la nulidad de la prueba [cinta de audio] en la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel, de fecha dieciocho de mayo del dos mil cinco [Exp. 24-06] no es absoluta si no relativa (particular a un hecho concreto) vale decir, que específicamente no sirve para probar el presunto acto de corrupción en ella grabada, pero si sirve para probar otros hechos como la violación al secreto de las comunicaciones [vale decir, que la prueba tendrá su eficacia dependiendo de que es lo que se quiera probar con ella]⁶⁰³.

La sentencia constitucional consideró que no es arbitrario la ampliación de la investigación fiscal provincial, por cuanto su actuar obedece al cumplimiento de lo ordenado por el fiscal superior, quien, al declarar infundada la queja interpuesta por Arturo Linares Talavera, ordenó a la Fiscalía Provincial Penal Especial que re programe la verificación de nuevas diligencias, acto que conllevó a la ampliación de la investigación preliminar. La ampliación de los actos de investigación ordenados por la fiscal demandada no tienen como fundamento la cinta de audio, sino los datos relevantes proporcionados por el denunciante Benitez Rivas, quien informó sobre un presunto evento delictivo, detallando lugar, modo y partícipes. Asimismo, estimó que no es arbitrario el inicio de una investigación preliminar sustentado en la sola versión del denunciante, Benitez Rivas, pues, precisamente, dicha investigación procura el acopio de las pruebas que corroboren o descarten dicha versión, siendo así, aun cuando la prueba aportada por el citado denunciante fue declarada nula, subsiste su versión puesta en conocimiento de la autoridad fiscal, la misma que debe ser esclarecida, máxime si paralelo al derecho a la defensa del demandante coexiste el derecho de acción y petición del denunciante que igualmente debe ser garantizado por el órgano persecutor⁶⁰⁴.

603 QUINTA SALA PENAL DE REOS LIBRES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Expediente N.º 64-2007*, Lima: 21 de agosto del 2007.

604 "El Colegiado estima que los demandantes en puridad pretenden no ser sometidos a investigación preliminar [voluntad evidenciada al solicitar en vía constitucional el archivo definitivo de la preliminar investigación fiscal], lo cual es inviable, pues limita el poder punitivo del Estado y la potestad persecutoria del Ministerio Público que, como facultad constitucional, no debe ser perturbada por procesos de esta naturaleza, sin que ella como

8. LA DESFORMALIZACIÓN DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

En el derecho comparado cada vez más se constata el fenómeno de la desformalización del proceso penal en todas sus etapas y secuencias⁶⁰⁵. 145

Las diligencias preliminares y la investigación preparatoria se rigen por el principio de libertad probatoria o, específicamente, por el principio de libertad en la incorporación de las diligencias y los actos de investigación. En la averiguación y esclarecimiento del hecho, el Ministerio Público puede emprender y realizar toda clase de diligencias y actos de investigación para corroborar los hechos materia de indagación⁶⁰⁶. El principio básico y estructural que rige durante esta etapa es el de la libre configuración de los actos de investigación por parte de los órganos competentes. Como señala BACIGALUPO, “el primer significado del principio de libre configuración (de la investigación) es el de la ilimitada extensión de los medios de prueba mientras estos no vulneren en su obtención o en su producción derechos fundamentales en forma directa o indirecta”⁶⁰⁷.

Se le reconoce a la Fiscalía la libertad en la elaboración del procedimiento de investigación que comprende la planificación, la estrategia investigación, la ejecución de las diligencias y el control de los resultados obtenidos.

El Ministerio Público posee la facultad de realizar todos los actos de investigación necesarios que sean pertinentes y útiles en el esclarecimiento de los hechos que investiga. Los actos de indagación se desarrollan de forma libre, por lo que existe una libertad de forma⁶⁰⁸, salvo que la realización de dicho acto se encuentre expresamente prescrito y regulado en la ley procesal o en otra disposición legal. 146

Rige en la actividad de la Fiscalía el principio de desformalización y de dinamismo de los actos de investigación en la recolección ágil y oportuna

toda atribución de ese orden constituya una ilimitada”. QUINTA SALA PENAL DE REOS LIBRES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Expediente N.º 64-2007*, Lima: 21 de agosto del 2007.

605 Cfr. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., p. 70.

606 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 475.

607 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 56.

608 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 458.

de la evidencia⁶⁰⁹. Dicha etapa consiste en la recopilación de información desformalizada sobre un suceso histórico a fin de decidir de si corresponde o no ejercer la acción penal⁶¹⁰. También implica que la comunicación entre fiscalías y entre la fiscalía y la policía sea dinámica, abierta, proactiva y no basada simplemente en oficios y en documentos formales que ralentiza y demora de manera innecesaria la actividad del Ministerio Público⁶¹¹.

El principio de la libre configuración de los actos de investigación supone que no existe un procedimiento de etapas formalizadas, tal como ocurre en las demás fases del proceso penal: etapa intermedia y el juicio oral⁶¹².

En el derecho comparado se resalta que el principal cambio en la etapa de la investigación del delito no reside tanto en el traslado de la función instructoria de un sujeto a otro (del juez al fiscal), sino en la verdadera transformación de las diligencias que se practican en esta etapa, las cuales deben ser ágiles, rápidas, eficaces y sin ritualismos innecesarios⁶¹³. Desformalizar

609 Vid. CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., 2012, p. 498; GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Didot, 2018, p. 238; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 447.

610 Vid. CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., pp. 657 y 673: “La comunicación debe ser fluida y desformalizada, lo que redundará en una investigación rápida, flexible, estratégica y por, sobre todo, eficaz”; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 207.

611 “No hay que reflexionar mucho para darse cuenta que este tipo de organización proveniente de varios siglos atrás es una de las razones más claras de la profunda ineficacia del Ministerio Público en aquellos sistemas que todavía conservan ese modelo”. BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 478.

612 BACIGALUPO señala: “No existe un orden procesal predeterminado de las diligencias. Lo que domina la configuración de la instrucción en su función relativa a la confirmación de la sospecha”. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 47.

613 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 447; DUCE y RIEGO, *Proceso penal*, ob. cit., p. 121 y ss. (“Esta característica también representa una consecuencia lógica del carácter preparatorio de la investigación, ya que si lo que se acumula durante esta fase no tiene valor probatorio alguno mientras no sea presentado en el juicio oral, no deben existir consecuentemente reglas rígidas para proceder a esta acumulación de información. En cambio, cuando la recopilación de información puede ser valorada desde ya, como ocurre con el sumario criminal, resulta necesario rodearla de un conjunto de formalidades que permitan establecer garantías mínimas para su uso posterior”); HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 274 y ss.; BINDER, Alberto, “Funciones y disfunciones del Ministerio Público penal”, art. cit., p. 10 [“La segunda contribución del Ministerio Público es la desformalización de la investigación. El sistema inquisitivo es un sistema de registros. No porque otros sistemas no tengan registros sino porque el sistema inquisitivo se basa en

implica omitir todo procedimiento rígido, reemplazar las comunicaciones formales por comunicaciones efectivas y agilizar toda diligencia o trámite necesario para la investigación⁶¹⁴. Con ello, se busca la simplificación de la etapa más burocrática y formalizada del proceso penal que es la que genera las mayores demoras y obstáculos y consume la mayor cantidad de recursos de la justicia penal (BOVINO). Mientras la investigación en el modelo inquisitivo convertía al juicio oral en una fase accesoria y complementaria del sumario que se caracteriza por una fase secreta, plagada de actas escritas⁶¹⁵; la investigación en el modelo acusatorio requiere ser una investigación rápida, dúctil, eficiente y libre de formas que entranpan el desarrollo y la buena marcha de la investigación. Se busca que la justicia penal no se encuentre aislada de la sociedad, que no sea un mero rito en el que priman ciertas formalidades sobre la sustancia y el contenido de los actos⁶¹⁶.

Una investigación desformalizada supone el desprendimiento de ritualismos, de trabas burocráticas basadas en la escritura y de las actas típicas de la instrucción formalista, propio del modelo inquisitivo. Por el contrario, dicha actividad debe ser dinámica, versátil, real y efectiva tendiente a esclarecer los hechos y a determinar la verdad de lo ocurrido⁶¹⁷.

registros (Quod non est in acta non est in mundo). El acceso a la información es siempre mediado por un registro. Esta mediación (que es un acto de poder, no olvidemos que históricamente la escritura ha generado fenómenos de poder e, incluso, su valor de centralización del poder penal a favor del monarca se cumple en gran parte porque el sistema escrito nace en el contexto histórico de una Europa analfabeta y de gran tradición oral). La formalización de la instrucción ha formalizado el juicio y la formalización del juicio es su muerte”]; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 51; VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Reforma procesal y Ministerio Público*, Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2016, p. 19; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 440; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 207.

614 Cfr. CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 659. “Se trata de evitar la confección de un expediente lleno de actas tomadas por los escribientes de la oficina”. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 447.

615 Véase FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 563. FERRAJOLI recuerda los rasgos del sistema inquisitivo, la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre la acusación y defensa y el carácter escrito y secreto de la instrucción.

616 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 276.

617 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 447; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 52.

Ello implica el ocaso del “gobierno del expediente” que por mucho tiempo ha sido considerado como el centro del proceso y un fin en sí mismo que ha generado una investigación lenta, burocrática, cargada de papeles y de escrituras⁶¹⁸. La desformalización de la investigación preparatoria permite que no se fije criterios previos, anticipados y cargados de prejuicios acerca de la responsabilidad de las personas y que, por el contrario, se mantiene al juicio oral como el centro de gravedad del proceso penal⁶¹⁹.

47

En las legislaciones de América Latina se regula de manera expresa la desformalización de la investigación preparatoria en la que no solo se desacraliza los actos y las diligencias, sino que se permite expresamente al fiscal delegar determinados actos al personal a su cargo y a la policía (v. gr., arts. 2⁶²⁰ y 154⁶²¹ del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina y art. 94 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶²²). Incluso, hay quienes asocian la aparición del Ministerio Público como señor y *dominus* de la investigación con la necesaria desformalización de la investigación del delito⁶²³. Desde el momento en que la investigación preparatoria

618 Cfr. VASCONCELOS MÉNDEZ, *Reforma procesal y Ministerio Público*, ob. cit., pp. 20 y 21; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 447.

619 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 276: “Si el centro de gravedad del procedimiento se desplaza del sumario judicial al debate plenario, y es aquí donde se produce la prueba fundamental del decisorio final (la sentencia), pierde sentido formalizar la actividad desplegada en la investigación preparatoria, cuya función se limita a pesquisar los elementos para llevar el caso a juicio y/o postular ante la jurisdicción las razones para imponer una medida de coerción”; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 56; y VASCONCELOS MÉNDEZ, *Reforma procesal y Ministerio Público*, ob. cit., p. 24.

620 “Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización”.

621 “Para las declaraciones regirán las reglas del principio de desformalización, debiendo garantizarse el contenido de las mismas”.

622 “La investigación preparatoria se realizará de manera desformalizada, excepto cuando se trate de actos definitivos e irreproducibles. Los actos de investigación que no deban ser formalizados podrán ser delegados por el/la fiscal interviniente, mediante decreto, en el personal a su cargo o en investigadores de las fuerzas de seguridad debidamente individualizados. Estos reportarán el cumplimiento de las diligencias encomendadas mediante informes firmados, los que se reservarán en la Fiscalía”.

623 “El ingreso del Ministerio Público debe servir a la desformalización de la investigación como uno de los medios más eficaces de preservar el juicio. Si el mismo expediente judi-

no se concibe como un mecanismo para la obtención de pruebas, sino como una actividad tendiente a la recopilación de información que sirve para sustentar las decisiones de dicha etapa y determinar, finalmente, si se ejerce la acción penal o se archiva la causa, se posibilita una mejor dinámica de los actos del Ministerio Público y la propia investigación; sin el temor que el incumplimiento de ciertas formalidades pueda generar la configuración de nulidades absolutas o relativas.

Sin embargo, en la investigación preparatoria no todos los actos deben ser informales, ya que se reconoce que determinados actos y diligencias deben cumplir con ciertas formalidades previstas en la ley. Por ejemplo, los actos especialmente formalizados son aquellos que se relacionan con la afectación de los derechos fundamentales, que por su características y cualidades deben cumplir con ciertas y rigurosas prescripciones legales y de orden constitucional. También se admite que se debe formalizar los casos de diligencias irreproducibles y definitivas, tal como ocurre con el caso de las pruebas anticipadas y las pruebas preconstituidas⁶²⁴. Por ejemplo, ello ocurre con el caso de la declaración de la víctima, o cualquier otro testigo, que se encuentra agonizando; de tal manera que no se puede esperar al juicio para que ellos declaren⁶²⁵.

Solo la Constitución, la ley y los criterios de proporcionalidad y razonabilidad son los límites que se reconocen a la actividad del Ministerio Público. En efecto, la limitación de los actos de investigación durante la etapa de investigación pasa por dos filtros:

cial, con las mismas sacramentalidades ridículas, lo único que pretendemos es que ahora lo firme el fiscal en lugar del juez de instrucción, entonces carece de sentido una reforma procesal". BINDER, "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal", art. cit., p. 11.

624 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., pp. 276 y 306.

625 "Lo mismo puede ocurrir con una pericia: esta puede versar sobre una sustancia perecedera y, por lo tanto, tampoco se puede esperar al juicio para producir la pericia. En esos casos, en los que existe un obstáculo insuperable para producir la prueba en el momento que corresponde, se permite que mediante un mecanismo procesal, se le dé valor anticipado a la información que brindan esos elementos de prueba. Ese mecanismo es el anticipo de prueba; consiste, básicamente en la realización jurisdiccional de esa prueba, de un modo tal que también se anticipen las condiciones básicas del juicio". BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 238.

- (i) Se debe ordenar y/o admitir las diligencias pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. Los actos de investigación deben relacionarse de manera relevante y pertinente con la hipótesis que se plantea y se debe dilucidar.
- (ii) Otra limitación que se reconoce en la admisión de las diligencias y los actos de investigación es que no se afecte de manera ilegal o arbitraria los derechos fundamentales de la persona investigada.

148

La Constitución, como está dotada de la máxima legitimidad (poder constituyente), es la norma jurídica de máximo valor dentro del ordenamiento jurídico que determina la validez de la ley y el resto de normas jurídicas, tanto en su forma como en su contenido⁶²⁶. La ley solo tiene valor en la Constitución y por la Constitución. La Constitución no solo establece las competencias de quiénes deben decidir, siempre que se encuentren legitimados a partir del ejercicio de la democracia política, sino que también determina y establece el contenido de las decisiones de los que ejercen el poder exigiendo que se respeten las normas y principios constitucionales⁶²⁷.

La irrupción del constitucionalismo trae consigo el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución en todos los sectores del ordenamiento jurídico y la realidad social⁶²⁸. La Constitución tiene, como cualquier ley, una validez y eficacia típicas de una norma jurídica. La fuerza normativa de la Constitución se traduce en la vinculación, como derecho superior, de todos los órganos y titulares de los poderes públicos⁶²⁹. Sin embargo, la fuerza normativa de la Constitución depende de la concreción del programa

626 “Se enfatiza la posición de la Constitución dentro del orden normativo, al considerar la Constitución como el conjunto de las normas jurídicas de jerarquía suprema en el Estado, al cual pueden reconducirse todas las demás normas del derecho interno”. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 5.ª ed., Ciudad de México: Porrúa, 2009, p. 51.

627 Por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta, 2011, p. 38.

628 Vid. HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, p. 77 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 2006, pp. 69 y 74.

629 Cfr. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 15, n.º 43, Madrid: enero-abril de 1995, p. 17.

jurídico-constitucional, ya que cualquier Constitución solo podrá lograr fuerza normativa si los agentes —públicos y privados— que actúan en la sociedad la colocan como fin y medida de sus decisiones⁶³⁰. La supremacía jurídica de la Constitución implica⁶³¹:

- (i) El reconocimiento del valor jurídico de la Constitución como fuente de validez de la ley y de las demás normas del ordenamiento jurídico. Si una ley o una disposición de menor jerarquía afecta el núcleo de la Constitución (derechos fundamentales, principios) genera una antinomia que debe ser resuelta a favor de la Constitución.
- (ii) La configuración de una serie de mecanismos que aseguren y garanticen la supremacía de la Constitución a través de la activación de procedimientos que controlen la expedición de normas contrarias a la Constitución⁶³².
- (iii) La necesidad de que las prácticas y acciones de los funcionarios y los poderes públicos se adapten y ajusten a los principios y los valores constitucionales.

En la doctrina se reconoce que el principio de la libre configuración de la investigación está sujeta también a indiscutibles límites constitucionales; dado que la idea de formalidad y de respeto al principio de legalidad procesal rige en todas y cada una de las etapas del proceso penal, lo que supone un afianzamiento de todas aquellas garantías que protegen los derechos fundamentales de la persona. Entre los principios que limitan la libre configura-

630 Por todos, GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Principios y ‘nuevos constitucionalismos’ el problema de los nuevos principios”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14, Granada: 2010, p. 346, refiriéndose a la Constitución medioambiental.

631 Por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2005, p. 25; y STARCK, Christian, “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, Madrid: 2003, p. 479 y 492. Este autor señala: “La supremacía de la Constitución es una conquista de la cultura jurídica norteamericana y europea. La noción teórica de la supremacía de la Constitución va acompañada de la voluntad práctica del poder constituyente de garantizar la primacía de su producto”.

632 Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia, “La problemática de la justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, Lima: 2001, p. 234.

ción de la investigación tenemos: (i) el principio de proporcionalidad, (ii) el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* y (iii) el principio de celeridad⁶³³.

149 Algunos códigos procesales (v. gr., art. 50 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶³⁴) regulan la posibilidad de que se use filmaciones o audios para preservar la información y desformalizar así la investigación preparatoria. No es necesario que las diligencias se realicen por escrito o guardando una determinada formalidad. Por ejemplo, se autoriza a que un testimonio se pueda filmar o registrar mediante audio a fin de conservar su contenido y espontaneidad en el marco de una declaración o de un interrogatorio.

En Costa Rica se reconoce la facultad de los representantes del Ministerio Público para interrogar a los testigos y desplazarse al lugar de trabajo, al domicilio de estos e, incluso, es admisible que el interrogatorio se haga vía telefónica⁶³⁵.

Lamentablemente en el Perú el CPP impone que las diversas diligencias de la investigación puedan constar en *acta debidamente documentada*. Se prescribe que “*la actuación procesal, fiscal o judicial, se documenta por medio de acta*” (art. 120.1). El acta debe ser fechada con indicación del lugar, año, mes, día y hora en que haya sido redactada, las personas que han intervenido

633 BACIGALUPO señala: “Ninguno de estos principios puede ser invocado para limitar otros derechos fundamentales. Se trata de una consecuencia de la doctrina general de los derechos fundamentales, que no siempre es tenida en cuenta no obstante su obviedad”. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 58.

634 “Cuando el/la funcionario/a público/a que interviene en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él/ella o cumplidos en su presencia, labrará un acta o lo documentará mediante grabaciones de imagen y/o sonido en la forma prescrita por las disposiciones de este capítulo”.

635 “Se persigue, que no se repita la situación de que un testigo le dicte la declaración a un auxiliar judicial; mientras el representante del Ministerio Público se encuentra encerrado en su oficina estudiando otros expedientes cuyas actas fueron elaboradas por sus escribientes. Por ello lo que debería ocurrir no es una sustitución del escribiente al que el testigo le dicta su declaración, por el representante del Ministerio Público al que el testigo le dicta, sino una desformalización de dicho interrogatorio, en la que el fiscal procede a tomar apuntes de lo que le dijo el testigo” (LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 447); también “esos interrogatorios son totalmente informales, sin actas, puede hacerse en el lugar de los hechos, en el domicilio, en el lugar de trabajo del testigo, incluso puede recurrirse al teléfono”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 58.

y una relación sucinta o integral —según el caso— de los actos realizados. Se debe hacer constar en el acta el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para las actuaciones que así lo requieran (art. 120.2). El carácter escrito del acta se revela con mayor intensidad cuando se regula que “el acta será suscrita por el funcionario o autoridad que dirige y por los demás intervinientes previa lectura. Si alguno no puede o no quiere firmar, se dejará constancia de ese hecho. Si alguien no sabe firmar, podrá hacerlo, en su lugar, otra persona, a su ruego o bien un testigo de actuación, sin perjuicio de que se imprima su huella digital” (art. 120.4).

La práctica fiscal y judicial en el Perú —y en algunos países de América Latina⁶³⁶— convierte en regla que las actas escritas sea el único procedimiento en el que consten los actos fiscales y judiciales.

Sin embargo, se pasa por alto y se deja de lado que el CPP prescribe que “será posible la reproducción audiovisual de la actuación procesal, sin perjuicio de efectuarse la transcripción respectiva en un acta” (art. 120.3). Con ello, queda claro que el CPP permite, sin mayor inconveniente, la reproducción audiovisual de los actos o diligencias fiscales o judiciales cuyo contenido se puede perennizar mediante registro fílmico o de audio, lo que debe ser complementado con la transcripción correspondiente en un acta de la diligencia.

Si las diligencias de la investigación preparatoria (v. gr., declaraciones indagatorias, testimoniales, inspecciones, reconocimientos, etc.) pudieran quedar registradas en video —o cuando menos en audio— no solo se ganaría enorme tiempo y se ahorraría recursos, sino que se lograría una mayor confianza y credibilidad en el contenido y los resultados de la diligencia que puede ser utilizado en las decisiones fiscales que se adopte⁶³⁷ (disposiciones y

636 En el caso de Costa Rica: LLOBET RODRÍGUEZ considera que “desgraciadamente en la práctica se ha venido dando un proceso de formalización de la investigación preparatoria, que ha hecho que haya terminado pareciéndose a la instrucción formal del Código de 1973. En efecto, lejos de llegarse a una desformalización de las entrevistas, el Ministerio Público lo que procede a hacer es citar a los testigos para que comparezcan a sus oficinas y cuando llegan se levanta un acta con su declaración”. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 447.

637 Para HERBEL y REGO, dichos dispositivos permiten “al juez mayor inmediación con el material probatorio y, al mismo tiempo, genera más fiabilidad sobre su modo de adquisición”. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 278.

requerimientos fiscales) o en las diversas decisiones judiciales (v. gr., comparecencia con restricciones, detención preliminar, prisión provisional, etc.).

50

Tanto el Código Procesal Penal como el predominio de una cultura inquisitiva de carácter eminentemente escritural en la práctica fiscal y judicial desaprovechan de manera clamorosa los adelantos tecnológicos que permiten perennizar con un mayor confianza, nitidez y precisión los alcances de una diligencia, en especial cuando se recoge una prueba personal cualquiera sea su índole (v. gr., indagatoria, declaración testimonial o del agraviado) o se realiza una diligencia de inspección o de reconstrucción de los hechos. El uso del video o del audio en las diligencias permite ahorrar tiempo y lograr una mejor precisión.

Los avances tecnológicos brindan una enorme ventaja en la acreditación de los hechos, en la autenticidad, en el registro y en la perennización de la actividad procesal o extraprocesal. Dichos avances permiten lograr una mayor y mejor precisión y una actividad reconstructiva más idónea y adecuada de los hechos⁶³⁸.

El uso de los medios tecnológicos es útil tanto a la fiscalía como a la defensa. Sobre esto último SCHÜNEMANN señala:

La aplicación más sencilla de los medios técnicos modernos a favor de la defensa consistiría en que todo el desarrollo de la declaración oficial de un testigo fuera completamente grabado en vídeo, esto es, desde el primer momento en que se presenta a declarar. A continuación, esta filmación debería estar a disposición del defensor, otorgándole la completa vista del expediente durante un tiempo determinado. Esto abriría la posibilidad de poner al descubierto graves subjetividades en la redacción del acta de la declaración y de generar *ex post* una situación de declaración casi contradictoria, sin que fuere restringida la iniciativa de las autoridades de persecución penal en el esclarecimiento del hecho, que debe ser *ex ante* no estorbada⁶³⁹.

638 CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de inmediación*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2011, *passim*.

639 “Respecto de las numerosas objeciones que con seguridad serán alegadas, debe ser dicho solo lo siguiente: los costos por el equipamiento de aparatos que es necesario (y que igualmente ya existe en gran parte para otros fines) solo son, con seguridad, solo una parte de aquellos medios que pudieron ser recientemente puestos a disposición en un

Otro de los aspectos en los que se manifiesta el carácter desformalizado de la investigación es a nivel de las notificaciones y citaciones de las diligencias que deben estar liberadas de cualquier trámite burocrático⁶⁴⁰. Se debe alentar la notificación por correo electrónico, por cualquier medios o sistema de mensajería instantánea.

9. LOS REQUISITOS DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA APERTURA DE DILIGENCIAS PRELIMINARES

El Código Procesal Penal prescribe que el fiscal, al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias

151

plazo mínimo para los ‘paquetes de seguridad’ con el fin de mejorar la lucha contra el terrorismo, la cual igualmente ya ha sido mejorada permanentemente desde los años 70 del siglo anterior. La utilización de personal para esta tarea es mínima, ya que solo debe ser apretado un botón al comenzar y terminar la declaración y archivado el casete de vídeo. El hecho de que la policía deba utilizar una grabación en vídeo en determinados actos formales de su actividad, se entiende naturalmente por el efecto importante de esos actos para el proceso y constituye, en realidad, algo casi cotidiano en una sociedad que se acostumbra en aumento a la videovigilancia constante de espacios completos. Finalmente, se le puede conceder sin problemas una elástica posición libre a todas aquellas constelaciones en las que por peligro de demora se deba trabajar sin utilizar el aparato formal. También puede ser ordenado que se borren oficialmente las grabaciones en vídeo luego del sobreseimiento del proceso o en caso de que la defensa no presente impugnaciones dentro del plazo previsto. Si en la mayoría de los hogares, aun de familias humildes, existe hoy día una cámara de vídeo, no puede generar serias dificultades proveer a la policía y a la justicia del material necesario. En definitiva, se trata solo de efectuar una modernización adoptando los actuales medios técnicos, tal como ha ocurrido alguna vez con la adquisición de las máquinas de escribir hace cien años. Ya existen actualmente numerosas experiencias con este método, sobre todo en Australia y Canadá, que no solo confirman que es practicable, sino que han generado un elevado grado de aceptación por parte de la policía. En efecto, mediante esta forma de tomar declaración, la policía se ha convertido en invulnerable frente al habitual reproche de que ejerce una presión impropia a los testigos”. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., pp. 68 y 69.

640 “Otra área donde puede verse la desformalización del nuevo procedimiento está en materia de notificaciones, citaciones y comunicaciones entre las distintas instituciones del nuevo sistema. En general, se trata de un área que, en nuestro país, tradicionalmente ha generado dinámicas extremadamente ritualistas, que constituyen uno de los principales cuellos de botella en nuestro sistema de administración de justicia”. DUCE y RIEGO, *Proceso penal*, ob. cit., p. 123.

ulteriores y que se altere la escena del delito⁶⁴¹ (art. 330.2 del CPP). Con ello, queda claro que la legislación procesal establece que el fiscal puede constituirse en la escena del crimen (“podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos”). Se recuerda que la escena del crimen es el lugar —abierto o cerrado— o de cualquier forma (v. gr., internet) en el que se ha producido el hecho punible⁶⁴².

La concurrencia a la escena no es solitaria, sino que lo debe hacer acompañado del personal y medios especializados necesarios a fin de establecer la realidad de los hechos.

152

En el derecho comparado se establece cuatro funciones centrales de la fase de investigación⁶⁴³:

- (i) El esclarecimiento del supuesto hecho delictivo y de la indagación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar relevantes para su calificación jurídica.
- (ii) La identificación, determinación, ubicación y citación de los presuntos intervinientes en el hecho (relación de autoría o participación).
- (iii) La sujeción o aseguramiento de las personas.
- (iv) La determinación y aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.

641 Vid. REYNA ALFARO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 46; y SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 93.

642 “Delimitar de inmediato la escena del crimen es condición necesaria para el éxito de toda investigación, comenzando acto seguido su labor la policía científica. Los errores más importantes que se han cometido en los procesos penales con fracasos clamorosos en la historia procesal penal mundial, se han producido en la escena del crimen. Por eso las normas legales, si las hubiere y su redacción lo permitiera, y si no las técnicas policiales de investigación, deben atender ante todo a la conservación de todos los objetos, huellas, vestigios y restos biológicos que se encuentran en la escena del crimen, para su pertinente análisis pericial y posterior información al juez y a las partes”. GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 202.

643 Vid. CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 224; FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 142; ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 145; TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Curso de derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2019, p. 223; y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 194.

La investigación no solo sirve para acreditar las circunstancias de comisión del supuesto hecho punible y la relación de autoría o participación, sino que se busca que en esta etapa se pueda conseguir el aseguramiento de las personas y las responsabilidades pecuniarias que puede haber lugar, por lo que en esta fase se adoptan medidas que restringen derechos fundamentales de la persona investigada⁶⁴⁴. Aquí se trata, en buena cuenta, de posibilitar el procesamiento, aseguramiento y enjuiciamiento de las personas que aparecen como autoras y partícipes de los hechos punibles que se les atribuye. Sin embargo, para llegar a la etapa de enjuiciamiento es necesario desarrollar y desplegar una serie de actos de investigación que buscan indagar las circunstancias del hecho y las condiciones personales de sus autores.

Toda investigación racional de la sospecha de la comisión de un delito debe cumplir con determinados requisitos⁶⁴⁵: **153**

- (i) Se exige, en primer lugar, que la indagación debe ser completa y exhaustiva en la realización de las diligencias y los actos de investigación pertinentes y útiles⁶⁴⁶. El Ministerio Público debe efectuar una indagación diligente ajustando su estrategia, medidas y actos a las necesidades concretas de la averiguación: ha de buscar conocer de manera adecuada y suficiente todas las circunstancias en el esclarecimiento de los hechos.

La investigación completa quiere decir que se debe agotar la realización de las diligencias con el fin de reconstruir adecuadamente los hechos que se le atribuyen a una persona a fin de determinar si es posible ejercitar o no la acción penal. Se requiere que la fiscalía en un tiempo determinado deba preocuparse de obtener

644 CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 219; y CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 224.

645 MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 100; SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 8 y ss.; UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 170; CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 401; y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 498 y ss.

646 Cfr. BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 250. Sin embargo, hay quienes, como CHAIA, RUBÉN, consideran que en la investigación preparatoria no es necesario agotar todas las pruebas para poder ir a juicio, por lo que, "al clausurarse la investigación penal preparatoria (IPP), al elevarse la causa se debe evaluar, objetivamente, la existencia de elementos mínimos que permitan sostener una acusación fundada". CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 643.

la “solidez del cuadro probatorio”. Debe cumplir con toda la actividad necesaria para esclarecer y, de ser el caso, reconstruir los hechos⁶⁴⁷, razonando hacia atrás⁶⁴⁸.

El Ministerio Público debe inspirar su propia actividad en el principio de la completitud y la exhaustividad de la indagación, la cual constituye el canon metodológico principal que dirige su desempeño⁶⁴⁹. El sistema procesal fundado en la Constitución se orienta a la búsqueda de la verdad que exige el acopio del material probatorio necesario para el esclarecimiento de una determinada hipótesis fáctica con relevancia penal⁶⁵⁰.

La indagación completa y exhaustiva se opone y se diferencia de la investigación superficial, poco diligente, que deja abiertas lagunas probatorias o que no cubre los aspectos esenciales del evento delictivo. Se afirma que el Ministerio no puede permitirse lagunas investigativas o que, en el campo penal, no cubra probatoriamente todos los elementos objetivos y subjetivos del delito⁶⁵¹.

La investigación completa no solo se refiere a la recopilación de hechos, datos o elementos que sirvan para el ejercicio de la acción penal, sino también comprende el acopio de hechos y de evidencia de descargo que favorecen la posición del investigado.

La no realización de una investigación integral y exhaustiva — sobre todo cuando involucra la violación de los derechos de la persona— puede generar la violación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y la configuración de responsabilidades penales y/o disciplinarias⁶⁵².

- (ii) La investigación del delito en un Estado constitucional debe tener por objeto un hecho punible *concreto y específico*, debido a

647 Vid. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 91; y CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 401.

648 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 17.

649 UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 170.

650 BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 250.

651 CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 503.

652 BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 250.

que se proscribe la *inquisitio generalis*. La averiguación y la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar es una finalidad esencial tanto de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria.

Un hecho genérico, difuso y amplio no es posible de acreditar, por lo que se debe concretar sus circunstancias fácticas y elementos configuradores a fin de facilitar las tareas de esclarecimiento, respetar el derecho de defensa y las demás garantías mínimas del debido proceso.

Las fuentes y los órganos de prueba deben ser examinados con diligencia y de manera adecuada a fin de obtener información precisa y relevante sobre la posible ocurrencia de un determinado suceso delictivo. A un agraviado, a un testigo a un coimputado se le debe interrogar de manera relevante y precisa acerca de cómo obtiene el conocimiento de los hechos sobre los que declara y cuándo y de qué manera ocurrieron a fin de establecer las coordenadas de tiempo, modo y lugar. No es posible corroborar ni cruzar información si los hechos no se encuentran lo suficientemente determinados y fijados en un contexto espacial y temporal.

El derecho a ser informado de la imputación demanda evitar una actividad inquisitiva general e indiscriminada sobre la vida de una persona⁶⁵³, o también proscribe investigar de manera genérica los comportamientos de miembros de un grupo social⁶⁵⁴. Asimismo, se opone a la intervención policial, fiscal o judicial como pretexto para conocer las facetas íntimas o privadas de una persona.

653 Vid. ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 65; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003, p. 194; REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, *El Interrogatorio del imputado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 27; BANA-CLOCHE PALAO, Julio, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10, Madrid: 2000, p. 184; y ÁNGULO ARANA, Pedro, *La función fiscal*, Lima: Jurista Editores, 2007, p. 347.

654 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 195; y ÁNGULO ARANA, *La función fiscal*, ob. cit., p. 347.

Un Estado constitucional repudia y se opone a la *inquisitio generalis* o la búsqueda a toda costa de algún tipo de responsabilidad de una persona que genera persecuciones indeterminadas, pesquisas arbitrarias y no sujetas a control jurídico alguno. Existe la proscripción de investigaciones o práctica de diligencias por hechos ajenos a lo que es materia de investigación.

En el marco de una investigación fiscal, propia de un Estado de derecho, el Ministerio Público no debe salir a pescar, no debe ir de cacería para ver que se encuentra. Tampoco está permitido iniciar investigaciones bajo la esperanza de lograr pescas milagrosas⁶⁵⁵ o de buscar algo que no se sabe, en realidad, qué es. El criterio de racionalidad de las investigaciones fiscales, como único modelo legítimo de un Estado de derecho, que debe inspirar y conducir el trabajo de los miembros del Ministerio Público es basarse en hipótesis de supuestos de hechos específicos y no en elementos genéricos, vagos e indeterminados. Como bien apunta el TC peruano: “El fiscal no debe investigar al azar, para ver que se encuentra, sino se debe partir de una hipótesis basada en hechos específicos para determinar su verosimilitud”⁶⁵⁶.

54

En la doctrina se considera que el inicio y la realización del procedimiento de investigación no es impugnabile judicialmente⁶⁵⁷ ni se puede presentar recurso alguno en contra de la apertura, por ejemplo, de las diligencias preliminares, salvo la nulidad procesal. El principio de oficialidad lleva a los órganos de persecución penal a abrir investigación, haya o no denuncia de parte, y dicha decisión no puede cuestionarse como regla en la investigación.

La ley procesal penal no ha habilitado recurso alguno que permita cuestionar de manera adecuada y suficiente la apertura de una investigación en contra de una persona.

La obligación constitucional y legal de perseguir el delito no es otra cosa que buscar y reunir, con objetividad, los elementos necesarios y los medios

655 Por todos, BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 248.

656 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3987-2010-PHC/TC*, Lima: 2 de diciembre del 2010 (voto en minoría de los magistrados ETO CRUZ y ÁLVAREZ MIRANDA).

657 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 475.

de investigación que ayuden a descubrir la comisión de un delito, sus circunstancias e intervinientes⁶⁵⁸. Técnicamente —y en referencia al Ministerio Público— perseguir el delito equivale a *investigar* su comisión; actividad que, por cierto, no supone la infracción a la presunción de inocencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado⁶⁵⁹:

La realización de una investigación administrativa, como a su turno la realiza el Ministerio Público, no importa un quiebre de esa presunción de no culpabilidad. La presunción de inocencia no garantiza que ante los indicios de la comisión de un delito no se pueda investigar, o que la investigación sobre su perpetración, con miras a formular una denuncia de parte, no se pueda efectuar sino con la presencia de un juez; en otras palabras, garantiza que no se sancione si no existen pruebas suficientes.

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional y convencional es posible que se puede controlar el acto estatal realizado por el Ministerio Público de abrir diligencias preliminares, debido a que en un Estado constitucional no existen islas o zonas exentas de control y fiscalización, tanto legal como constitucional. El control de la apertura de diligencias preliminares puede ocurrir cuando:

- (i) Se trata de una apertura de diligencias preliminares completamente arbitraria que no reposa en un dato o elemento probatorio alguno, desde el punto de vista racional. No existe alguna premisa externa que fundamenta o que justifica de modo racionalmente mínimo la decisión estatal adoptada. No hay evidencia objetiva o un acto de investigación que justifique dirigir la indagación en contra de una persona.
- (ii) Se trata de la apertura de diligencias preliminares al margen de la legalidad ordinaria o constitucional, sea porque media una prohibición normativa expresa o porque la hipótesis fáctica que se pretende investigar carece de encaje o relevancia penal, ya sea de manera absoluta o relativa.

658 Cfr. BRAMONT ARIAS, Luis, *El Ministerio Público*, Lima: SP Editores, 1984. p. 117.

659 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 1680-2005-PA/TC Lima*, Lima: 11 de mayo del 2005.

10. LOS ACTOS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

155 Los actos que comprende la etapa de la investigación del delito son: (i) los actos de recojo y acopio de evidencia propiamente dicho; (ii) los actos que afectan derechos fundamentales de la persona: las medidas limitativas de derecho y las medidas coercitivas de carácter personal o real⁶⁶⁰.

De manera específica, se asume que en la investigación preparatoria se realizan diversos actos que supone: (i) el inicio formal de las diligencias preliminares frente a la aparición de una *notitia criminis*; (ii) los actos de investigación que buscan comprobar la realidad de la hipótesis de un evento delictivo; (iii) de comprobarse el hecho e identificarse al autor se procede al ejercicio de la acción penal y a la formulación de una imputación; (iv) la adopción de medidas cautelares personales (prisión provisional, comparecencia) o reales (embargo, administración provisional, etc.)⁶⁶¹.

156 En la legislación peruana, los actos de investigación, llamados también actos instructorios o diligencias sumariales⁶⁶², son actos del Ministerio Público y de las partes (v.gr., investigado, tercero civilmente responsable, agraviado, etc.) por medio de las cuales se introducen los hechos necesarios y la evidencia que sirve bien para acreditar la existencia del hecho punible, las circunstancias de su comisión, la relación de autoría o bien pasa sustentar una hipótesis alternativa propuesta por la defensa (coartada, causa de justificación, causa de inculpabilidad, causa de no culpabilidad, etc.) o bien para refutar la evidencia de cargo.

Dichos actos se encuentran preordenados y dirigidos a fijar el objeto litigioso y los sujetos del proceso penal⁶⁶³ que no es otra cosa que determinar qué sucesos históricos se deben indagar y quiénes son sus protagonistas.

660 Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2019, p. 462; GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 198 y ss.; CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., 2021, p. 249; y LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 171.

661 Vid. GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 157; ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 147; y BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 50.

662 Vid. LÓPEZ YAGÜES, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 169; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 462; CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 247; y GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 157.

663 Cfr. CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 248.

Para que pueda haber el enjuiciamiento es necesario que haya unos hechos aparentemente delictivos y que se haya determinado de manera suficiente la persona que los ha podido cometer⁶⁶⁴ y que se cumpla, además, con un determinado estándar probatorio.

Los actos de investigación tienen por objeto preparar el juicio oral como también facilitar a la defensa las razones para solicitar el archivo del caso o el sobreseimiento⁶⁶⁵. Con razón, se señala que la etapa de investigación se dirige a determinar hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar a un juicio oral⁶⁶⁶ o, incluso, se puede impedir que se abra el juicio oral⁶⁶⁷.

10.1. Las características de los actos de investigación

Las principales características de los actos de investigación y las reglas 157 que rigen la etapa de investigación son las siguientes⁶⁶⁸:

- (i) Las actuaciones son predominantemente escritas y no requieren cumplir con el principio de concentración. A diferencia del juicio oral, las diligencias dentro de la investigación preparatoria, tienen un carácter marcadamente escrito y se rigen por el principio de do-

664 “Sin hecho presuntamente delictivo o sin persona presuntamente responsable, no puede abrirse el juicio oral”. FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 140.

665 Vid. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 284; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 437.

666 Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 219; CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 224; FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 140; NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 175; RICHARD GONZÁLEZ, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, ob. cit., p. 194; y SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2.^a ed., Lima: INPECCP, 2020, p. 256.

667 Vid. MIRANDA RODRIGUES, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, art. cit., p. 213; GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 157; CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 248; ORÉ GUARDIA, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, art. cit., p. 164; y DOIG DÍAZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, art. cit., p. 196.

668 Vid. GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 158 y ss.; FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 150 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 220 y ss.; CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 232 y ss.; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., p. 177; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 446.

cumentación de las diligencias practicadas⁶⁶⁹. La oralidad no es la regla ni rige en la instrucción⁶⁷⁰, aunque puede someterse a debate y audiencia pública ciertos actos que suponen la afectación de derechos fundamentales⁶⁷¹, v. gr., prisión preventiva, comparecencia con restricciones, tutela de derechos, reexamen, etc.

Se reconoce que el principio de la escritura constituye una máxima de carácter irrenunciable en esta fase del proceso penal. Aquí rigen las reglas de escritura, del secretismo y la falta de intermediación⁶⁷².

- (ii) En la investigación preparatoria rige el principio de investigación de oficio e impulso público de las actividades y diligencias de indagación. En el caso de la legislación peruana, quien controla y dirige la investigación es el Ministerio Público organismo estatal que debe actuar guiado por los principios de legalidad y de objetividad. La Fiscalía está obligada por mandato de la ley a investigar unilateralmente las circunstancias del hecho que constituye la notitia criminis, de tal manera que no se necesita que un tercero externo promueva las diligencias de esclarecimiento⁶⁷³.

Las partes (v. gr., investigado, parte civil, agraviado, etc.) no dirigen ni controlan la investigación. En la investigación preparatoria no hay necesidad de que su impulso y actuaciones sea solicitada por las partes, aunque en el ejercicio de su derecho puedan hacerlo.

Mientras en el juicio oral rige el principio de aportación de parte, en la investigación preparatoria rige la máxima de investigación oficial.

- (iii) Los actos de investigación tienden a esclarecer los hechos y la posible intervención de una persona, buscan preparar el juicio oral o sustentar el archivo del caso. La investigación se caracteriza princi-

669 Cfr. D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278.

670 Vid. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 55; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 446.

671 HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 263.

672 NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 446.

673 CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 498.

palmente por la búsqueda y la preparación; mientras en el debate predomina la actividad de control, de discusión y de juicio⁶⁷⁴.

Al respecto, el art. 325 del CPP prescribe:

Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código.

En el derecho comparado algunas legislaciones procesales poseen una regulación semejante a la peruana (art. 155 del CPP de Brasil⁶⁷⁵; art. 261.2 del CPP de República Dominicana⁶⁷⁶, el art. 276 del CPP de Costa Rica⁶⁷⁷, entre otros).

El punto central de cualquier reforma del proceso penal lo representa tanto la relación de la etapa de la investigación con el juicio oral como la influencia poderosa de las autoridades de la persecución penal sobre el resultado final del proceso⁶⁷⁸.

Se parte del reconocimiento de que en el proceso penal de un Estado de derecho rige el principio de separación de fases o etapas⁶⁷⁹. La no utilización de las diligencias y actos de investigación

674 Vid. MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 173; y CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 658.

675 “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

676 “Las actuaciones contenidas en el registro de investigación no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado, salvo las actas que este código autoriza incorporar al juicio por su lectura”

677 “No tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de conformidad con las reglas de los actos definitivos e irreproducibles y las que este Código autoriza introducir en el debate por lectura”.

678 Cfr. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 55.

679 Cfr. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 19; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 134; y TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 504.

recogidas en la etapa de indagación no es consecuencia de la invalidez o una patología del acto que pueden reunir los requisitos previstos en la ley, sino que constituye la aplicación del principio de separación de fases⁶⁸⁰.

El fundamento del art. 325 —que parte una clara distinción entre la fase de investigación y el juicio oral— es evitar la contaminación y el prejuicio que puede adquirir el juez por los elementos obtenidos en una fase preprocesal en el que él no tiene ninguna intervención⁶⁸¹. Es en el juicio en el que se adquiere la prueba con el respeto de todas las garantías procesales. La originalidad de los medios de prueba en el plenario se alcanza, debido a que se impide que los actos y las diligencias que se llevan a cabo en la investigación sean trasladados automáticamente al juicio⁶⁸². Con ello, se evita la contaminación y se garantiza que la evaluación probatoria recaiga exclusivamente sobre los medios de prueba practicados en el juicio con respeto de los principios y reglas que rigen esta etapa. Se recuerda que un proceso penal de un Estado Constitucional se caracteriza, como señala FERRAJOLI, “por una prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente establecidos”⁶⁸³.

En el derecho italiano se distingue entre el procedimiento de investigación preliminar y el proceso que lleva distinguir un “doble fascículo”. Un fascículo contiene la información recogida por el Ministerio Público, la Policía, así como también la información aportada por la defensa (investigación defensiva); el otro fascículo está formado y predispuesto con relación al plenario y recoge toda la información que se analizará y debatirá; mientras uno sirve al Ministerio Público, el otro sirve al órgano jurisdiccional que realizará el juicio. El fin que persigue el legislador italiano con la institución del *doble fascículo* es evitar la contaminación

680 NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 134.

681 LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 164.

682 *Loc. cit.*

683 FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 134.

del juez a partir del contacto que puede tener con los elementos adquiridos por el Ministerio Público en la etapa de la investigación. Se busca, con ello, la originalidad del fascículo del debate que se destina a recoger solo la información que se analizará en el plenario que aspira de manera razonable —y hasta donde sea posible— a tomar en cuenta los elementos que formarán parte del contradictorio, evitando cualquier riesgo de contaminación⁶⁸⁴. Con ello, se tiende evitar de que el fiscal se convierta en un órgano receptor de prueba, en especial, la de carácter testimonial y, en general, de toda prueba reproducible y que dicha declaración despliegue una eficacia probatoria para la condena de una persona⁶⁸⁵.

Las diligencias de la investigación poseen carácter *típicamente preparatorio*, por lo que su finalidad es básicamente informativa⁶⁸⁶, a modo de elementos que ayudan a determinar si se ejercita o no la acción penal o a decidir si es conveniente proseguir con la investigación iniciada⁶⁸⁷. Los elementos recogidos en la investigación no constituyen medios de prueba o simplemente pruebas, en el sentido técnico procesal⁶⁸⁸. Con ello, la ley procesal solo confiere un valor limitado a las diligencias sumariales y su valor lo circunscribe para emitir resoluciones dentro de la propia investigación y a lo sumo a nivel de la etapa intermedia como también se puede utilizar para dictar medidas limitativas de dere-

684 Cfr. DALIA, Andrea Antonio y Marzia FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 7.^a ed., Padova: Cedam, 2010, p. 611.

685 Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 60.

686 Vid. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 238; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, G., *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 60; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 441 y 447.

687 Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las dos dimensiones del enjuiciamiento”, art. cit., p. 244; HERBEL Y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 304; BERNAL CUELLAR Y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 256; LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, ob. cit., p. 448; D’ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 275; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 175; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 60; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 441; y CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 658.

688 Cfr. BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 89.

chos y medidas de coerción⁶⁸⁹ (personal o real). Sirve para formar la opinión del acusador y en el modelo procesal asumido por el CPP para sostener y justificar los requerimientos y disposiciones del Ministerio Público.

Como una regla reconocida en el derecho comparado se admite que las diligencias llevadas a cabo durante la investigación carecen de valor probatorio⁶⁹⁰ y que su única finalidad es determinar si se debe ejercer la acción penal como también si se debe llevar a juicio o no a una persona⁶⁹¹. Las diligencias de la investigación preparatoria no cumplen, como regla, función alguna en el juicio oral y no pueden ni deben ser la base para la expedición de una sentencia. Su función es básicamente endoprocédimental, interna y que posee una eficacia probatoria limitada⁶⁹² que sirve para ejercer o no la acción penal, promover medidas de aseguramiento (real o personal) y decidir, finalmente, si se emite una acusación o se sobresee la causa. El empleo del material recogido solo puede ser utilizado en la primera fase del proceso penal, es decir, a nivel de la investigación preparatoria⁶⁹³ y la etapa intermedia.

En la doctrina hay acuerdo en considerar que lo investigado en el procedimiento preliminar (v. gr. investigación preparatoria) solo

689 Vid. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., 2018, p. 237; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 238; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 448.

690 Vid. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 134; BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 89; ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las dos dimensiones del enjuiciamiento”, art. cit., p. 245; BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 50; FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 140; BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 256; y REYNA ALFARO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 46. En la doctrina nacional: NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 445.

691 Vid. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 6; BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 89; y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 60.

692 Por todos, LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 156.

693 Vid. FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 20; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 134; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 505; y LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 159.

tiene *efectos provisionales* (y no definitivos) que no condiciona ni determina el resultado del proceso principal⁶⁹⁴ (juicio oral).

Una de las características fundamentales del procedimiento preparatorio es que los actos de investigación realizados por el Ministerio Público *no pueden fundar una condena* y no pueden ser incorporados al debate automáticamente⁶⁹⁵. Los actos de investigación y las diligencias en esta etapa solo tienen un carácter instrumental al sostener las decisiones del Ministerio Público, la acusación o el archivo del caso como también para que el juez ante el requerimiento del Ministerio Público dicte (o rechace) las decisiones interlocutorias de medidas limitativas de derecho o las medidas cautelares, sean reales o personales⁶⁹⁶.

Se afirma que la tarea del órgano jurisdiccional resulta independiente y no es perjudicada por las comprobaciones que se llevan a cabo en la etapa de la investigación del delito⁶⁹⁷. Si sobre los materiales recogidos en la investigación se dicta una sentencia condenatoria dicho fallo debe considerarse como abiertamente inconstitucional⁶⁹⁸.

Se reconoce que la etapa de la investigación del delito no tiene como fin la formación del material propiamente probatorio⁶⁹⁹.

694 Cfr. BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 89.

695 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 448.

696 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 154.

697 Cfr. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 65.

698 “Debemos reconocer que nuestros sistemas procesales funcionan en gran medida sobre la base de una conversión automática en ‘prueba’, de los elementos reunidos en la investigación, sin que estos sean producidos directamente en el juicio. De este modo, en la práctica, se dictan sentencias basadas casi con exclusividad en el ‘sumario’. Y esto significa, en buen romance, prescindir del juicio previo, es decir, dictar sentencias inconstitucionales”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239.

699 “El nuevo sistema de investigación no tiene carácter probatorio, esto es, que todos los actos que durante él se desarrollen, y que de algún modo puedan contribuir al esclarecimiento del caso, solo tienen un valor informativo para quienes llevan adelante la persecución (fiscales y policías), pero no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral en las formas que el juicio oral requiere. Así, por ejemplo, la declaración de un testigo, prestada

En todo caso, si se pretende utilizar los elementos y la evidencia recogida en la fase de la investigación preparatoria para dictar sentencia, de manera obligatoria se debe reproducir durante el juicio, bajo el régimen del contradictorio pleno⁷⁰⁰.

No se concibe que los actos y las diligencias practicados por una autoridad estatal, sin la intervención del juez, puedan tener valor probatorio y se justifique la expedición de una sentencia condenatoria⁷⁰¹. Muchas veces los actos de investigación carecen de las garantías mínimas del debido proceso, más allá que puedan servir para elaborar juicios provisionales y de verosimilitud para dictar determinadas decisiones de carácter urgente y necesario que afectan derechos fundamentales.

En el proceso penal acusatorio no existe un traslado automático de la evidencia recogida en la investigación al juicio, tal como ocurre con el modelo inquisitivo en donde toda la prueba practicada en la investigación se traslada, sin más, al juicio⁷⁰². La diferencia del sistema procesal acusatorio, que se funda en la Constitución, y el proceso inquisitivo es que las pruebas que se valoran en la sentencia son las que se discuten en el juicio oral de modo contradictorio; de tal modo que no todo lo que se produce en la investigación tiene que ingresar al plenario y menos valorarse en la sentencia⁷⁰³. Se regresa a las bases del principio inquisitivo si es que se pretende otorgar valor probatorio a la información (declaraciones, actas, pericias) producida a nivel de la investigación,

ante el Ministerio Público les permite a los fiscales contar con información importante para formar su convicción acerca del caso y para recopilar nuevos antecedentes respecto del mismo, pero esa declaración no tiene ningún valor probatorio mientras el testigo no comparezca al juicio oral y la preste nuevamente en conformidad a las reglas que regulan tal etapa del procedimiento". CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 446; HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 305; y DUCE y RIEGO, *Proceso penal*, ob. cit., p. 120.

700 Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 60.

701 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 157.

702 Vid. BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 259; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 60; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 445.

703 Vid. BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 89; y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, ob. cit., p. 60.

sin justificar previamente la razón por la que debe incorporarse al plenario y por qué el material debe discutirse en el juicio.

No es correcta la doctrina que para dotar de valor a los actos de investigación sostiene que dichos actos están dotados de una presunción de veracidad. Se critica severamente a esta posición en la medida que crea una falsa presunción que no está prevista en la ley y que pretende extender el valor probatorio de las diligencias que se llevan a cabo en la investigación más allá de esta etapa cuando, en realidad, solo tienen un valor endoprocudimental⁷⁰⁴.

Las pruebas repetibles o renovables como el testimonio, el careo o el reconocimiento para que ingresen al ámbito de los elementos que se deben analizar en la sentencia, deben ser producidas en la etapa del juicio en presencia del juez y de las demás partes que pueden ejercer el contradictorio. Todos los elementos obtenidos en la investigación que se pretenden evaluar en la sentencia deben ser necesariamente repetidos en el juicio. Por repetición se entiende la nueva realización de la declaración que ya se llevó a cabo en una etapa anterior y que exige que la persona que originalmente práctico (v. gr., declarar) el acto lo realice en la misma forma. En sentido procesal, solo se puede admitir la repetición (v. gr., de una declaración) cuando el testigo vuelve a declarar sobre el mismo hecho, esto es, debe concurrir el trinomio: la misma persona, la declaración sobre el mismo objeto y que se practique en un mismo acto. No se puede hablar de repetición si se produce la mera lectura del acta donde consta la declaración; aquí se distingue entre reproducción y repetición. Tampoco puede ser considerada como repetición el hecho de que el testigo se presente al juicio y simplemente ratifique los términos de la declaración anteriormente prestada, ya que la persona debe declarar de manera efectiva y concreta sobre el hecho que ha percibido (directa o indirectamente), permitiendo el pleno conocimiento del juez y de las partes. El hecho de que se diga “*ratifico lo que anteriormente he declarado*” no tiene el valor de una declaración

704 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 154.

testimonial, que supone la negación de lo que constituye un testimonio y el ejercicio mismo de la jurisdicción⁷⁰⁵.

Sin embargo, las declaraciones que se prestan en la etapa de investigación se pueden utilizar en determinados casos en el juicio oral como cuando el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente en cuyo supuesto el juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el fiscal (art. 376.1) o también serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes (art. 383.1.d). De igual manera, se establece que “si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera” (art. 378.6) y también “durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio” (art. 378.8).

En el derecho comparado, se reconoce que en el juicio oral solo se puede utilizar excepcionalmente los elementos recogidos en la investigación del delito⁷⁰⁶. La única reproducción procesalmente válida es aquella que deriva de la producción anticipada de pruebas que requiere el control judicial y el contradictorio de las partes⁷⁰⁷. Por ejemplo, las declaraciones prestadas en la etapa de investigación se pueden utilizar para evidenciar contradicción de los distintos órganos de prueba. El contradictorio de las pruebas no surge en el juicio oral, sino que se prepara y ordena en la fase de la investigación⁷⁰⁸.

705 *Ibid.*, pp. 158 y 159.

706 *Vid.* TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 505; FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 20; y ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las dos dimensiones del enjuiciamiento”, art. cit., p. 245.

707 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 159.

708 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 19; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 503.

A diferencia de los actos de investigación, los actos (o medios) probatorios se desarrollan solo y dentro del marco del juicio oral bajo los principios de inmediación, concentración y oralidad, salvo los casos de prueba anticipada siempre que se actúe conforme al art. 242 del CPP y la prueba preconstituida que se caracteriza por las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el CPP (art. 325).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Justicia del Perú ha señalado:

El artículo 325 del Código Procesal Penal prescribe que las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Los actos de investigación están sometidos a su propio régimen jurídico, por cierto, distintos de los actos de prueba, que son los que pueden y deben erigirse en el material que deberá apreciar el juez para dictar sentencia, con la excepción —dentro de las estrictas previsiones legales, y siempre que cumplan los presupuestos de irrepetibilidad y de urgencia— de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida⁷⁰⁹.

- (iv) Una de las principales características de la etapa de investigación preparatoria es su carácter eminentemente *reservado* (art. 324.1 del CPP⁷¹⁰), a diferencia de la publicidad que es el rasgo central del juicio oral⁷¹¹. Incluso, en el derecho comparado se resalta que el procedimiento de investigación es fundamentalmente secreto⁷¹². La reserva de la investigación viene impuesta por la ley y no por una decisión discrecional de la autoridad.

709 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 292-2019*, Lima: 14 de junio del 2019.

710 “La investigación tiene carácter reservado. Solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones”.

711 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 478 (“mientras en el juicio oral rige el principio de publicidad durante el procedimiento preparatorio impera el secreto para extraños”); y D’ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278.

712 Véase, en Alemania: ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 479. En Italia: TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 62; TONINI, *Manuale di proce-*

Durante la investigación del delito no opera la regla de la publicidad, lo que no significa que en el curso de la investigación todo acto que se desarrolla deba ser considerado secreto⁷¹³. Se trata de una etapa limitadamente secreta que jamás es pública para los terceros ajenos a la investigación⁷¹⁴.

La Constitución establece “la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos”. Sin embargo, se reconoce que en los procesos penales, en alguna de sus etapas (diligencia preliminares e investigación preparatoria), rige el principio de reserva; de tal modo que no cualquier persona pueda informarse del contenido y de los actos de una investigación⁷¹⁵.

En el derecho peruano no existe ninguna disposición normativa, ya sea de carácter constitucional o legal, que autorice a que un representante del Ministerio Público o las partes, en un caso concreto, puedan publicar o difundir un acto de investigación, una diligencia o una decisión fiscal, v. gr., requerimiento o disposición. Por tanto, el deber de reserva de la investigación —que comprende a los actos, diligencias y decisiones— ha de enten-

dura penale, ob. cit., pp. 503 y 517.

713 Vid. CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 464; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 517; y LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 342.

714 : “Se presenta como una solución legislativa razonable, al servir de contrapeso entre la impunidad que la dispersión de la prueba —casual o provocada— puede otorgar a quien incurrió en un hecho delictuoso y el interés de la comunidad agraviada en lograr el castigo del responsable”. D’ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278.

715 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 288; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 443. Para BINDER, “también significa que, si bien esta etapa no es pública en el sentido en que lo es el juicio oral (abierto a todos los ciudadanos). no se debe deducir de ello que sea secreta para los distintos sujetos procesales. Al contrario: el defensor, el querellante, las partes civiles, deben tener acceso al desarrollo de la investigación”. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 241.

derse en clave de regla normativa de carácter general que no sufre ninguna excepción, sea para un delito en particular, un conjunto de delitos o una determinada clase de proceso (o procedimiento) penal.

El CPP peruano permite distinguir entre la *reserva* y el *secreto* de la investigación. La reserva de la investigación es la regla y el secreto de la investigación es la excepción. El secreto de la investigación es una reserva cualificada que solo puede ordenarse cuando se cumplen determinados requisitos y se justifica de manera adecuada.

En efecto, en la investigación preparatoria y las diligencias preliminares, además, de cumplir con el deber de reserva, en determinados casos excepcionales se puede ordenar el secreto de la investigación. Por ejemplo, dentro de las atribuciones de la Policía en la investigación del delito (artículo 68) se faculta al fiscal a que pueda decretar “de ser el caso, el secreto de las investigaciones por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas” (art. 68.3 del CPP). De igual forma, el CPP faculta a que “el fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el juez de la investigación preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación” (art. 324.2 del CPP). Mientras que el art. 68.3 regula un supuesto general de secreto de las investigaciones, el art. 324.2 regula un secreto parcial que se limita a determinadas actuaciones o diligencias.

La justificación del secreto de la investigación debe basarse en hechos objetivos como la existencia de peligro procesal y ha de estar fundamentado de modo suficiente. Dicha medida es excepcionalísima, dada la afectación al derecho de defensa, pues ni el investigado ni su defensor pueden intervenir en las diligencias y en las actuaciones programadas dentro de dicho plazo. El secreto de la investigación refleja la tensión entre el interés en la eficacia de la investigación y las garantías constitucionales del imputado. Tanto su interpretación y aplicación al afectar derechos funda-

mentales debe ser restrictiva, cobrando vigencia el principio de que “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos” (art. 139.9 de la Const. Pol.) y debe someterse a los alcances del principio de proporcionalidad. Los alcances del secreto de la investigación no pueden interpretarse de manera amplia y extensa.

La reserva de la investigación es con relación al público y a los terceros ajenos a la investigación, pero no afecta a las partes⁷¹⁶.

El *fundamento* de la reserva de la investigación reside en la obligación de respetar a la presunción de inocencia⁷¹⁷, el derecho al honor y a la buena reputación que puede verse perjudicado si es que se publicitan y se conocen por terceros las diligencias que se llevan a cabo cuando solo buscan esclarecer las posibles circunstancias de la comisión de un delito y la vinculación de una persona como autor o partícipe⁷¹⁸. Se trata de evitar la pena del banquillo y la innecesaria exposición mediática de las personas investigadas que pueden sufrir daños irreparables por ese solo hecho pese a que finalmente el caso se termine archivando o se llegue a una absolución.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental que no solo se ejerce contra el Estado, sino también contra otras personas (naturales o jurídicas) que tienen el poder y disponen de medios capaces para estigmatizar a una persona de manera ma-

716 Cfr. D'ALBORA, *Código Procesal de la nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278.

717 El art. 9-1 del Código Civil francés, que se modificó mediante Ley 93-2 del 4 de enero de 1993 prescribe: “Todas las personas tienen derecho a que se respete la presunción de inocencia. Cuando, con anterioridad a cualquier condena, se presente públicamente a una persona como culpable de hechos que son objeto de una investigación o instrucción judicial, el juez puede, incluso por vía de procedimiento sumario, y sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir cualesquiera medidas, como por ejemplo la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado, con vistas a que se cese la vulneración de la presunción de inocencia, y ello a expensas de la persona física o jurídica responsable de dicha vulneración”.

718 “Se trata fundamentalmente de proteger al imputado frente a los efectos perjudiciales de la publicidad, ello en relación con una investigación que no se sabe siquiera si dará lugar a la realización de un juicio oral”. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 478.

terialmente tan intensa y semejante a la que puede acceder el Estado para imponer una pena⁷¹⁹.

También se destaca que la reserva de la investigación reside en la necesidad de impedir que la prematura publicidad de los hechos materia de indagación pueda *entorpecer y obstaculizar* la investigación como las diligencias que se llevan a cabo⁷²⁰. Se busca bloquear que la intempestiva difusión de la noticia criminal pueda afectar de manera grave e intensa la eficacia de las diligencias y de la investigación misma⁷²¹.

Al respecto, el TEDH ha señalado que la reserva o el secreto de la investigación es un fin legítimo en una sociedad democrática. Se trata de garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder judicial según la terminología del art. 10.2 CEDH, que también comprende, en particular, la protección de la reputación y los derechos de los demás⁷²². Con ello se busca garantizar el respeto del derecho a la presunción de inocencia de una persona que aún no ha sido juzgada. También tiene por objeto garantizar la correcta administración de justicia evitando cualquier influencia ajena a esa administración. Estos fines corresponden a la protección de “la reputación o los derechos de los demás” y al mantenimiento de “la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial”, en la medida en que se ha interpretado que esta última salvaguarda abarca los derechos de que disfrutaban los individuos como los litigantes en general⁷²³. El TEDH reitera que es legítimo querer otorgar

719 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, 1.ª reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 84 (quien recuerda que la contracara de la presunción de inocencia “la constituyen los informes de la prensa prematuros y provocados por las autoridades instructorias acerca de la sospecha contra una determinada persona en el procedimiento instructorio, que es percibido por la opinión pública como una precondena, y que no pueden ser retrotraídos con la información posterior acerca de la absolución”); y BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 44 (quien recuerda que el uso de estos medios no se sujeta, ni cumple con los presupuestos que legitiman la aplicación de la pena estatal).

720 Cfr. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 62.

721 Cfr. DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 380.

722 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Weber vs. Suiza*, Estrasburgo: 22 de mayo de 1990, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dupuis y otros vs. Francia*, Estrasburgo: 7 de junio del 2007, párr. 32.

723 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ernst and others vs. Bélgica*, Estras-

una protección especial al secreto de la instrucción teniendo en cuenta los riesgos de un proceso penal, tanto para la administración de justicia como para el derecho al respeto a la presunción de inocencia de las personas investigadas⁷²⁴. Destaca que el secreto de la investigación sirve para proteger, por un lado, los intereses del proceso penal, al prevenir los riesgos de colusión, así como el peligro de desaparición y alteración de los medios de prueba y, por otro lado, los intereses del acusado, en particular desde el punto de vista de la presunción de inocencia y, más en general, de sus relaciones e intereses personales. Se justifica, además, por la necesidad de proteger el proceso de formación de las opiniones y la toma de decisiones del Poder Judicial⁷²⁵.

En la doctrina se distingue entre una *publicidad relativa*, que es propia de las partes, y que rige en la investigación preparatoria y la *publicidad general* que es la que se produce en el juicio oral⁷²⁶. En la doctrina comparada se diferencia entre una *reserva interna* entendida como una prohibición de participación de terceros ajenos a la propia investigación y la *reserva externa* que se comprende como una prohibición de divulgación de las diligencias, de las decisiones y los actos que se realizan en la investigación⁷²⁷.

La reserva interna tiene la finalidad de impedir que terceros (personas naturales o jurídicas: de derecho público o de derecho privado, medios de comunicación, etc.) puedan tomar co-

burgo: 15 de julio del 2003, párr. 98; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dupuis y otros vs. Francia*, Estrasburgo: 7 de junio del 2007, párr. 32.

724 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bédar vs. Suiza*, Estrasburgo: 29 de marzo del 2016, párr. 68; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dupuis y otros vs. Francia*, Estrasburgo: 7 de junio del 2007, párr. 44.

725 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bédar vs. Suiza*, Estrasburgo: 29 de marzo del 2016, párr. 68.

726 Cfr. CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 236; FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 153; D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 444.

727 Cfr. DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 380; CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 464; TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 62; y LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 342. En el derecho brasileño: LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 153.

nocimiento (total o parcial) de los actos y de las decisiones de la investigación preparatoria⁷²⁸. Dicha reserva no alcanza a las personas que participan en la indagación y que, por mandato de la Constitución, los Tratados de Derechos Humanos y la ley, se les debe comunicar el procedimiento iniciado, tal como ocurre con la persona investigada, el agraviado, entre otros; a fin de que puedan oportunamente disponer de su derecho a la defensa.

El acceso de las partes a la investigación es *general y amplio*⁷²⁹. La legislación peruana no tiene la limitación de algunos Códigos del derecho comparado que recién admiten el acceso a la carpeta fiscal luego de que se rinda la declaración indagatoria (v. gr., el CPP argentino⁷³⁰). El derecho a revisar la carpeta fiscal o los actuados de la investigación comprende no solo la documentación escrita en sus diversos tomos e incidentes, sino también abarca la posibilidad de revisar los archivos informáticos, los diversos objetos decomisados, las grabaciones fonéticas o de video⁷³¹, entre otros.

En el derecho comparado (v. gr., Italia) se admiten dos limitaciones al hecho de que las partes puedan conocer o intervenir en la investigación abierta: (i) en los casos de criminalidad organizada o delitos particularmente graves como es el caso de asesinato, robo agravado, extorsión o secuestro; (ii) el Ministerio Público puede disponer del secreto de la investigación mediante disposición debidamente fundamentada en la que se sustente las razones por las que se impide el acceso a la carpeta fiscal por las partes⁷³².

728 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 292.

729 Cfr. D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278. "Debe tenerse en cuenta que no solamente el imputado y la defensa tienen derecho a tener acceso al expediente, sino también el querellante y el actor civil. Igualmente tiene derecho de acceso al expediente la víctima, aunque no se haya constituido en querellante o actora civil". LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 478.

730 Véase HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 290; D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278.

731 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 480.

732 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 466; y TRAN-CHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 62.

En la legislación peruana solo se permite este último aspecto para el pleno acceso y participación en la investigación.

La reserva externa proscribire la eventual divulgación o la propalación de las diligencias y las decisiones de la investigación hacia el público, sea que se trate del simple conocimiento de terceros o la entrega (o acceso) de documentos de la indagación a los medios de comunicación⁷³³ o a cualquier otra persona.

La doctrina peruana está de acuerdo en señalar que el Ministerio Público solo de manera excepcional puede declarar el secreto de un acto de investigación y excluir del conocimiento a los sujetos intervinientes; sin embargo, ello no autoriza a mantener en secreto toda la investigación⁷³⁴.

10.2. Las clases de actos de investigación

158

En la doctrina comparada se establece que los actos de investigación pueden ser actos de investigación de las partes acusadoras y los actos de investigación de la defensa⁷³⁵.

Los actos de investigación de las partes acusadoras son actos que tienden a aportar información sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, tanto en lo que se relaciona con la realidad del hecho punible y la posible intervención de una persona en su comisión. Por mandato de la Constitución el Ministerio Público dirige o conduce “desde su inicio la investigación del

733 “De suma importancia será también el evitar la difusión pública del sometimiento a proceso o la privación de libertad del imputado en los primeros momentos de la investigación, cuando su culpabilidad normalmente no aparece fundada en pruebas de sólida envergadura, sino más bien en meros indicios. En tal sentido, deberá imponerse el secreto del sumario en relación a quienes sean extraños al proceso, lo que importará la prohibición de la difusión pública de los nombres y más aún de las fotografías de quienes resulten imputados. La publicidad por la prensa configura, en los hechos, una verdadera condena anticipada a nivel de opinión pública que acompañará al afectado durante toda su vida, aun cuando con posterioridad resulte sobreesido o absuelto de los delitos que se le atribuyeron”. CAFFERATA NORES, José, *Derechos individuales y proceso penal*, Córdoba: Lerner; 1984, pp. 57 y 58.

734 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 444.

735 Vid. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 462; HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 282; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 450.

delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función” (art. 159.4 de la Const. Pol.). El actor civil tiene la facultad de colaborar “con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, así como acreditar la reparación civil que pretende” (art. 105 del CPP).

Dentro de los actos de investigación promovidos por el director de la investigación se identifican los *actos de investigación simples o comunes* y los *actos de investigación que suponen la afectación de los derechos fundamentales*⁷³⁶. Hay quienes consideran que todo acto de investigación comporta, en mayor o menor grado, un sufrimiento personal, al margen de si afecta directamente a un derecho fundamental o el libre desarrollo de la personalidad⁷³⁷. 159

Por su parte, el ejercicio del derecho de defensa y la presunción de inocencia, que rigen en todas las etapas del proceso penal, obliga a que la fase de investigación no solo tenga por objeto recabar evidencia de cargo o que acredite la comisión del delito, sino también a recoger la evidencia de descargo que prueba, por ejemplo, que el hecho no se ha cometido, que la persona a quien se le atribuye no lo ha realizado, que concurre una causa de atipicidad, una causa de justificación o una causa de inculpabilidad. Es absolutamente legítimo que la persona investigada o su defensa pueda realizar actos tendientes a reforzar la presunción de inocencia de la que es portada⁷³⁸.

Debe tomarse en cuenta que en la legislación peruana rige el principio de objetividad de las actuaciones del Ministerio Público que establece: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado” (art. IV.2 del título preliminar del CPP). Por su parte, el art. 61.1 del CPP establece: “El fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. *Adecua sus actos a un criterio objetivo*, rigiéndose únicamente por la Constitución y la ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación”. De igual manera, el art. 61.2 prescribe que el fiscal “practicará u ordenará 160

736 Vid. GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 199; CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 250; LÓPEZ YAGÜES, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 171 y ss.; y NIEVA FENOLL, *Derecho procesal III. Proceso penal*, ob. cit., p. 177.

737 Cfr. CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 250.

738 Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 231.

practicar los actos de investigación que correspondan, *indagando* no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, *sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado*”.

Por mandato expreso del CPP, el Ministerio Público debe actuar con objetividad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de investigar el delito; de tal manera que debe recoger no solo la evidencia que le permita construir una imputación, sino la prueba que le permita a una persona imputada presentar elementos de descargo y defender su inocencia.

161

Se debe tomar en cuenta de que en algunos países se reclama que la defensa pública debe contar también con investigadores a quienes se les permita indagar y recoger las pruebas de descargo que ayudan a demostrar la tesis de inocencia o la evidencia favorable al imputado⁷³⁹. Por ello, se alude también a que debe implementarse un Ministerio Público de la defensa, en la medida en que, como señala FERRAJOLI, la defensa “debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el Ministerio Público”⁷⁴⁰.

Se reconoce que la defensa tiene derecho a llevar a cabo su propia investigación de los hechos —de modo paralelo a la investigación que realiza el Ministerio Público—; de tal manera que nada impide que la defensa pueda contactar, pueda entrevistarse con testigos y peritos y que pueda, incluso, visitar el lugar de los hechos⁷⁴¹.

739 Por todos, LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 450. “En cuanto a las atribuciones respecto de las policías, es correcto pensar en una policía judicial dependiente del Ministerio Público, pero, así como la acusación dispondría de un personal policial de investigación, también la defensa necesita disponer de personal que investigue para ella y que incluso pueda prestar servicios pagos a los defensores de confianza. Es una ficción que la investigación se hace siempre en búsqueda de la verdad: sin presuponer ninguna patología institucional (corrupción), es natural que la acusación disponga de todo lo necesario para llevar a cabo su función con éxito y, en ese empeño, es humanamente explicable que pierda de vista la verdad”. ZAFFARONI, Raúl, “Las ideas básicas en la relación defensa pública - Estado de derecho”, en *Pena y Estado*, n.º 5, Buenos Aires: 2002, p. 19:

740 FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 583.

741 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 451.

En la doctrina se reconoce que la investigación por la defensa es recomendable, toda vez que para presentar a una persona como testigo se debe conocer si lo que puede declarar es beneficioso o perjudicial para el imputado⁷⁴². Si bien el abogado defensor —al no ser una autoridad estatal como el juez o el fiscal— no tiene por función investigar la verdad, sí debe de ofrecer la prueba que demuestre la inocencia de su patrocinado o que favorezca su posición jurídica, sin falsear o destruir la prueba⁷⁴³.

Los actos de investigación como regla coinciden con los actos o medios de prueba, pero existen actos de investigación que exceden en su número y forma a los medios de prueba. Hay actos de investigación que se realizan dentro de la investigación preparatoria y que, eventualmente, por decisión de alguna de las partes no ingresan a la etapa intermedia o en el juicio oral, v. gr., levantamiento del secreto de las comunicaciones. 162

El principio de libertad probatoria se extiende también al ámbito de los actos y/o medios de investigación. Se pueden utilizar todos los actos de investigación disponibles y que pueden acreditar ciertos hechos o afirmaciones, se encuentren regulados o no en la ley procesal con la única limitación de que no se afecte de manera indebida o desproporcional los derechos fundamentales de la persona⁷⁴⁴. Se resalta que no hay una tasación legal ni una taxatividad cerrada de los actos de investigación⁷⁴⁵. Incluso, se reconoce que no es posible fijar en la ley una lista tasada de los actos de investigación que se pueden practicar. No es posible regular los diversos medios, métodos y procedimientos que se requieren para investigar el delito.

Desde el punto de vista constitucional y legal, solo se exige que los actos de investigación cumplan con los principios de pertinencia, utilidad

742 Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2005, p. 91 (“es posible, sino imperativo, al defensor que empeñosamente cumple con su cometido, el investigar por su cuenta los hechos [para que] los resultados que así se obtengan [justifiquen] la proposición al Ministerio Público de diligencias probatoria); y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 451.

743 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*, ob. cit., p. 451.

744 Cfr. RICHARD GONZÁLEZ, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, ob. cit., p. 200.

745 Cfr. GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 199.

y licitud. No se admitirán las diligencias impertinentes o inútiles⁷⁴⁶. No existe autorización para practicar diligencias con violación de los derechos fundamentales o violando el concreto procedimiento probatorio.

163

Cada clase de delitos requiere, tomando en cuenta los aportes de la criminalística, la realización de ciertos actos de investigación con el fin de esclarecer los hechos, conocer las circunstancias del hecho e identificar a quien posiblemente lo ha cometido. Investigar un delito violento (homicidio, robo, violación sexual) requiere técnicas y procedimientos de investigación distintos a los que se necesitan para indagar un delito contra la administración pública (v. gr., cohecho, tráfico de influencias, concusión, etc.) o delitos patrimoniales (v. gr., hurto, fraude en la administración de personas jurídicas, estafas, apropiación ilícita, etc.)

Junto a los actos de investigación clásicos (v. gr., inspección ocular, la reconstrucción de los hechos la declaración del inculpado, la declaración del agraviado, el informe pericial, la intervención corporal, el allanamiento, etc.) existen actos de investigación modernos que han aparecido como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos, como pueden ser la intervención de las comunicaciones, la intervención de los datos de tráfico, la geolocalización, la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN, entre otros.

10.3. La finalidad y los límites de los actos de investigación

164

Los actos de investigación buscan esclarecer el hecho delictivo, la relación de autoría y preparar eventualmente el juicio oral. Sin embargo, los actos de investigación no se convierten automáticamente, por sí mismos, en actos (o medios) de prueba que permiten sustentar al órgano jurisdiccional una decisión de condena⁷⁴⁷.

Los actos de investigación, como regla, sirven para que las partes puedan sustentar su acusación, su pretensión civil, las medidas limitativas

746 Cfr. RICHARD GONZÁLEZ, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, ob. cit., p. 194.

747 Vid. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 465; y FUENTES SORIANO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 140.

de derechos o las medidas de coerción como también sirven para sustentar la defensa o para pedir el archivo del caso.

En un proceso penal basado en la Constitución la regla que se instaura es que los actos de investigación no pueden fundamentar una sentencia condenatoria, salvo los casos de aseguramiento probatorio: la prueba anticipada y la prueba preconstituida⁷⁴⁸. La sentencia, sobre todo si es condenatoria, solo puede y debe sustentarse en actos y medios de prueba introducidos válidamente al juicio oral. 165

Sin embargo, en la actualidad son cada vez más las voces que enfatizan que no se debe restar valor a los actos de investigación ya que muchos de ellos terminan no solo sustentando medidas cautelares, sino son utilizados en el juicio oral, tal como ocurre con los casos de la prueba preconstituida. Se destaca que hoy en día son muchos los actos de investigación policial y/o fiscal que tienen el carácter irrepetible y cuyo valor se extiende de manera incólume hasta el juicio oral, tal como corre con los allanamientos, registros personales, intervención en las comunicaciones o las declaraciones de un testigo que luego fallece antes del juicio oral; en estos casos se trata de una irrepetibilidad sobrevenida⁷⁴⁹.

De manera excepcional, se puede otorgar valor probatorio a la declaración a nivel de la investigación preparatorio del testigo o del perito cuando no se encuentre ubicable, esté enfermo, haya muerto o también cuando se produzca contradicción entre sus declaraciones prestadas a nivel del juicio oral o de la investigación⁷⁵⁰.

Al respecto, la jurisprudencia peruana ha señalado⁷⁵¹:

El desarrollo de este acto procesal (interrogatorio del perito) debe corresponder a la naturaleza y régimen jurídico de los actos de investigación, esto es, con la dirección del fiscal y documentándose en acta

748 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 445.

749 Cfr. LÓPEZ YAGÜES, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 170.

750 Cfr. RICHARD GONZÁLEZ, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, ob. cit., p. 196.

751 PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Sr. juez PISCOYA), *Expediente N.º 00029-2017-50-5002-JR-PE-01*, Lima: 10 de septiembre del 2020.

con las formalidades establecidas en el artículo 120 del CPP. Es así porque frente a un eventual juicio oral, dicho interrogatorio previo, eventualmente, podrá ser utilizado como declaración previa, bien para refrescar memoria o para impugnar la credibilidad del perito, tal y como se desprende del artículo 378. 6 del CPP⁷⁵². Es evidente que el informe pericial y la deposición que sobre el mismo efectúe el perito en sede de investigación, no pueden sustituir al examen pericial al que eventualmente debe someterse el perito en juicio. Se da de ese modo porque tal acto procesal solo tiene el carácter de acto de investigación y no el carácter de prueba⁷⁵³. Sin embargo, asegurado el derecho de defensa conforme a los presupuestos del artículo 383.1.c del CPP, los informes o dictámenes periciales y las actas de examen podrán ser incorporados al juicio vía lectura, siempre que el perito no hubiese podido concurrir por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes.

10.4. Los actos de investigación y los actos de prueba

166

Los actos de investigación se distinguen de los actos (o medios) de prueba. Las principales diferencias son las siguientes⁷⁵⁴:

- (i) En relación con la *finalidad*, el acto de investigación persigue tomar conocimiento de los hechos que se consideran delictivos y esclarecer sus circunstancias y lograr identificar a las personas que

752 Art. 378.6 del CPP: “Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto de su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera”.

753 Como sostiene JAUCHEN, “en cuanto a la forma en que debe rendirse la prueba pericial en juicio, la regla básica es que ella consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que pueda ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionalmente regulados por los códigos. Si el perito no va a juicio personalmente, por lo que no explica en la audiencia su peritaje, y no se somete a las preguntas de examen directo y contraexamen de las partes, no se dispone prueba pericial que pueda ser valorada por el tribunal”. JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2017, pp. 408 y 409.

754 Cfr. GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal. Derecho procesal III*, ob. cit., p. 197 y ss.; CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 249 y ss.; y LÓPEZ YAGÜES, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 170 y ss.

han intervenido en su realización; mientras que el acto de prueba se dirige a constatar la existencia de los hechos y a verificar una afirmación con la salvedad de que en estos casos el objeto del proceso y los sujetos pasivos del mismo se encuentran debidamente identificados.

Los actos de investigación se dirigen de manera general contra cualquier hecho y contra cualquier persona (identificada o pendiente de identificación); mientras que los actos de prueba se orientan a un objeto procesal delimitado y definido, sin que sea posible que los medios de prueba que se actúan en el juicio se dirijan contra otras personas o nuevos sujetos no comprendidos en el auto de enjuiciamiento.

- (ii) En cuanto al *tiempo* de su realización, los actos de investigación se llevan a cabo en las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria, esto es, antes de la etapa intermedia; mientras que los actos de prueba se practican de manera exclusiva a nivel del juicio oral, salvo los casos de aseguramiento procesal: prueba preconstituida o prueba anticipada.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

El artículo 325 del Código Procesal Penal prescribe que las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Los actos de investigación están sometidos a su propio régimen jurídico, por cierto, distintos de los actos de prueba, que son los que pueden y deben erigirse en el material que deberá apreciar el juez para dictar sentencia, con la excepción —dentro de las estrictas previsiones legales, y siempre que cumplan los presupuestos de irrepetibilidad y de urgencia— de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida⁷⁵⁵.

- (iii) Con relación a la función de los actos de investigación, dichos actos están en condiciones de *fundar decisiones interlocutorias* que determinan el avance del proceso penal como la formalización

755 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 292-2019*, Lima: 14 de junio del 2019.

de investigación preparatoria, la acusación escrita, la prisión provisional⁷⁵⁶, etc. Como regla, no sirven para fundar una sentencia condenatoria. Por su parte, los actos de prueba sirven para determinar la existencia del delito y establecer la responsabilidad penal o no de la persona.

- (iv) En la actuación de los medios de prueba, a nivel del juicio oral rige el principio de oralidad e inmediación de los distintos órganos de prueba que se presentan y discuten antes de la decisión final; en cambio, en las diligencias de la etapa de investigación no rige el principio de inmediación debido que determinadas actuaciones se puedan encargar a terceros, tal como ocurre cuando se ordena que la Policía reciba una declaración de un testigo, agraviado o cuando se delega a otro fiscal la realización de una determinada diligencia⁷⁵⁷. En la investigación, no se requiere que se cumpla con el principio de inmediación en el recojo de los órganos y fuentes de prueba, ya que se trata de una actividad que se puede delegar a otros órganos del sistema de justicia la realización de determinadas diligencias⁷⁵⁸.
- (v) En cuanto a la *ejecución*, los actos de investigación pueden llevarse sin contradicción de las partes con la única intervención del Ministerio Público; a diferencia de los actos de prueba, que para que cuenten con pleno valor probatorio debe necesariamente tener una necesaria contradicción y han de respetar el derecho de defensa de las partes. Los medios de prueba se actúan en el juicio oral con la garantía de la plena participación de las partes ante la presencia de un juez tercero e imparcial⁷⁵⁹.

756 Cfr. BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 50.

757 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 19.

758 Cfr. D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 279; BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 56 ("La exclusión de estos principios del juicio oral en la instrucción tiene una razón de economía procesal que no puede ser negada. De lo contrario el juicio oral solo sería una mera repetición de la instrucción en un Tribunal").

759 *Vid.* TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 503; y SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 8.

Pese a todo, es cada vez más prevaleciente la posición en la doctrina y la jurisprudencia comparada de que a nivel de la investigación se debe respetar de manera estricta el derecho de defensa y se debe ejercer la posibilidad de contradicción⁷⁶⁰, además, de respetar las garantías mínimas del debido proceso⁷⁶¹. La participación del defensor en la etapa de investigación es indispensable tanto para proteger los intereses del inculcado como también para lograr la averiguación cabal de la verdad⁷⁶². Con razón, se sostiene: “Cuanto más efectivamente participe el imputado en el desarrollo y la finalización del procedimiento, tanto más se po-

760 Vid. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 38; GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 55; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 609 (“La verdad perseguida en el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatoria a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo de conflicto entre las dos partes del proceso portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos”); FERRAJOLI, Luigi, “Nueve máximas de deontología judicial”, en *Escritos sobre derecho penal*, t. II, Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p. 486 (“La disposición de los jueces, pero también de los fiscales, a escuchar todas las diversas y opuestas razones de las partes y la exposición de la confutación y a la falsación jurídica y no solo fáctica, de las hipótesis acusatorias”); TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 505; CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 422; HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 286; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 241; ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 12; RICHARD GONZÁLEZ, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, ob. cit., p. 204; y DOIG DÍAZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, art. cit., p. 195. Con matices en el derecho colombiano: BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 258. En el derecho argentino: MAIER, Julio B., *Derecho Procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, 3.ª reimp., t. II, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013, p. 367.

761 “Por ello resulta realmente importante que todas las diligencias se realicen con las garantías propias del debido proceso y respeto a los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, la intervención de la defensa constituye una de las garantías más importantes para las partes involucradas”. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 90.

762 Vid. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 72. En el derecho argentino se alude a que la investigación preparatoria es una etapa escasamente contradictoria: D’ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 278.

drá contar con un control del poder estatal en el procedimiento penal”⁷⁶³.

La posibilidad de participar activamente y contradecir es una exigencia que, aunque en el proceso penal se vincula al juicio o plenario, es también necesaria, como una garantía epistémica de la calidad de la información probatoria que se obtiene en la fase de investigación, en el que la objetividad y la imparcialidad del órgano que investiga es imprescindible⁷⁶⁴.

Se resalta que en la investigación se le reconoce a los imputados y a sus defensores ciertos derechos de participación y el estar abierta a las partes⁷⁶⁵. En el derecho comparado los movimientos de reforma apuntan desde hace mucho tiempo al fortalecimiento de los derechos del imputado a partir de la investigación del delito, debido a su situación de vulnerabilidad frente al sistema penal. Se admite que es urgente y necesario el reforzamiento de la posición de la defensa en la investigación⁷⁶⁶.

En el Perú en la investigación del delito debe respetarse de manera estricta el derecho de defensa, tal como lo prescribe el art. 139.14 de la Constitución: “El principio de no ser privado del

763 HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, ob. cit., p. 93.

764 “Claro es que, según está comúnmente aceptado, la vigencia del principio de contradicción en esta fase puede admitir derogaciones ocasionales (en particular, cuando se trata de ciertas clases de delincuencia de singular gravedad); pero que han de ser tratadas siempre como tales, con el carácter limitado que corresponde a todo lo que entraña una excepción a la regla general”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 12.

765 ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 479.

766 SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 60 (“La defensa debe poder cumplir ya en este estadio un papel activo, para hacer contrapeso en aquella etapa del proceso en la que se tiran los dados para el resultado final”). ANDRÉS IBÁÑEZ señala: “Si las garantías del imputado tienen algún sentido, han de cubrir todo el curso de las actuaciones en las que sus derechos puedan ver se comprometidos. Y con mayor motivo aquellos momentos de las mismas dotados de mayor intensidad constrictiva y que resultan menos transparentes” y “en definitiva, en el momento de la instrucción debe darse satisfacción asimismo a las exigencias estructurales del proceso acusatorio, mediante el aseguramiento de un trato equilibrado de todos los intereses relevantes en presencia”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., pp. 22 y p. 24.

derecho de defensa en ningún estado del proceso”. En el derecho comparado hay dos modelos de participación de la defensa.

El modelo participativo mínimo reclama que se le debe informar al imputado de los cargos de manera precisa y detallada a fin de que puede realizar su defensa. La investigación debe tener desde su inicio una activa intervención del imputado y su defensa para poder responder, refutar y contradecir los cargos que pesan en su contra. No se debe esperar la instauración del proceso penal o del juicio oral para recién hacer efectivo los derechos del imputado. Se alude, en algunos casos, a una etapa de investigación mínimamente contradictoria⁷⁶⁷. La posición de la defensa a nivel de la investigación debe mejorarse en relación de los derechos de la información y de vista del expediente, derechos de presencia y participación, y el derecho a realizar sus propias investigaciones⁷⁶⁸. Sin embargo, se reconoce al mismo tiempo que nunca existirá una instrucción completamente contradictoria (SCHÜNEMANN) y que en el proceso penal la búsqueda de la verdad no es cooperativa, ya que es claro que el imputado carecerá del más mínimo interés en contribuir al éxito de semejante empresa⁷⁶⁹.

El *modelo participativo democrático* permite la intervención de las partes durante de la investigación de la manera más abierta y comprensiva posible. No solo se tiene la obligación de comunicar los cargos, sino que se le debe reconocer a la persona investigada el pleno ejercicio del derecho de defensa a fin de que puede controlar, refutar o cuestionar la imputación que se le formula en su contra. El derecho de defensa –de rango constitucional y convencional– debe ejercerse sin trabas y sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y la ley, respetando los alcances de la dignidad de la persona humana.

El CPP prescribe que “el fiscal podrá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deba realizar, salvo las

767 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 286.

768 Cfr. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 61.

769 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, art. cit., p.175.

excepciones previstas por la ley. Esta participación está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación o a que no impida una pronta y regular actuación” (art. 338.1). Asimismo, “el fiscal velará porque la concurrencia de las personas autorizadas no interfiera en el normal desarrollo del acto e impartirá instrucciones obligatorias a los asistentes para conducir adecuadamente la diligencia. Está facultado a excluirlos en cualquier momento si vulneran el orden y la disciplina” (art. 338.2).

La ley procesal establece como regla en el juicio oral de que “también serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior” (art. 383.1.d).

167

La Corte Suprema de Justicia de Justicia del Perú sostiene⁷⁷⁰:

Los actos de investigación y los actos de prueba, empero, ambas clases de actos, al realizarse en etapas distintas del proceso poseen diferencias sustanciales, en cuanto a su finalidad, que han sido reconocidos por el Código Procesal Penal; así los actos de investigación —como resultan ser las actas de registro, de intervención, de recojo, etc.— tienen como finalidad acreditar la existencia del hecho punible y demás elementos para la preparación del juicio oral, esto es si existe prueba suficiente que sustente el ingreso a este estadio procesal; mientras que los actos de prueba, tienen por finalidad poner a la luz las evidencias que permitan la formación de un convencimiento en el juez sobre los hechos afirmados: convicción judicial.

Que, Julio Maier al respecto señala: “[...] los actos de investigación, tiene como fin principal recolectar información para lograr la decisión del Estado acerca de enjuiciamiento o no de una persona, por lo tanto, solo tienen valor preparatorio y en ningún caso, pueden fundar una sentencia [...]”⁷⁷¹. Asimismo. Alberto Binder también precisa: “[...] Que en tanto el proceso penal se estructure sobre las garantías del juicio previo, entendiendo estas garantías como que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio previo donde se

770 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), *Casación N.º 315-2011*, Lima: 19 de noviembre del 2012.

771 MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal*, t. I-B, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 578.

presente la prueba, la primera fase del proceso penal es preparatoria en la medida que su finalidad es solamente recolectar los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio por lo que no valen aún como prueba [...]”⁷⁷².

Que, sin embargo, existen determinadas circunstancias en que no se puede negar la posibilidad de que las diligencias de investigación puedan ser tenidas en cuenta como material para formar convicción, pero estos supuestos deben ser interpretados con relación directa a las garantías proclamadas por la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, respetando los principios de inmediación, concentración, publicidad y oralidad; asimismo, con relación a cuál es el procedimiento para que un acto de investigación que ha sido obtenido de manera unilateral, adquiera la calidad de acto de prueba cabe indicar que tiene que ser incorporado al debate, es decir, al juicio oral, el que se inspira en los principios de inmediación, identidad física del juzgador, concentración, continuidad, publicidad, posibilitando la participación y oportuna contradicción de todos los sujetos que de alguna forma tengan un interés legítimo que quieran satisfacer.

Asimismo, en otra resolución, la Corte Suprema señala:

168

Es fundamental, entonces, distinguir los actos de investigación y los medios de prueba. Los primeros tienen por finalidad obtener las evidencias o los elementos materiales en que el titular de la acción penal sustentará su denuncia y, de ser el caso, la acusación fiscal; es por ello que se establece que las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento. Los segundos —los medios de prueba—, son aquellas actuaciones que se realizan ante el juez de juzgamiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso penal, pues si bien estos actos de investigación, pueden servir de sustento para imponer medidas cautelares personales, no tienen efecto para sustentar una sentencia, pues únicamente se estimarán como pruebas aquellas que se hayan producido o incorporado en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción⁷⁷³.

772 BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 27.

773 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez MORALES PARRAGUEZ), *Recurso de Nulidad*

Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito, la identificación y participación del autor o cómplice, empero, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y la defensa, así como la dirección del debate contradictorio, que se desarrolla ante el Tribunal sentenciador; sin embargo, esta regla general, contiene excepciones que posibilitan valorar como prueba las que se actuaron en la instrucción, tales como la denominada “prueba preconstituida” y la “prueba anticipada”, que se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el juicio oral, por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, es forzosamente única e irrepetible⁷⁷⁴.

La Corte Suprema de Justicia destaca la excepción de que el tribunal de juicio valore como prueba los actos de investigación se basa en las razones de urgencia y necesidad. En efecto, cuando por la fugacidad de los hechos no sea posible su reproducción en el juicio oral, deviene necesario que el juez penal (en tanto sea el titular de la investigación), el fiscal o, incluso, la autoridad policial, procedan al aseguramiento de la prueba. En tal sentido, la intervención de la Policía Nacional se hará bajo la conducción del Ministerio Público o por propia iniciativa, cuando las condiciones de urgencia e irrepetibilidad así lo requieran⁷⁷⁵.

N.° 4022-2010, Lima: 31 de agosto del 2011.

774 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez MORALES PARRAGUEZ), *Recurso de Nulidad* N.° 4022-2010, Lima: 31 de agosto del 2011.

775 “En el presente caso, se cuestiona la no valoración de las actas policiales de intervención personal y registro vehicular e incautación. No obstante, tales actos no se realizaron en razón de una flagrancia delictiva (no existe elemento probatorio que así lo sustente), tampoco contaron con las características de urgencia e irrepetibilidad, puesto que los efectivos intervinientes tuvieron tiempo suficiente para requerir el apoyo de más unidades policiales, por lo cual se concluye válidamente, como lo refiere el fiscal supremo, que también pudieron comunicar de forma inmediata los hechos al representante del Ministerio Público, tanto más si los intervenidos se negaban a firmar todas las actas producto de la intervención. Aunado a ello, se observa que el acta de lacrado, a fojas veintiuno, tampoco puede ser apreciado como prueba de cargo, ya que uno de sus suscribientes, el Mayor PNP Manuel Lozada Morales, no reconoce su firma, aunque justifica su rúbrica al referir que probablemente se encontraba ausente y el comisario o el oficial habrían usado su sello. La ilegalidad en la obtención de medios de pruebas vicia los elementos o medios que sean efecto de aquellos; en el presente caso, los dictámenes periciales de análisis químico y adherencia de droga. Por otro lado, las declaraciones de los efectivos

10.5. Los actos de investigación y las medidas cautelares. El estándar probatorio

Los actos de investigación pueden justificar el dictado de medidas cautelares de carácter personal y de carácter real. 169

Se reconoce que los actos de investigación pueden sustentar tanto el requerimiento fiscal como la decisión judicial para adoptar *medidas cautelares personales* como la prisión provisional, siempre que se cumpla con el estándar de que los elementos que la sustentan sean graves y fundados.

Los graves y fundados elementos de juicio acerca de la comisión del hecho punible es uno de los fundamentos materiales para el dictado de la prisión provisional. Lo que determina y da sustento constitucional a esta medida coercitiva no solo es el peligro procesal que puede existir en otras personas llamadas a comparecer (v. gr., testigos, víctimas, etc.), sino los medios de investigación que vinculan a una persona, de manera fundada y grave, con un determinado hecho en calidad de autor o partícipe⁷⁷⁶. Se requiere que a la hora de imponer una medida cautelar tan grave como la prisión provisional concorra un pronóstico de que puede recaer en contra de la persona una sentencia condenatoria⁷⁷⁷.

El CPP alude a que los *elementos graves y fundados* deben vincular al imputado como autor o partícipe de un determinado hecho. En la legislación comparada (v. gr., Brasil) se afirma que debe haber indicios suficientes de autoría⁷⁷⁸. No es legítimo dictar prisión provisional si solo está probada

policiales intervinientes no son idóneas para validar los actos de indagación realizados al margen de la ley, tanto más si persiste la negación de los procesados, respecto a las sustancias presuntamente halladas en el vehículo intervenido. Cabe establecer que tampoco son de recibo los agravios expuestos por el recurrente, sobre las justificaciones de los encausados que, a su juicio, no resultan creíbles; ya que tales declaraciones se ejercen como manifestación del derecho de defensa y, como tal, no pueden servir para fundamentar una condena. En efecto, los acusados pueden incluso mentir y ello no puede ser considerado como prueba de cargo suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia". SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez PRÍNCIPE TRUJILLO), *Recurso de Nulidad N.º 1274-2014*, Lima: 21 de junio del 2016.

776 Cfr. HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, ob. cit., p. 117.

777 Cfr. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 748.

778 Cfr. SANGUINÉ, Odone, *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, Río de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 121.

la comisión del delito, pero no hay la debida acreditación de la relación de autoría y participación. Justamente, es la prueba de la relación de autoría o participación la *conditio sine qua non* que justifica la expedición de la prisión provisional. Puede ocurrir que en un caso concreto haya elementos graves y fundados de la perpetración de un delito, pero puede que no concurren elementos graves y fundados para cualquiera de las formas de autoría y de participación que se le atribuye al investigado.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que la “sospecha grave o apariencia del buen derecho, como requisito consustancial de esta medida, está referido únicamente a la carga o peso de vinculación del investigado con el hecho criminal, el que incluso podría variar en el transcurso de la investigación —principio *rebus sic stantibus*—, esto es, se relaciona con el desarrollo del proceso y el grado de recolección de prueba suficiente que es progresiva”⁷⁷⁹. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “con el *fumus boni iuris*, se hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado, la cual, en el CPP peruano, se concreta con la exigencia de concurrencia en el caso, de graves y fundados elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado”⁷⁸⁰.

En cuanto al primer elemento de la prisión provisional, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia sostiene

Se refiere a un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición a este de una pena. No se refiere a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona (pues es evidente que a tal situación solo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral), sino que precisa de la existencia de una imputación penal consistente aparejada por la aparición de motivos suficientes para creer responsable criminalmente a la persona de un delito⁷⁸¹.

779 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PRÍNCIPE TRUJILLO), *Casación N.º 358-2019*, Lima: 9 de agosto del 2019.

780 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. juez BARRIOS ALVARADO), *Expediente N.º 23-2018-2*, Lima: 30 de diciembre del 2020, f. j. n.º 7.1.6; y SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *A. V. N.º 06-2018-“5”*, Lima: 11 de noviembre del 2018.

781 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PRÍNCIPE TRUJILLO), *Casación N.º 358-*

Sobre el mismo tema, la Corte Suprema de Justicia también considera:

La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal⁷⁸².

Por ello, de existir un problema de imputación (atipicidad), no se lograría pasar el primer presupuesto para la imposición de esta medida; lo que debe analizarse conforme a los criterios fijados en el AP N.º 1.2019, en cuanto se requiere de sospecha fuerte para imponer la medida, la que debe determinarse del examen de las fuentes (medios de prueba lícitos acopiados en el curso de la causa)⁷⁸³.

En el caso de las *medidas cautelares reales* se reconoce que al amparo de los actos de investigación se puede dictar, por ejemplo, en el caso del delito de usurpación las medidas de desalojo preventivo y de ministración provisional, siempre que se cumpla con el estándar de probabilidad prevalente. 170

La Corte Suprema de Justicia ha señalado sobre el desalojo preventivo y ministración provisional como medida de coerción real o patrimonial que “el presupuesto o *conditio sine qua non* de esta medida coercitiva anticipativa se refiere al respaldo en medios de investigación que contiene desde un umbral de prueba de cargo suficiente, es decir, de probabilidad prevalente —que los actos de aportación de hechos disponibles respalden con consistencia la

2019, Lima: 9 de agosto del 2019.

782 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez LECAROS CORNEJO), *Casación N.º 564-2016*, Lima: 12 de noviembre del 2018; SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *Expediente N.º 22-2019-“5”*, Lima: 19 de diciembre del 2019.

783 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sr. juez SALAS ARENAS), *Expediente N.º 22-2019-5*, Lima: 19 de diciembre del 2019.

imputación y sean más fuertes que los medios de investigación que puedan apoyar la hipótesis defensiva—⁷⁸⁴. Asimismo, ha expresado:

Los medios de investigación aportados por los sujetos legitimados (fiscal y agraviado) deberán incidir en acreditar, con un grado elevado de probabilidad —sin llegar a ostentar el carácter de certeza plena exigido para la emisión de una resolución final—, la confirmación positiva prevalente de la materialidad de los actos de despojo y del derecho posesionario que se alega y que sustenta el juicio de imputación. La no verificación de dichos supuestos limita al órgano jurisdiccional al amparo de lo postulado; además, de surgir nuevas hipótesis con un grado de confirmación positiva, resulta racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación mayor, de conformidad con el carácter provisional de la medida⁷⁸⁵.

784 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez COAGUILA CHÁVEZ), *Casación N.º 1686-2019 Junín*, Lima: 7 de julio del 2021; y SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 1063-2019*, Lima: 28 de junio del 2021 (“Como se trata de un delito de usurpación se requiere que los medios de investigación incidan en su materialización y que el derecho del agraviado esté consolidado. En el presente caso, es evidente, primero, que la empresa agraviada es titular del predio en su conjunto y que estaba en posesión de él —así lo ha reconocido el Tribunal Superior—; y segundo, que los imputados ingresaron ilegítimamente al predio y tomaron posesión de una parte pequeña del mismo. El peligro de infructuosidad, como requisito legal de la coerción real de efectos anticipatorios, se traduce en una necesidad impostergable de poner fin al delito, a sus efectos lesivos, en virtud del despojo patrimonial que ha sufrido su titular —su afirmación viene enlazada a la realidad del delito mismo, a su ejecución comisiva y a la continuación de sus efectos lesivos—”).

785 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez COAGUILA CHÁVEZ), *Casación N.º 1686-2019 Junín*, Lima: 7 de julio del 2021, f. j. n.º 10. Con relación a la probabilidad prevalente, citando a TARUFFO, la misma sentencia ha señalado: “En términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que, entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho, deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. [...] puede definirse como el estándar del grado mínimo necesario de confirmación probatoria, necesaria para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”. Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación positiva prevalente, no solo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50 %. [...]. En otros términos, el juez puede asumir como “verdadera”, por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa”. TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, pp. 106-107, citado por SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez COAGUILA CHÁVEZ), *Casación N.º 1686-2019 Junín*, Lima: 7 de julio del 2021, f. j. n.º 9.

10.6. La naturaleza jurídica de la investigación del delito y de los actos que realiza el Ministerio Público. La obligación de respetar las garantías mínimas del debido proceso

El Ministerio Público pese a formar parte de la administración de justicia como órgano autónomo con competencias específicas y constituir una entidad estatal de indiscutible valor en sus actos y funciones no puede ser equiparado a cualquier sector de la administración pública⁷⁸⁶ o a cualquier organismo estatal que se rige por las leyes y los reglamentos del Poder Ejecutivo⁷⁸⁷. En efecto, la organización del poder del Estado obliga a una división de funciones y competencias en la Administración de Justicia⁷⁸⁸; situación que se traslada al proceso penal en el que se distribuye poderes entre las entidades estatales: el Ministerio Público y el Poder Judicial. La separación de la actividad jurisdiccional y la actividad del Ministerio Público es el más importante de todos los elementos constitutivos del sistema acusatorio y que representa el presupuesto estructural y lógico de las demás características⁷⁸⁹. 171

Se destaca que mientras que los actos del Ministerio Público en la investigación del delito deben realizar los valores de la verdad y la justicia, dentro de los principios constitucionales de actuación dentro de la legalidad y de la proscripción de la arbitrariedad⁷⁹⁰; los actos de la administración pública se guían por criterios utilitarios, satisfacción de necesidades y por cumplir objetivos específicos.

No es correcto considerar que la investigación fiscal del delito (diligencias preliminares e investigación preparatoria) constituye una mera inves- 172

786 Cfr. CLUNY, "Autonomia do Ministério Público, governo próprio e hierarquia: instrumentos, condicionantes e pressupostos da independência do Poder Judicial", art. cit., p. 28.

787 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 251.

788 Cfr. GÖSSEL, "El Ministerio Fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho", art. cit., p. 39; MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 107; CHIAVARIO, *Diritto processuale Penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 155; y NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, ob. cit., p. 133.

789 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 567; y MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 262.

790 Cfr. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 354.

tigación administrativa, tal como lo plantea en alguna ocasión el Tribunal Constitucional peruano⁷⁹¹.

La investigación del delito que realiza el Ministerio Público no puede ser equiparada a una investigación netamente administrativa⁷⁹² debido a que, desde el punto de vista constitucional, el Ministerio Público no es un órgano adscrito y que pertenece a la administración pública que depende del Poder Ejecutivo, sino más bien se trata de un órgano constitucional que goza de plena autonomía (artículo 158 de la Const.) e independencia. El hecho de que sea una entidad estatal no lo convierte de manera automática e inmediata en un órgano administrativo.

La ley que regula la investigación del delito es el CPP y también, en lo que corresponde, la Ley Orgánica del Ministerio Público. La ley procesal penal establece las competencias y funciones de la Fiscalía en la investigación del delito, así como fija la clase, el contenido y el procedimiento de realización de los actos de investigación. Tanto la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada, están de acuerdo en considerar al estatuto procesal (v. gr., el Código Procesal Penal) como una ley independiente y específica que no constituye de modo alguno una clase de ley administrativa. Por ello, si el procedimiento de investigación fiscal (diligencias preliminares e investigación preparatoria) se encuentra regulado por el CPP mal se hace al considerar a

791 El TC, en el caso *Jorge Luis Borja Urbano*, ha señalado: “La realización de una investigación administrativa, como a su turno la realiza el Ministerio Público, no importa un quiebre de esa presunción de no culpabilidad. La presunción de inocencia no garantiza que ante los indicios de la comisión de un delito no se pueda investigar, o que la investigación sobre su perpetración, con miras a formular una denuncia de parte, no se pueda efectuar sino con la presencia de un juez; en otras palabras, garantiza que no se sancione si no existen pruebas suficientes”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1680-2005-PA/TC Lima*, Lima: 11 de mayo del 2005.

792 Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 364. Sin embargo, para D’ALBORA, “toda la actividad instructoria de pesquisa o de investigación carece de esencia jurisdiccional, pues tiene una naturaleza administrativa, ya que se ciñe a verificaciones, en cierta medida similares a las que se cumplen durante los actos de la denominada jurisdicción voluntaria”. D’ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 276. Por su parte, NEYRA FLORES considera que “el Ministerio Público, en lo que la administración de justicia se refiere, tiene un carácter más administrativo que de enjuiciamiento, debido en gran parte al elevado número de casos que se producen en la realidad”. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 354.

dicha investigación, y a los actos que la componen, como una investigación administrativa o como meros actos administrativos.

Asimismo, se ha de observar que ni el CPP ni la LOMP regulan la investigación del delito como una forma de investigación administrativa ni remiten para su aplicación supletoria a la Ley General del Procedimiento Administrativo (Ley N.º 27444). Se recuerda que “el derecho no es para el Ministerio Público marca sino meta de su actividad” (Karl Peters)⁷⁹³, a diferencia de los órganos administrativos que se guían por criterios de oportunidad y utilidad pública.

En la doctrina comparada hay acuerdo en considerar que el fiscal no es una simple autoridad administrativa o que orienta únicamente su actividad para satisfacer a los intereses administrativos o de los administrados⁷⁹⁴. La actividad del Ministerio Público en la investigación del delito y el proceso penal no es una tarea simplemente administrativa, dado que se encuentra sometido a los principios de legalidad democrática y de objetividad que buscan preservar y realizar los valores de verdad y justicia⁷⁹⁵. La investigación del delito es una actividad y un procedimiento formal que se guía por el principio de legalidad penal y procesal que responde a los valores constitucionales y convencionales de búsqueda de la verdad y de la decisión materialmente justa⁷⁹⁶. No se guía por razones de utilidad, conveniencia o por una mera ponderación abstracta de los valores e intereses en juego⁷⁹⁷. La Fiscalía no está orientada, como los demás órganos públicos, a la realización del utilitarismo, a preservar el orden público, la eficacia y eficiencia de la

793 Cfr. MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la Ordenanza Procesal Alemana”, art. cit., p. 62.

794 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 129; y ROXIN, Claus, “La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy”, en ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 19.

795 Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 364; y MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 258.

796 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 125; y SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 31 y 95.

797 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 258.

actividad⁷⁹⁸, toda vez que somete sus actos al respeto de la Constitución, los derechos fundamentales y al principio de legalidad⁷⁹⁹.

La función que desarrolla el Ministerio Público a nivel del proceso penal es el de colaborar con el juez y con la administración de justicia en el descubrimiento de la verdad, el esclarecimiento de los hechos y la aplicación del derecho, razones que constituyen el fundamento constitucional de la intervención de la Fiscalía en el proceso penal⁸⁰⁰.

173 Los actos que realiza el Ministerio Público a nivel de la investigación del delito constituyen actos prejurisdiccionales que desde el momento que se relaciona con la vigencia del principio de legalidad (penal y procesal) y con la vigencia de los derechos fundamentales puede ser objeto de control constitucional y legal por el Poder Judicial y la justicia constitucional. Al respecto, el art. IV.3 del título preliminar del CPP prescribe: “Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional *no tienen carácter jurisdiccional*. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición”. La ley procesal penal descarta, sin ambigüedad alguna, que los actos y diligencias que realiza la Fiscalía posean carácter jurisdiccional por lo que no se le puede asignar en nuestra legislación una calidad y condición que el ordenamiento jurídico niega.

En el derecho comparado, se resalta que el Ministerio Público no realiza actividad jurisdiccional alguna y que sus actos firmes no adquieren la calidad de la cosa juzgada⁸⁰¹. Bajo ninguna perspectiva los actos del Ministerio Público son actos jurisdiccionales, al margen de la opción constitucional y/o legal que se haya adoptado en su ubicación institucional⁸⁰².

798 Cfr. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 42.

799 Cfr. SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 31.

800 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 256; y DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 365.

801 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 129; ROXIN, “La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy”, art. cit., p. 19; y GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 42.

802 Cfr. BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 466.

Se discute en la doctrina si la etapa de investigación del delito —y los actos que se desarrollan— constituyen actos preprocesales o actos procesales.

Un sector importante de la doctrina considera que la investigación del delito se sitúa en una fase pre-procesal y se la considera como el conjunto de actividades que desarrollan de manera concatenada los órganos del Estado, a partir de una *notitia criminis*, con carácter previo y de naturaleza preparatoria en relación con la instauración del proceso penal en la que se pretende averiguar la autoría y las circunstancias del hecho⁸⁰³.

Otro sector de la doctrina considera que el Ministerio Público realiza “*actos administrativos procesales*”, ya que, por un lado, materializa actos públicos de administración (o administrativos) que se rigen por los principios y reglas que regulan una administración legal y razonable y, por el otro lado, se trata de actos procesales, habida cuenta que están normados por las reglas procesales y sometidos a controles específicos. Se subraya que un acto procesal no es acto jurisdiccional, pese a que todo acto jurisdiccional es un acto procesal⁸⁰⁴.

Los actos que realiza el Ministerio Público se distinguen de la naturaleza de los actos que realiza la Policía Nacional en la investigación del delito. 174

En la doctrina comparada hay acuerdo en sostener que, por ejemplo, la investigación policial está formada por actos administrativos que se incorporan a un procedimiento administrativo-policial. Se alude que la investigación que desarrolla la Policía es un procedimiento administrativo⁸⁰⁵ de carácter preprocesal⁸⁰⁶.

803 Véase LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 116.

804 Por todos, “en la medida que hoy el Estado se compone de diversos órganos públicos, muchos ellos autónomos e independientes del Poder Ejecutivo central, los tipos de actos públicos que realizan son variados aunque sea pueda hablar en sentido genérico de actos de administración”. BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 467.

805 Por todos, BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., pp. 66 y 67; LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 116; y MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo penal*, 10.^a ed, Sao Paolo: Atlas, 2000, p. 77 (“Não é o inquérito ‘processo’, mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à proposição da ação penal”).

806 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 116.

Se parte por considerar que la Policía al formar parte del Poder Ejecutivo y de la administración pública realiza actos funcionales que se pueden catalogar como actos administrativos⁸⁰⁷.

En los países en que la investigación está confiada a la Policía prevalece la posición que la investigación policial posee una naturaleza inquisitiva⁸⁰⁸, debido a que el procedimiento se desarrolla sin el respeto del contradictorio ni la amplia defensa. Se trata, además, de un procedimiento escrito y secreto. En efecto, se trata de un procedimiento escrito y que a la vez es reservado en el que, como regla, las partes no tienen acceso⁸⁰⁹.

175 Debe tomarse en cuenta que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, los actos distintos a los que realizan los órganos judiciales se consideran como *actos materialmente jurisdiccionales* en la medida que se afecta los derechos humanos de la persona.

La Corte IDH ha señalado que de conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. En efecto, la Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana⁸¹⁰.

807 Cfr. MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 120; y LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 116.

808 Cfr. GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, 11.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78; BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 68; y MIRABETE, *Processo penal*, ob. cit., p. 77.

809 Cfr. BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 69; LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 153; y MIRABETE, *Processo penal*, ob. cit., p. 78 (“O inquérito policial é ainda sigiloso, qualidade necessária a que possa a autoridade policial providenciar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato sem que se lhe oponham, no caminho, empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações com ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas etc. Por isso dispõe a lei que ‘a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade’ (art. 20 do CPP). Como já se afirmou, o sigilo no inquérito policial, necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, tem ação benéfica, profilática e preventiva, tudo em benefício do Estado e do cidadão”).

810 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, San José: 2 de octubre del 2015, párr. 210; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, San José: 31 de enero del 2001,

Muchas sentencias de la Corte IDH reconocen la vigencia de las garantías mínimas del debido proceso en distintos órdenes, ajenos al penal, como el ámbito disciplinario, el juicio político, el proceso administrativo⁸¹¹, etc. Al respecto, la jurisprudencia uniforme de la Corte IDH ha señalado:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”⁸¹², a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal⁸¹³. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, la corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar

párr. 71; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, San José: 30 de junio del 2015, párr. 208.

811 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, San José: 6 de febrero del 2001; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, San José: 1 de julio del 2011.

812 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Montesinos Mejía vs. Ecuador*, San José: 27 de enero del 2020, párr. 174; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión Consultiva OC-9/87*, San José: 6 de octubre de 1987, párr. 27.

813 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, San José: 8 de marzo de 1998, párr. 149.

resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana⁸¹⁴.

176

Las reglas del debido proceso rigen también el ámbito de las investigaciones fiscales o, de manera amplia, en la actividad del *Ministerio Público*.

Debe recordarse la Corte IDH ha señalado que “todas las exigencias del debido proceso previstas en el artículo 8.1 de la Convención, así como criterios de independencia e imparcialidad, se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial⁸¹⁵” y que “sin el cumplimiento de estas exigencias, el Estado no podrá posteriormente ejercer de manera efectiva y eficiente su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial que este tipo de violaciones requiere”⁸¹⁶.

También, respecto al rol de los órganos encargados de la investigación y del proceso penal, ha sostenido que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8 de la Convención Americana⁸¹⁷.

814 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, San José: 2 de octubre del 2015, párr. 210; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, San José: 31 de enero del 2001, párr. 71; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, San José: 30 de junio del 2015, párr. 208.

815 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, San José: 5 de octubre del 2015, párr. 152; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, San José: 1 de septiembre del 2016, párr. 174; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, San José: 10 de julio del 2007, párr. 133.

816 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, San José: 16 de febrero del 2017, párr. 185; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, San José: 10 de julio del 2007, párr. 133; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, San José: 17 de noviembre del 2015, párr. 135.

817 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *favela nova brasilía vs. Brasil*, San José: 16 de febrero del 2017, párr. 183; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Flor Freire vs. Ecuador*, San José: 31 de agosto del 2016, párr. 166; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, San José: 22 de noviembre del 2005, párr. 164; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, San José: 19 de septiembre del 2006, párr. 126;

El respeto al debido proceso supone no solo la posibilidad de cuestionar a través de los recursos pertinentes la aplicación de una sanción (v. gr., penal, disciplinaria, etc.) sino también el inicio y sustanciación de investigaciones arbitrarias que buscan, por ejemplo, averiguar la orientación sexual de una persona (v. gr., magistrada), afectando con ello el derecho a la intimidad y a la vida privada⁸¹⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la importancia de la fase de investigación del delito para la preparación de las acciones penales, ya que las pruebas obtenidas durante esta etapa a menudo determinan el marco en el que el delito imputado será considerado en el juicio y las leyes nacionales pueden atribuir consecuencias a la conducta de un acusado y a la declaración de un acusado⁸¹⁹. Durante esta etapa el acusado a menudo se encuentra en una posición particularmente vulnerable, desventajosa y el efecto se amplía por el hecho de que la legislación procesal penal se ha orientado a hacerse cada vez más compleja, en especial, respecto a las normas de recopilación y uso de la evidencia⁸²⁰. En la mayoría de los casos, esta vulnerabilidad particular, tanto psicológica y emocional puede causar un profundo estrés⁸²¹, de tal modo que solo puede ser compensada

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yatama vs. Nicaragua*, San José: 23 de junio del 2005, párr. 149; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, San José: 6 de febrero del 2001, párr. 104.

818 “La Corte constata que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, San José: 24 de febrero del 2012, párr. 230.

819 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ibrahim y otros vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 13 de septiembre del 2016, párr. 253.

820 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Süzer vs. Turquía*, Estrasburgo: 23 de abril del 2013, párr. 74; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Adamkiewicz vs. Polonia*, Estrasburgo: 2 de marzo del 2010, párr. 83; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pavlenko vs. Rusia*, Estrasburgo: 1 de abril del 2010, párr. 101; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ibrahim y otros c. Reino Unido*, Estrasburgo: 13 de septiembre del 2016, párr. 253.

821 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Martín vs. Estonia*, Estrasburgo: 30 de mayo del 2013, párr. 79; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leonid Lazarenko vs. Ucrania*, Estrasburgo: 28 de octubre 2010, párr. 50.

adecuadamente por la asistencia de un abogado defensor cuya tarea es, entre otras cosas, ayudar a garantizar el respeto del derecho de un imputado a no declarar contra sí mismo⁸²², a proteger sus derechos y a tutelar su posición dentro de la investigación.

La manera en que el art. 8 de la CADH pueda ser aplicado durante la etapa de investigación depende de las características especiales de los procedimientos involucrados y de las circunstancias del caso⁸²³.

822 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Nechto vs. Rusia*, Estrasburgo: 24 de junio del 2012, párr. 103; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Salduz vs. Turquía*, Estrasburgo: 27 de noviembre del 2008, párr. 54; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pishchalnikov vs. Rusia*, Estrasburgo: 24 de septiembre del 2009, párr. 69; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Melnikov vs. Rusia*, Estrasburgo: 14 de enero del 2010, párr. 79; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Blokhin vs. Rusia*, Estrasburgo: 14 de noviembre del 2013, párr. 159; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pavlenko vs. Rusia*, Estrasburgo: 1 de abril del 2010, párr. 101.

823 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ibrahim y otros c. el Reino Unido*, Estrasburgo: 13 de septiembre del 2016, párr. 253; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Aleksandr Zaichenko vs. Rusia*, Estrasburgo: 18 de febrero del 2010, párr. 36; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Imbrioscia vs. Suiza*, Estrasburgo: 24 de noviembre de 1993, párr. 38; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Magee c. el Reino Unido*, Estrasburgo: 6 de junio del 2000, párr. 41; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Brennan c. el Reino Unido*, Estrasburgo: 26 de octubre del 2001, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *O'kane c. el Reino Unido*, Estrasburgo: 6 de julio de 1999; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Harper c. el Reino Unido*, Estrasburgo: 14 de septiembre de 1999; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galstyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 15 de noviembre del 2007, párr. 89; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vozhigov vs. Rusia*, Estrasburgo: 26 de abril del 2007, párr. 42; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pishchalnikov vs. Rusia*, Estrasburgo: 24 de septiembre del 2009, párr. 65; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Panovits vs. Chipre*, Estrasburgo: 11 de diciembre del 2008, párr. 64; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dikme vs. Turquía*, Estrasburgo: 7 de noviembre del 2000, párr. 109; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Huseyn y otros vs. Azerbaijan*, Estrasburgo: 26 de julio del 2001, párr. 171; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Adamkiewicz vs. Polonia*, Estrasburgo: 2 de marzo del 2010, párr. 68; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Plonka vs. Polonia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 32; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bielaj vs. Polonia*, Estrasburgo: 27 de abril del 2010, párr. 70; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Titarenko vs. Ucrania*, Estrasburgo: 20 septiembre del 2012, párr. 86; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yaremenko vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de junio del 2008, párr. 85.

TERCERA PARTE

EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD Y EL CONTROL DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

“La Fiscalía es la autoridad más objetiva del mundo”

(Hugo ISENBIEL).

1. REGULACIÓN NORMATIVA

El art. IV.2 del título preliminar del CPP prescribe que “el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad *o inocencia del imputado*. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”.

178

El art. 61.1 del CPP establece: “El fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. *Adecua sus actos a un criterio objetivo*, rigiéndose únicamente por la Constitución y la ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación”. De igual manera, el art. 61.2 prescribe que el fiscal “practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, *indagando* no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, *sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado*”.

El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ha señalado que los fiscales en cumplimiento de sus funciones “protegerán el interés público, *actuarán con objetividad*, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, *y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso*”.

179

En el art. 9 de la Recomendación (2000)¹⁹, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, se considera:

Por lo que se refiere a la organización y funcionamiento interno del Ministerio Fiscal en especial al reparto de los asuntos y la atribución de los expedientes, deberán responder a condiciones de imparcialidad y ser exclusivamente guiados por la preocupación del buen funcionamiento del sistema de justicia penal, tomando en especial consideración el nivel de cualificación jurídica y de especialización.

80

En el derecho comparado existen muchas legislaciones procesales que han incorporado, de manera expresa, la regulación del principio de objetividad; por ejemplo, en el art. 77 del Código Procesal de Chile⁸²⁴; en los arts. 128.a⁸²⁵ y 196⁸²⁶ del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina; en el art. 129 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México⁸²⁷; en los arts. 63⁸²⁸ y

824 Art. 77 del Código Procesal de Chile: “Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público”.

El art. 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público de Chile señala: “El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado [...]”; y el art. 3 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público: “En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuaran sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o atenúen”.

825 Art. 128.a del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina: “La recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del Ministerio Público Fiscal que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe, y deberá requerir orden judicial previa solo en los casos en que este Código así lo establece”.

826 Art. 196 del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina: “El representante del Ministerio Público Fiscal dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad”.

827 Art. 129 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México: “La investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo y conducida con la debida diligencia, a efecto de garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso”.

828 Art. 63 del Código Procesal de Costa Rica: “En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el derecho internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no solo las circunstancias que permitan

93⁸²⁹ del Código Procesal de Costa Rica; en el art. 5.21 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador⁸³⁰; en el art. 144.a del Código Procesal Penal de Uruguay⁸³¹; en el art. 72 del Código de Procedimientos Penal de Bolivia⁸³²; en el art. 260 del Código Procesal Penal de República Dominicana⁸³³; en el art. 115 del Código de Procedimientos Penal de Colombia⁸³⁴; en el art. 70 del Código Procesal Penal de Panamá⁸³⁵; en el art. 54 del Código Procesal Penal

comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado”.

- 829 Art. 93 del Código Procesal de Costa Rica: “En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público actuará con absoluta objetividad y velará por la correcta aplicación de las leyes penales. Deberá investigar no solo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sean causa de exención o de atenuación de responsabilidad al imputado; asimismo, deberán formular sus requerimientos conforme a ese criterio, aún a favor del imputado”.
- 830 Art. 5.21 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador: “Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan”.
- 831 Art. 144.a del Código Procesal Penal de Uruguay: “La recolección de evidencias probatorias estará a cargo del Ministerio Público, que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe”.
- 832 Art. 72 del Código de Procedimientos Penal de Bolivia: “Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las convenciones y tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no solo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio”.
- 833 Art. 260 del Código Procesal Penal de República Dominicana: “Alcance de la investigación. Es obligación del Ministerio Público extender la investigación a las circunstancias de cargo y también a las que sirvan para descargo del imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo”.
- 834 Art. 115 del Código de Procedimientos Penal de Colombia: “La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley”.
- 835 Art. 70 del Código Procesal Penal de Panamá: “Los fiscales, así como las instituciones auxiliares de apoyo a la investigación, adecuarán su actuación a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Los requerimientos y las solicitudes deberán ser conforme a este criterio, aun a favor del imputado, y tomar en consideración las necesidades y los derechos constituidos a favor de la víctima. Los agentes del Ministerio Público no podrán ocultar información, evidencias o pruebas a la defensa”.

de Paraguay⁸³⁶; en el art. 108 del Código Procesal Penal de Guatemala⁸³⁷; y en el art. 90 del Código Procesal Penal de Nicaragua⁸³⁸.

Incluso, hay ordenamientos que consagran, en su Constitución Política, la obligación de que el Ministerio Público presenté los elementos que acrediten la inocencia del imputado (v. gr.: art. 83 de la Constitución Política de Chile⁸³⁹). También hay constituciones políticas que imponen la obligación de que la fiscalía, en la acusación, también presente, prueba favorable al imputado (v. gr.: art. 250 de la Constitución de Colombia⁸⁴⁰).

En el derecho comparado, hay legislaciones que establecen que los miembros del Ministerio Público pueden ser recusados cuando existan razones graves que pongan en tela de juicio su objetividad (v. gr.: art. 89 del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina⁸⁴¹; y art. 90 del Código Procesal Penal de República Dominicana⁸⁴²).

-
- 836 Art. 54 del Código Procesal Penal de Paraguay: "El Ministerio Público regirá su actuación por un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y tomando en consideración los elementos de cargo y de descargo en relación al imputado".
- 837 Art. 108 del Código Procesal Penal de Guatemala: "En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal".
- 838 Art. 90 del Código Procesal Penal de Nicaragua: "El Ministerio Público, con el auxilio de la Policía Nacional, tiene el deber de procurar el esclarecimiento de los hechos en el proceso penal, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal".
- 839 Art. 83 de la Constitución Política de Chile: "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales".
- 840 Art. 250 de la Constitución de Colombia: "En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado".
- 841 Art. 89 del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina: "El representante del Ministerio Público Fiscal se inhibirá y podrá ser recusado si existe algún motivo serio y razonable que afecte la objetividad en su desempeño".
- 842 Art. 90 del Código Procesal Penal de República Dominicana: "Los funcionarios del Ministerio Público pueden inhibirse y pueden ser recusados cuando existan motivos graves que afecten la objetividad en su desempeño. La recusación es planteada ante el superior inmediato y resuelta sin mayores trámites".

Muchas legislaciones también extienden la vigencia del principio de objetividad a la actividad de los órganos jurisdiccionales (por ejemplo, en el art. 6 del Código Procesal de Costa Rica⁸⁴³).

2. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD COMO REGLA JURÍDICA EPISTÉMICA Y REGLA JURÍDICA FORMAL

Por objetividad se entiende la “actitud crítica imparcial que se apoya en datos y situaciones reales, despojada de prejuicios y apartada de intereses, para concluir sobre hechos y conductas”⁸⁴⁴. 181

En la doctrina se distingue entre la *dimensión epistemológica* y la *dimensión jurídico-procesal* del principio de objetividad⁸⁴⁵. Dicho principio expresa la necesidad de una actitud de honestidad intelectual y de responsabilidad moral que se base en el criterio epistemológico del carácter —solo— probable de la verdad de las afirmaciones sobre los hechos⁸⁴⁶.

La regulación del principio de objetividad en el CPP tiene dos manifestaciones; como *regla jurídica epistémica*, relacionada con las hipótesis que se plantean en la investigación y las diligencias que se realizan; y como *regla jurídica formal*, que gobierna el contenido de las decisiones y los actos del Ministerio Público.

2.1. La regla jurídica epistémica

La regla jurídica epistémica supone:

182

843 Art. 6 del Código Procesal de Costa Rica: “Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento. Desde el inicio del procedimiento y a lo largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus actuaciones y valorar en sus decisiones no solo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él”.

844 Recuperado de <<https://bit.ly/3WGTwHW>>.

845 Para GUZMÁN, “las dos dimensiones (*jurídico-procesal* y *epistemológica*) no siempre se presentan claramente diferenciadas, pues en más de un sentido se encuentran entrelazadas, al punto tal que por momentos resulta difícil distinguir cuándo el problema corresponde al ámbito de análisis de una y cuándo al de la otra”. GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Didot, 2018, pp. 220 y 222.

846 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Nueve máximas de deontología judicial”, en FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal*, vol. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p. 487.

- (i) Se trata de una *regla jurídica de indagación de los hechos*, que se genera dentro de la investigación e incide en las hipótesis fácticas que se manejan, tanto por la fiscalía como por la defensa. Esta regla obliga a que se corroboren o verifiquen las hipótesis planteadas que poseen una base objetiva, sin que una hipótesis pueda tener prevalencia sobre la otra. A ello se le adiciona que la fiscalía debe indagar los hechos que constituyen delitos, los que determinen y acrediten la responsabilidad y los hechos que acrediten la inocencia del imputado (art. IV.1 del título preliminar CPP).

El representante del Ministerio Público debe tratar los hechos (o, mejor dicho, la hipótesis de la investigación o proceso) de manera objetiva, dejando de lado su particular manera de pensar, su subjetividad⁸⁴⁷ o cualquier perjuicio que pueda albergar⁸⁴⁸.

En la investigación del delito y el proceso penal se toman en cuenta y se dilucidan afirmaciones o proposiciones sobre la existencia o inexistencia de hechos particulares⁸⁴⁹ que han ocurrido en determinadas circunstancias históricas de tiempo y espacio. A diferencia de la investigación científica, que trata de descubrir regularidades en el flujo de los acontecimientos y así formular leyes generales que puedan usarse para la predicción, la retrodicción y la explicación⁸⁵⁰, en la investigación del delito se busca recabar información sobre sucesos particulares que poseen una individualidad propia.

847 MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 323.

848 BERTOLINO, Pedro, "Un bosquejo del 'criterio objetivo' en la actividad del Ministerio Público Fiscal", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, año 2008, n.º 1, Buenos Aires: 2008, p. 50; y GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 222.

849 Sobre los hechos particulares, véase a HEMPEL, para quien los hechos generales son uniformidades empíricas como las leyes del movimiento planetario de Kepler ya que estas pueden deducirse de aquellos. HEMPEL, Carl, "El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías", en OLIVÉ, León y Ana Rosa PÉREZ RANSANZ, *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1989, p. 146

850 Para HEMPEL, "la explicación, la predicción y la retrodicción científicas tienen el mismo carácter lógico: muestran que se puede inferir el hecho en cuestión a partir de otros hechos por medio de determinadas leyes generales". HEMPEL, "El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías", art. cit., pp. 146 y 147.

- (ii) Se trata de una *regla jurídica positiva que obliga a realizar las diligencias* y los actos de investigación que sirven para acreditar tanto la imputación formulada como, también, las circunstancias que eximen o atenúen la responsabilidad penal (art. 61.2 del CPP). Se trata de una regla probatoria por la que se ordena al fiscal no solo detenerse en realizar determinadas diligencias que corroboren la imputación, sino también a recoger actos de investigación de descargo y/o actos que refuten el contenido central o periférico de la imputación o que abone a una hipótesis alternativa.

De igual manera, esta regla permite a que se admita en la investigación aquellos actos y las diligencias que puedan cuestionar la credibilidad o fiabilidad de las fuentes u órganos de prueba que se han incorporados a la investigación⁸⁵¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la actividad del Ministerio Público debe considerar “tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado”⁸⁵².

En el contexto epistemológico se requiere que las diligencias y los actos de investigación que realiza el Ministerio Público sean los necesarios y pertinentes en función del esclarecimiento de los hechos, al margen de si se trata de recoger información probatoria favorable o perjudicial a la posición del investigado. Asimismo, se requiere que las decisiones que adopte la fiscalía supongan un análisis objetivo y crítico de la evidencia y las diligencias practicadas, sin dejar de considerar tanto las pruebas de cargo como las de descargo. 183

851 De acuerdo con GUZMÁN, “una actuación del fiscal que soslaye el sometimiento de las pruebas por él obtenidas en su investigación a toda refutación y contraprueba razonablemente posibles conlleva tanto a una censura ética en el proceder del acusador, como una invalidación epistemológica de sus conclusiones y, luego, una invalidación también jurídica, pues tales conclusiones serán arbitrarias en sentido técnico jurídico, por derivarse de una investigación conducida arbitrariamente —de modo unidireccional, dogmático y acrítico—”. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 242.

852 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, San José: 27 de enero del 2009, párr. 165.

Desde la perspectiva semántica, la objetividad o lo objetivo alude a todo aquello que existe en la realidad externa, fuera y al margen del sujeto que lo conoce. Epistemológicamente hablando, lo “objetivo” no tiene otro sentido que el de lo intersubjetivamente compartible por un grupo de sujetos. Javier Muguerza uno de los requisitos más importantes de la observación científica y de la ciencia misma es la objetividad. Se considera que la objetividad de los datos radica precisamente en su intersubjetividad, o sea, en el hecho de que distintas personas lo pueden registrar y que ningún dato puede provenir de un único captador⁸⁵³. El conocimiento objetivo supone un modo de acceso a la realidad que es independiente de la mente de la persona. El conocimiento sobre los hechos es un conocimiento empírico que es una de las muchas formas de conocimiento⁸⁵⁴.

La objetividad del conocimiento se apoya sobre dos pilares, la autonomía y la neutralidad. La autonomía posibilita la comprensión y el análisis pleno desde sí mismo, es decir, desde el interior del propio discurso científico. Dicha autonomía le confiere otra característica: la neutralidad, según la cual es posible concebir la ciencia como un intento de buscar la verdad de un modo independiente de los intereses humanos⁸⁵⁵.

184

Desde un análisis crítico del conocimiento objetivo, se plantea que el acceso a la realidad nunca se produce de manera pura o libre de cualquier condicionamiento. Por el contrario, el conocimiento se encuentra limitado por los sentidos; la percepción de la persona, por los prejuicios que pueda tener, por ejemplo, el lenguaje⁸⁵⁶, la carga o el

853 KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, Buenos Aires: A-Z, 1997, p. 50.

854 FEYERABEND, Paul K., “Problemas del empirismo”, en OLIVÉ, León y Ana Rosa PÉREZ RANSANZ, *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1989, p. 238.

855 GLAVICH, Eduardo; Ricardo IBÁÑEZ; María LORENZO y HÉCTOR PALMA, *Notas introductorias a la filosofía de la ciencia. La tradición anglosajona*, Buenos Aires: Eudeba, 1998, p. 51.

856 HANSON señala: “El lenguaje o las notaciones usados para expresar lo que conocemos, y sin los cuales habría muy poco que pudiera reconocerse como conocimiento, ejercen también influencias sobre las observaciones”. HANSON, Norwood, “Observación”, en OLIVÉ, León y Ana Rosa PÉREZ RANSANZ, *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, p. 238.

marco teórico del que se parte⁸⁵⁷, las necesidades, los sentimientos y las propias interpretaciones⁸⁵⁸.

El conocimiento al que se accede en la investigación del delito padece diversos condicionamientos, semejantes a cualquier área del saber humano, al encontrarse sujeta a las limitaciones y al contexto de los hechos y al propio sujeto que la conoce (investigador), tal como ocurre con el científico, el historiador, el periodista, entre otros⁸⁵⁹.

2.2. La regla jurídica formal

Por su parte, al ser entendida como regla jurídica formal, el principio de objetividad constituye una regla jurídica que exige que los actos y las decisiones (disposiciones y requerimientos) del Ministerio Público se adecuen y se vinculen de manera estricta a la Constitución, a la ley y a las instrucciones generales emitidas por la Fiscalía de la Nación (art. 61.1). Se trata de una *obligación jurídica* de proceder tanto en contra como en favor del imputado, extendiendo la tarea de la averiguación de la verdad a las circunstancias de

185

857 Para POPPER, “en todo momento somos prisioneros atrapados en el marco general de nuestras teorías, nuestras expectativas, nuestras experiencias anteriores, nuestro lenguaje”. POPPER, Karl, “La ciencia normal y sus peligros”, en LAKATOS, Imre; ALAN MUSGRAVE y KARL POPPER, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona: Grijalbo, 1975, p. 155. HANSON, Norwood, *Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia. Patrones de descubrimiento*, Madrid: Alianza Editorial, 1985, p. 99. FEYERABEND considera: “Los hechos y las teorías se relacionan de una manera mucho más íntima de lo que acepta el principio de autonomía. No solo la descripción de cada hecho individual depende de alguna teoría (la cual, por supuesto, puede ser muy diferente de la teoría puesta a prueba), sino que también existen hechos que únicamente pueden salir a la luz con la ayuda de alternativas a la teoría en discusión y que dejan de estar a nuestro alcance en cuanto excluimos esas alternativas”. FEYERABEND, “Problemas del empirismo”, art. cit., p. 290. KLIMOVSKY señala que “cuando se aplica a un objeto, teórico implica que no pertenece a la base empírica epistemológica y que su conocimiento es indirecto, seguramente facilitado por teorías e instrumentos. Esta nomenclatura es razonable porque, en cierto modo, los datos de la base empírica epistemológica son independientes de los marcos teóricos. También es verdad que el desarrollo cultural y la experiencia fáctica ensanchan y aun alteran nuestra base empírica ordinaria”. KLIMOVSKY, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, ob. cit., p. 38.

858 Vid. HANSON, “Observación”, art. cit., p. 225; y FEYERABEND, “Problemas del empirismo”, art. cit., p. 293.

859 GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 224.

cargo y de descargo⁸⁶⁰. Las decisiones y los actos de la Fiscalía no pueden estar presididos por criterios morales, éticos o puramente emocionales, sino por la Constitución, la ley y otras normas jurídicas vigentes. El principio de objetividad obliga a sujetarse al ordenamiento jurídico vigente: la Constitución y el derecho (art. 146.1 de la Constitución).

En la dimensión jurídico-procesal del principio de objetividad se exige que el Ministerio Público no busque intereses distintos (v. gr.: políticos, de utilidad⁸⁶¹, etc.) a la vigencia del principio de legalidad y a la aplicación igualitaria de la ley. Dicha dimensión del principio se proyecta en los ámbitos en que se desarrolla la actividad del Ministerio Público: las diligencias o los actos de investigación y sus decisiones⁸⁶² (v. gr.: disposiciones y requerimientos). En el primer caso se exige que la evidencia y la información probatoria que se recoja debe comprender tanto a la prueba de cargo como la prueba de descargo, sin distinción y matiz alguno; en el segundo caso es necesario que las decisiones de la Fiscalía deben respetar tanto el principio de legalidad como la evidencia que se ha recogido hasta el momento.

186

La Fiscalía, por mandato del principio de objetividad, está obligada, y no debe dudar, a ordenar el archivo de la causa en favor de la persona investigada; a retirar, de ser el caso, la acusación; a pedir la absolución de la persona acusada o sujeta al juicio oral; o a impugnar cualquier decisión injusta o ilegal que perjudique la posición de la persona en el proceso penal⁸⁶³.

El principio de objetividad, dentro de una investigación racional de ciertos hechos con relevancia penal, demanda la constante disposición de

860 Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 301; y GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 216.

861 Vid. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 258; y MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 323.

862 Hay autores que distinguen entre el ámbito investigativo y el ámbito requirente de la dimensión jurídico-procesal del principio de objetividad, por ejemplo, GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 220; y MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 323.

863 MAIER, "La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana", art. cit., p. 63. Para este autor el Ministerio Público debe solicitar la absolución cuando el debate lo demuestre como necesario e interponga recursos aun a favor del imputado.

renunciar a las propias hipótesis cuando no encuentran respaldo en la evidencia o cuando haya elementos que la refutan de manera suficiente.

En suma, la vigencia del principio de objetividad a nivel de la investigación y el proceso penal actuará como una *regla de garantía* del imputado en un doble alcance: por un lado, como una *garantía de libertad*, en cuanto permite una mejor y más eficaz defensa en juicio; y por otro lado, como una *garantía de verdad* en la medida que exige una apertura a la crítica de los hechos y la evidencia⁸⁶⁴.

En el derecho comparado el contenido del principio de objetividad se torna más amplio y está dotado de una mayor cobertura, por ejemplo, se destaca que supone un deber de lealtad del Ministerio Público para con la defensa, deber que se traduce, entre otras manifestaciones, en que este no debe esconder información disponible que puede favorecer a esta y debe mostrar sus cartas en forma oportuna para que la defensa pueda prepararse adecuadamente. Asimismo, también se resalta que se impone el deber del Ministerio Público de actuar de buena fe durante todo el desarrollo del procedimiento, evitando que las reglas de un juego justo sean vulneradas. El Ministerio Público debe siempre resguardar que se mantenga vigente la posibilidad de que la defensa pueda actuar de manera eficaz en favor de sus intereses⁸⁶⁵.

Se remarca que el principio de objetividad —como deber u obligación jurídica— es mayor y más intenso en aquellos sistemas procesales en los que la investigación es conducida por el Ministerio Público, dado que la investigación objetiva cumple una indiscutible *función de garantía*, que permite la realización y el potenciamiento de la garantía de la defensa en juicio y la concreción del principio del contradictorio⁸⁶⁶.

864 GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 244.

865 Por todos, DUCE, Mauricio y Contreras RIEGO, *Proceso penal*, 1.ª reimp., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 146. En el derecho peruano, véase NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 355 y 356.

866 GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 217.

3. FUNDAMENTO

188

El principal fundamento del principio de objetividad, que guía la labor del Ministerio Público en la investigación del delito, y en las demás etapas del proceso penal, reposa en la *búsqueda de la verdad*⁸⁶⁷.

La búsqueda de la verdad y la reconstrucción racional de los hechos, con base en criterios objetivos, es el elemento central de la epistemología judicial y de la decisión justa⁸⁶⁸. La verdad y la justicia, como motores del derecho, solo pueden ser alcanzados si la tarea de investigar qué es lo que ha ocurrido realmente en el pasado (reconstrucción del hecho⁸⁶⁹) —a fin de lograr la aplicación de la ley— se realiza recogiendo toda clase de evidencia relevante y pertinente, independientemente de si favorece o perjudica a una de las personas que interviene en el proceso.

El Ministerio Público, como órgano autónomo de la Administración de Justicia, debe concretar los valores de descubrimiento de la verdad y la realización de la justicia. Sus intervenciones en el proceso penal deben obedecer a criterios de estricta objetividad en el análisis de hechos, pruebas y la aplicación del derecho⁸⁷⁰.

Cualquier indagación sobre la verdad, que se ensaya en cualquier parcela del conocimiento y de la realidad social, debe efectuarse tomando en cuenta una hipótesis, la cual debe sustentarse en elementos empíricos;

867 SCHMIDT señala que “cuando un Estado toma a su cargo el deber de garantizar la justicia, el objetivo del proceso penal solo puede estar constituido por el logro de una sentencia justa que tenga por fundamento la verdad”. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.ª ed., ob. cit., pp. 187 y 208. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 323; MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 62; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 186.

868 TARUFFO, Michele, *La prova nel processo civile*, Milano: Giuffrè, 2012, p. 3 y ss.

869 “El conocimiento histórico —que de ello se trata— busca reconstruir en el presente un hecho sucedido en el pasado, eventualmente con todas sus circunstancias objetivas y subjetivas, o un estado de cosas existente con anterioridad, averiguar, entonces, si el hecho ocurrió”. MAIER, Julio B. J., “La verdad y el procedimiento penal”, en MAIER, Julio, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra, 2008, p. 509.

870 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 368; e, *Idem*, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil”, art. cit., p. 200.

en la recolección de las fuentes y de los órganos de prueba, que confirmen o refuten tanto la hipótesis principal como la hipótesis alternativa, y la necesidad de que se efectúe un análisis crítico de los hechos como la evidencia que se incorpora al proceso.

En el proceso judicial se sostiene que una hipótesis es verdadera y se corresponde con la realidad cuando ha sido probada y ello se alcanza cuando la inferencia probatoria logra un alto grado de probabilidad⁸⁷¹. Como señala GONZÁLEZ LAGIER: “Los jueces no crean ninguna verdad, sino que declaran que han decidido aceptar como [probablemente] verdadera [correspondiente] una determinada reconstrucción de los hechos”⁸⁷².

La búsqueda de la verdad no solo constituye el motor del proceso y el centro de la legitimidad democrática de la jurisdicción, sino que también representa un valor que interesa conservar en la sociedad y en cualquier modelo de Estado como base de su legitimación⁸⁷³. Como señala GIANFORMAGGIO: “La solución de los conflictos basada en la reconstrucción verdadera de los hechos a los que se aplican criterios razonables e imparciales favorece la igual libertad de los ciudadanos frente al poder”⁸⁷⁴.

El juez debe atender a la averiguación y descubrimiento de la verdad como fundamento jurídico-político de la sentencia⁸⁷⁵. Si el juez no busca

871 Por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, Alicante: 1992, p. 283; y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Lima: Palestra, 2005, p. 101.

872 GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, ob. cit., p. 103.

873 FERRUA sostiene que “el fin de la búsqueda de la verdad motiva tanto las investigaciones del científico como las intuiciones del brujo”. FERRUA, Paolo, “Contradictorio y verdad en el proceso penal”, en GIANFORMAGGIO, Letizia, *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá: Temis, 2008, p. 220; y PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli, 2013, p. 85.

874 GIANFORMAGGIO, Letizia, “Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio”, *La Prova nel Processo Civile. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, vol. 2, n.º 108, s/l: 1999, p. 478.

875 DE ARAUJO CINTRA, PELLEGRINI GRINOVER y DINAMARCA, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 64; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, Ciudad de México: Fontamara, 2005, p. 114; y CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, t. I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 79.

la verdad o, si buscándola, desprecia los medios racionales y legítimos que permiten reconstruirla de modo confiable (las pruebas), la sentencia devendrá en ilegítima⁸⁷⁶, con lo que se implanta un modelo penal puramente decisionista en el que se renuncia a toda forma de control racional⁸⁷⁷. Como apunta FERRER, “solo si el proceso judicial cumple con la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”⁸⁷⁸.

La reconstrucción racional de los hechos permite aplicar la ley y establecer una serie de consecuencias jurídicas a partir de su constatación o no, garantizando el respeto a la igualdad ante la ley⁸⁷⁹. Una norma no puede aplicarse si no se verifica previamente y de manera adecuada la premisa fáctica; de tal manera que sería más que incorrecto o injusto que se aplique determinadas consecuencias jurídicas prescindiendo de la comprobación de un supuesto de hecho⁸⁸⁰. La determinación verdadera de los hechos constituye

876 HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 182.

877 “La función judicial, y particularmente la penal, difiere de las demás funciones del Estado porque es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos, pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona: Trotta, 1997, pp. 47 y 69. Véase, también, GIANFORMAGGIO, “Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio”, art. cit., p. 480. Para IGARTUA SALAVERRÍA, “una justicia sin verdad propicia un sistema de arbitrariedad en el que no caben garantías sustanciales ni procesales”. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 27. GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, ob. cit., p. 96. FERRER BELTRÁN considera que la averiguación de la verdad es un objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 19. CLIMENT DURÁN, *La prueba penal*, ob. cit., p. 79.

878 “Solo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten, si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho”. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 30.

879 TUZET, Giovanni, *Filosofía della prova giuridica*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 3; TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 3.ª ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 86; y FERRER BELTRÁN, Jordi, *La prueba y verdad en el derecho*, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 72.

880 “No tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la de-

un presupuesto para poder alcanzar en su momento una decisión judicial y, con ello, la aplicación o no de la ley. Como señala UBERTIS: “La celebración del proceso pretende en cualquier caso obtener una reconstrucción factual que constituye el presupuesto para decidir cuál es la ley aplicable al caso concreto y representa también la mayor precisión posible a la ‘realidad’”⁸⁸¹.

No hay búsqueda de la verdad racional, sin una actividad de investigación objetiva, abierta, plural y en la que existe una posición de duda frente a algunas hipótesis inciertas, lo que exige recoger todo elemento y toda evidencia útil en el esclarecimiento de los hechos. Se afecta la búsqueda de la verdad si se parte de ideas y nociones preconcebidas, por ejemplo, cuando se busca comprobar de manera unilateral y sesgada una determinada hipótesis en perjuicio de otra. De igual manera, las diligencias y las pruebas que se incorporan a la investigación y el análisis que se realiza de estas deben cumplir con parámetros objetivos.

Otro de los sustentos del principio de objetividad es la vigencia irrestricta del *principio de legalidad del sistema penal*, tanto sustantivo como procesal. El principio de legalidad supone la aplicación igualitaria de la ley; y en el caso del Ministerio Público, exige que sus actos, diligencias y decisiones se funden en criterios objetivos para la reconstrucción de los hechos materia de averiguación⁸⁸².

189

cisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es una condición necesaria para la aplicación de la norma”. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 67 y 86.

881 UBERTIS, Giulio, “Profili epistemologici della prova”, en *La Prova nel Processo Civile. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, vol. 2, n.º 108, s/l: 1999, pp. 463 y 464. Este autor también señala que “el principal problema que se plantea en el proceso es, por tanto, el encontrar, mediante la instrucción probatoria, una enunciación adecuada para verificar (o falsificar) la afirmación constitutiva de la hipótesis reconstructiva sometida al escrutinio judicial”. FERRER BELTRÁN, *La prueba y verdad en el derecho*, ob. cit., p. 72.

882 MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 322 y ss. En la doctrina, se considera que “el apego a la legalidad impide que el Ministerio Público Fiscal deje de investigar cuando tenga motivos para hacerlo o no acuse cuando cuente con pruebas para ello, o de cualquier otro modo favorezca deliberadamente la impunidad”. CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ, FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 240. Vid. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 218.

Incluso, algunos van más allá, y plantean que el Ministerio Público, como debe proteger los derechos fundamentales de la persona (art. 1 de la LOMP), está en la obligación de ser objetivo en cada uno de sus actos⁸⁸³.

A la Fiscalía se le exige cumplir, de modo especialmente relevante, con la exigencia democrática de legalidad en el sentido de la vinculación y el cumplimiento estricto de la ley en cada uno de sus actos. La legalidad y la objetividad en la actuación del Ministerio Público son los componentes esenciales de su autonomía funcional y lo que justifica su actuación; de otro modo se trataría de un privilegio corporativo⁸⁸⁴. La Fiscalía no puede tomar partido por una determinada opción dentro de las legalmente posibles si es que no se sujeta a los hechos probados y a la concreta y específica ley aplicable⁸⁸⁵.

La vinculación a la Constitución y a la ley (art. 146.1 de la Const.) del representante del Ministerio Público, en especial la sujeción al principio de interdicción de la arbitrariedad, reclama la necesidad de que dirija su trabajo y muestre el mismo empeño en averiguar tanto la evidencia que acredita la comisión del hecho punible como su posible no realización; además de que debe acopiar los elementos de juicio de cargo (incriminatorios), que relacionan a una persona como autor o partícipe de un hecho, y los elementos de descargo, que demuestran la inocencia de la persona⁸⁸⁶.

883 CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ, FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239.

884 FIGUEIREDO DIAS, "Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil", art. cit., p. 200.

885 MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 258.

886 "En cuanto a la regla de la objetividad, ambas legislaciones la sostienen como un imperativo de la función. La ordenanza procesal penal alemana es explícita al obligar al Ministerio Público a realizar, durante el procedimiento de investigación por él dirigido, todas las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento del hecho tanto en contra como a favor del imputado (§ 160), lo que concuerda con las atribuciones de recurrir e instar la revisión a favor de este". MAIER, "La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana", art. cit., p. 85.

El Ministerio Público tiene como misión defender la legalidad⁸⁸⁷ y ser guardián de la pureza del procedimiento⁸⁸⁸. Por ello, si la Fiscalía omite información o es negligente en recabar evidencia favorable al investigado, se afecta directamente los derechos fundamentales de la persona (v. gr.: la presunción de inocencia y el derecho de defensa) y los valores superiores del ordenamiento jurídico y del sistema penal, como la búsqueda de la verdad y la realización del valor justicia. Asimismo, implica la infracción por parte de la Fiscalía de los deberes positivos de protección y realización de los derechos fundamentales de la persona⁸⁸⁹.

Por su parte, la Corte IDH sostiene:

El principio de legalidad de la función pública, que gobierna la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, obliga a que su labor en el ejercicio de sus cargos se realice con fundamentos normativos definidos en la Constitución y las leyes. De tal modo, los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal⁸⁹⁰.

La independencia y la autonomía del Ministerio Público —o de los órganos de investigación— no solo son una garantía institucional, de carácter político institucional y que marca la relación de la Fiscalía con otras instancias y organismos del Estado, sino que constituye también un principio que se encuentra cargado de implicancias epistémicas y metodológicas acerca de cómo debe llevarse a cabo una investigación y un proceso penal sobre un determinado hecho que se relaciona (por acción u omisión) con una persona concreta⁸⁹¹.

887 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 370.

888 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid: Colex, 1999, p. 75.

889 BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, t. I, 6.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 250.

890 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, San José: 22 de septiembre del 2009, párr. 133; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, San José: 27 de enero del 2009, párr. 165.

891 ANDRÉS IBÁÑEZ señala que “cuando la investigación se encuentre atribuida al fiscal, la necesidad de que este goce de una posición asimilable idealmente a la del juez es bien obvia, puesto que la finalidad institucional de su actuación es la misma”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 12.

La autonomía del Ministerio Público no solo es un principio organizativo que prohíbe la injerencia externa e interna en la actuación funcional de cada representante y miembro de la institución, sino que se trata también de un presupuesto metódico que rige su actividad y desempeño a la hora de conducir una investigación o un proceso penal.

191 La Fiscalía no solo debe actuar objetivamente por el respeto a los principios de la dignidad de la persona humana y la presunción de inocencia, sino que lo debe hacer también por *razones pragmáticas*, ya que debe evitar en todo momento la instauración de un proceso penal superfluo, no indispensable y que está condenado al archivo irremediable⁸⁹². Lo que se busca también es evitar juicios innecesarios⁸⁹³. La objetividad en sus actuaciones es condición indispensable para el buen funcionamiento del sistema de justicia⁸⁹⁴.

Los criterios utilitarios y pragmáticos obligan a actuar con objetividad y decidir con imparcialidad en aquellos casos en que se emprende cualquier tarea de averiguación y reconstrucción material de los hechos. No solo se trata de cumplir con determinados principios y reglas éticas, sino con criterios materiales y de valor social, sobre todo, si se pretende resolver problemas reales que afectan a la sociedad y a las personas.

4. ALCANCES

192 El deber de esclarecimiento se conecta con la vigencia de los principios de imparcialidad y de objetividad en la actividad del Ministerio

892 Vid. CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 5.^a ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 141; TRANCHINA, Giovanni, *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano: Giuffrè, 2011, p. 112. Para HERBEL y REGO, “la objetividad representa una pauta de actuación justificada por motivos pragmáticos, para evitar el dispendio de recursos estatales por acusaciones infundadas”. HERBEL, Gustavo y Carlos REGO, *Investigación penal preparatoria*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 297. Vid. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 444.

893 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.^a reimp., ob. cit., p. 369. Al respecto, MAIER señala: “El procedimiento, aun bajo la dirección del acusador —Ministerio Público en el caso— es preparatorio del juicio en cuanto tiene como fin proporcionar el pedido de sobreseimiento, evitando de esta manera plenarios inútiles o indagando sobre los elementos necesarios para su realización”. MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 37. Véase, también, ROMERO PRADAS, Isabel, *El sobreseimiento*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 60; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 437.

894 HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 296.

Público⁸⁹⁵. La tarea de averiguar los hechos y determinar si una persona

- 895 Vid. ROXIN, “La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy”, art. cit., p. 13; y SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 30. Por su parte, SOUSA MENDES considera al Ministerio Público una parte imparcial. SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 119. Mientras que CLUNY señala: “De um lado, a assegurar que os processos não são atribuídos pessoalmente pela hierarquia a um qualquer magistrado em função de outros interesses que não os que devem reger a actuação funcional dos magistrados do Ministério Público: a objectividade e imparcialidade”. CLUNY, António, “Autonomia do Ministério Público, governo próprio e hierarquia: instrumentos, condicionantes e pressupostos da independência do Poder Judicial”, en *Vértice*, n.º 142, s/l: septiembre-octubre del 2021, p. 26. Asimismo, véase GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 216; MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 301; LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 187; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 201. SÁNCHEZ VELARDE explica que “el principio de imparcialidad exige que el fiscal en tanto órgano judicial que dirige la investigación preliminar y preparatoria actúe como órgano neutral, asegurando a las partes su libre acceso a la causa, posibilitando en ellos la misma oportunidad de recursos y ofrecimiento de pruebas, las notificaciones, así como su intervención en las diligencias que son propias. La imparcialidad exige que el fiscal no se incline a favor de alguna de las partes, de lo contrario, cabe que se le pida o que se inhiba o se excuse de seguir conociendo el caso”. SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., pp. 73 y 74.

Sin embargo, hay quienes consideran que se debe distinguir entre el principio de objetividad que se relaciona con la actividad fiscal y el principio de imparcialidad que gobierna la actividad de los jueces. Por ejemplo, GUZMÁN, quien considera que “el hecho de que el fiscal tenga entre sus funciones probar tanto la ocurrencia de los hechos como la responsabilidad del acusado, impide inevitablemente su neutralidad, situación que, en cambio, define exactamente el lugar —funcional y psicológico— en el que se halla el juez en el caso concreto. La neutralidad ante el caso concreto (imposible en quien tiene el deber de probar algo, como es el caso de la fiscalía con respecto a la hipótesis acusatoria) es el rasgo distintivo, precisamente de la imparcialidad”. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., pp. 245 y 246. Asimismo, BINDER señala: “Si la acción pública nace de los intereses generales de la sociedad y el Ministerio Público es el gestor de dichos intereses (por eso nunca puede ser imparcial), él debe estar vinculado a la sociedad portadora de esos intereses”; luego sostiene: “Al ser una institución gestora de intereses se ubica en un plano totalmente distinto del plano de los jueces y, por ello, los principios que rigen la judicatura, en particular su centro que es la imparcialidad, no se aplican al trabajo de los fiscales. Nadie gestiona intereses “imparcialmente”, porque esa gestión de intereses se realiza siempre en el marco de un conflicto, es decir, frente a otro interés que lo niega o lo acota”. BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 468. Este autor también explicó que “el principio de objetividad no es algo asimilable a la imparcialidad judicial, ni nace de una defensa ‘abstracta’ de la ley, ni constituye a los fiscales en ‘cuasi’ defensores públicos de los imputados. Se trata de una construcción compleja que será difícil dilucidar mientras no se clarifiquen todas las funciones del Ministerio Público y se establezca su papel institucional”. BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, 1.ª ed. y 1.ª reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 132. Al respecto, véase CHAIA, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 658; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 189. Para NEYRA FLORES, “la imparcialidad es un

ha intervenido como autor o partícipe es una labor que requiere una metodología, una actividad operativa como también determinadas exigencias jurídicas, estratégicas y de recojo oportuno de evidencias.

La actividad del Ministerio Público debe ser cumplida de manera objetiva, buscando la averiguación de la verdad y la aplicación correcta de la ley penal⁸⁹⁶.

Debido a que el principio de objetividad determina la actividad del Ministerio Público, se puede sostener que este no debe ser considerado como parte en el proceso penal⁸⁹⁷, debido a que no solo debe reunir la prueba de

atributo de la jurisdicción, pues, lo mantiene como tercero entre las partes, por ello, el fiscal al ser parte del proceso penal no goza del principio de imparcialidad, a él le corresponde el principio de objetividad". NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 363.

896 LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 186.

897 Se considera que "el fiscal del proceso penal *no es 'parte'*. Por ello, él no debe reunir unilateralmente material de cargo contra el imputado, sino que 'también debe investigar las circunstancias que sirven de descargo'; todo lo contrario, sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia". ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 129. Para SCHLÜCHTER, "el Ministerio Fiscal, no es parte en el proceso penal, pues debe investigar las circunstancias tanto incriminatorias como exculpatorias y por lo tanto está obligado a una *estricta objetividad*". SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 30. Por su parte, BAUMANN considera que "la ordenanza procesal penal alemana ha procurado estructurar muy firmemente la posición del Ministerio Público. Este no dispone, por cierto, de las facultades del tribunal, pero no tiene la misma categoría del imputado. Esto significa que en el derecho procesal penal en vigor no tenemos un proceso entre partes. [...] Al proceso penal alemán actual no se lo puede llamar, por cierto, un proceso entre partes. El empleo de este concepto sería viable únicamente si existieran entre las partes del proceso los mismos deberes y los mismos derechos. Pero los mismos deberes no existen. El imputado no tiene el deber de contribuir a la prueba del hecho punible (§ 136 de la Ordenanza Procesal Penal); el Ministerio Público debe hacer averiguaciones también en favor del imputado (§ 160, párr. 2), a veces debe clausurar el procedimiento, solicitar la absolución, presentar recursos en favor del imputado (§ 296, párr. 2, y 365), etc. Es órgano de la administración de justicia penal, con la tarea de realizar el derecho material". BAUMANN, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, ob. cit., pp. 53 y 55. "Solo puede hablarse de partes cuando los titulares de los derechos que comparecen ante el Tribunal defienden intereses que desde el punto de vista Estado están sobre el mismo plano de valor. Pero este no es el caso en el proceso penal. El Ministerio fiscal está interesado como el propio Tribunal en la investigación de la verdad y en el logro de una sentencia justa, y por eso debe actuar en favor del acusado cuando lo exigen las circunstancias del proceso. En el proceso penal no se puede esperar nunca que el acusado luche por la verdad y la justicia, sino por la más amplia defensa de su libertad personal contra la injerencia en

ella del Estado por medio de la sanción penal” (SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.^a ed., ob. cit., p. 73). Asimismo, véase SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 119; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.^a reimp., ob. cit., p. 369; MIRANDA RODRIGUES y CALAZA LÓPEZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, art. cit., p. 213; y MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 323. Este último autor señala que el Ministerio Público “no podrá situarse en un plano idéntico al del imputado, ni frente a él, ni con intereses comunes o contrapuestos. Su interés, como el del juez, radica en la obtención de una sentencia justa basada en la verdad material u objetiva. El proceso penal —por delito de acción pública— tampoco es sustancialmente un proceso de partes, por cuanto nadie dispone de su contenido material (la pretensión represiva y los poderes que la enervan) [...]. [L]a doctrina alemana concluye por afirmar que en el proceso penal no puede hablarse de una contención entre partes, pues el Ministerio Público no desempeña ese rol sino formalmente, como dijimos, por exigencia del sistema acusatorio, y el juez, al mismo tiempo, no es el árbitro del conflicto; ambos son órganos que coadyuvan en la averiguación de la verdad y ejercen su actividad para la realización del derecho, con diferente poder sobre la relación procesal”. MAIER, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, art. cit., p. 41 y p. 63. Para D’ALBORA, el concepto de parte no resulta, sin más, extensible al proceso penal y que es inconcebible suponer la imparcialidad de una parte. D’ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 148. RUSCONI, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, art. cit., p. 89.

Sin embargo, respecto a la postura que considera que el Ministerio Público es parte en el proceso penal, véase los siguientes autores: MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 263 (a partir de la acusación); BADA-RÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 195 (“parte parcial”); GUARNERI, Giuseppe, *Las partes en el proceso penal*, Santiago de Chile: Olejnik, 2018, p. 97 y ss. Asimismo, LLOBET RODRÍGUEZ considera que “debido a que la intervención de este (Ministerio Público) es esencial para la validez del proceso penal, debe considerarse al M.P. como parte en sentido formal” (LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 187); RUZZONE indica que “por más reglas de objetividad o imparcialidad que se puedan establecer o por más que su rol parezca confundido y superpuesto con el de los jueces —sobre todo a la hora de recoger la prueba en la etapa de la instrucción—. La tendencia universal avanza en dirección a definirlo como parte en el marco de un sistema acusatorio donde deberá actuar en igualdad de armas con los defensores, y en donde los jueces son convocados exclusivamente para resolver aquellos asuntos que les son presentados y no aquellos por los que puedan tener ‘interés’ en resolver” (BRUZZONE, Gustavo, “Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral”, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 158); CERLETTI y FOLGUEIRO señalan: “si bien puede considerárselo ‘privilegiado’, el Ministerio Público es parte en un proceso, y su función es y debe ser esencialmente distinta a la del juez, verdadero administrador de justicia. Solo sincerándonos en este aspecto podemos comenzar a construir un verdadero proceso garantista, y no de otro modo, es decir, confundiendo peligrosamente dos actuaciones que son diferentes” (CERLETTI, Marco y Hernán FOLGUEIRO, “Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 120); finalmente, aunque luego matiza que debe hablarse de

cargo en contra del imputado, sino también los elementos de descargo, ya que de otro modo no podría cumplir con su misión constitucional de buscar la verdad y la justicia⁸⁹⁸. Para ello se debe acreditar y corroborar en la investigación las hipótesis fácticas tanto de la fiscalía, de la defensa del imputado como de las demás partes procesales con el objetivo de confirmarlas o refutarlas⁸⁹⁹.

La ley procesal, de manera correcta, consagra el principio de objetividad por el cual se impone la obligación directa al Ministerio Público de investigar de manera integral y adecuada los hechos que acreditan el delito y la responsabilidad de una persona. De igual manera, la fiscalía se encuentra expresamente obligada a indagar, recoger la evidencia que acredite la inocencia de una persona, bien en el sentido de que el hecho no se ha cometido o que no se ha vinculado —como autor o partícipe— en su comisión y analizarla adecuadamente⁹⁰⁰.

sujetos procesales, también se comparte esta postura en GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 246.

898 Cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 115; TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 111; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., pp. 141, 153 y 447; CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 419; ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 129; SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 120; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 369; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 355; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 210.

899 DUCE y RIEGO consideran que “este principio se refiere a la obligación que tienen los fiscales de investigar tanto aquello que permite acreditar el delito y la participación del imputado en él, como los hechos que sirvan para probar su inocencia (en realidad que extingan, eximan o atenúen su responsabilidad penal)”. DUCE y RIEGO, *Proceso penal*, ob. cit., p. 144. Al respecto, véase LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 450; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 355.

900 ROXIN y SCHÜNEMANN considera que “la fiscalía debe averiguar el hecho; para ello, debe reunir con igual afán tanto el material de cargo como de descargo y debe actuar cuidadosamente con respecto a aquellas pruebas se pueda temer”. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 475. En similar sentido, SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 120; NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 355; y CUBAS VILLANUEVA, *El nuevo proceso penal peruano*, ob. cit., p. 201. Finalmente, BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT señalan que “la fiscalía no tiene potestad alguna para omitir la evidencia que descargue la posible responsabilidad del procesado, sin importar la etapa procesal en la que esté”. BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 259.

El principio de objetividad rige tanto la actividad de los fiscales y de los jueces⁹⁰¹. Incluso, en la doctrina se considera que el deber de objetividad, entendido en el sentido de recoger pruebas de descargo, es una obligación que se extiende también a la Policía⁹⁰².

El Ministerio Público debe realizar una indagación indiferente del hecho⁹⁰³ y de la verdad⁹⁰⁴, debe materializar una actuación desinteresada o desapasionada⁹⁰⁵ y ha de asumir una posición de deliberada perplejidad⁹⁰⁶. Dicho principio prohíbe que la Fiscalía pueda actuar de manera parcializada y unilateral en la indagación de los hechos⁹⁰⁷.

El principio de objetividad de la Fiscalía repercute en tres ámbitos del ejercicio de la función del Ministerio Público⁹⁰⁸:

- (i) Los fiscales deben contar con la *actitud* de conocer con objetividad los hechos y las diversas hipótesis que pueden surgir en la investigación fiscal. No pueden ser marcados por una carga emocional (positiva o negativa) que los determine actuar en tal o cual sentido.
- (ii) Las *diligencias* y los actos de investigación que realiza el Ministerio Público deben recoger tanto la evidencia de cargo como la de descargo, que avale la hipótesis fiscal o la hipótesis del imputado. Asimismo, es necesario procesar de manera adecuada la información recogida y analizar críticamente los elementos de cargo y de descargo. Se prohíbe un análisis unilateral o faccionado de la evidencia recogida.

901 Vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 323.

902 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., pp. 450 y 466.

903 Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, "El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal", art. cit., p. 263.

904 Vid. FERRAJOLI, "Nueve máximas de deontología judicial", art. cit., p. 486.

905 Vid. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 219; y BERTOLINO, "Un bosquejo del 'criterio objetivo' en la actividad del Ministerio Público Fiscal", art. cit., p. 47.

906 Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, "El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial", art. cit., p. 268.

907 Vid. BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, ob. cit., p. 250.

908 De modo semejante, GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 252.

- (iii) Se exige que las decisiones fiscales que se manifiestan en disposiciones, requerimientos y providencias respeten el contenido y el sentido de los elementos de juicio, como también deben cumplir con la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

194 En la doctrina comparada se afirma que la vigencia del principio de objetividad en la actividad del Ministerio Público conduce a sostener que, en el ejercicio de la función, el fiscal es un funcionario “híbrido”⁹⁰⁹, ya que, por un lado, se exige que sea objetivo en la realización de las diligencias y la recopilación de actos de investigación para acreditar la responsabilidad o la inocencia de la persona investigada y, por el otro lado, se lo señala como el causante del éxito (o del fracaso) de la investigación que se le encomienda y tiene a su cargo.

Si bien el Ministerio Público guía su actividad inspirada en el principio de la obligatoriedad de la acción penal, ello no quiere decir que a toda costa debe ejercer la acción penal y debe formular una imputación en contra de una persona. La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal no se opone a la actuación objetiva e imparcial⁹¹⁰. Como órgano del sistema de justicia, ha de ajustar su actividad y decisiones a la búsqueda de la verdad y la justicia, de tal manera que ha de archivar un caso cuando corresponda y ha de ejercer la acción penal cuando existan elementos de cargo suficientes.

195 La ley procesal peruana no solo se limita a establecer el deber jurídico legal de indagar los elementos que demuestren la inocencia de la persona —regulación que deja de ser un mero postulado teórico o una aspiración ética para formar parte del derecho positivo—, sino que además se impone

909 Vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 306; GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 230; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 322; BOVINO, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, art. cit., p. 30; y GUARIGLIA, “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, art. cit., p. 213 y ss. Asimismo, BOVINO alude la promiscuidad funcional y especial de jueces y fiscales en la ciudad de Buenos Aires. Críticamente sobre este modelo BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 206.

910 Vid. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 111; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 505; MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 99; y LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 116.

el específico mandato legal de averiguar y recoger la evidencia que demuestre las circunstancias que sirven para *eximir* o *atenuar* la responsabilidad del imputado. Se impone de este modo la obligación legal ineludible de que el Ministerio Público se interese tanto por la inocencia del imputado como por la demostración de las circunstancias que lo eximen de responsabilidad —como son las causales de atipicidad (falta de relación de causalidad, imputación objetiva o ausencia de dolo), las causas de justificación (estado de necesidad, legítima defensa, obrar en cumplimiento del deber, en ejercicio de un derecho, consentimiento, etc.) o las causas de no culpabilidad (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, error de prohibición etc.)— o la atenúan (art. 21 del CP).

Con ello, se consagra el deber legal, que tiene una especial importancia metodológica y epistémica, respecto a que la investigación preparatoria no puede ni debe conducirse en un solo sentido y de manera unilateral, ya que la misma debe dirigirse con el mismo esfuerzo a reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal tomar la decisión adecuada, que en los términos de la ley ritual es decidir si formula o no acusación (art. 321,1).

Si bien la ley alude que la tarea del fiscal es determinar las diversas circunstancias atenuantes (genéricas o específicas) del delito, queda claro que su labor, *a contrario sensu*, es también fijar y acreditar las circunstancias agravantes de la infracción, tanto genéricas como específicas. Ambas clases de circunstancias se las debe acreditar con criterio razonable y el principio de proporcionalidad. Dicha labor tiene que ver con una de las tareas más importantes de la función fiscal —muy descuidada y desatendida en nuestra realidad jurisprudencial—, que es realizar una prolija actividad probatoria en la determinación judicial de la pena⁹¹¹ o en la precisión del *quantum* de las diversas consecuencias jurídicas del delito de la mano del principio de proporcionalidad.

La vigencia y el respeto del principio de objetividad en la actividad del Ministerio Público arrastra la consecuencia de que el fiscal en el proceso penal no puede ser considerado como parte en la medida que no solo tiene la obligación de seleccionar y acopiar la evidencia de cargo, sino que debe inves-

911 Cfr. ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 475.

tigar también las circunstancias que le sirven de descargo; de tal manera que puede interponer medios impugnatorios en favor del imputado y promover el recurso de revisión a fin de conseguir la absolución de un condenado⁹¹².

5. LA PROHIBICIÓN DE QUE EL MINISTERIO PÚBLICO SOLO PUEDA DIRIGIR SU ACTIVIDAD EN SENTIDO PERJUDICIAL AL INVESTIGADO

196

Si bien el Ministerio Público se encarga de la persecución del delito, dicha potestad debe realizarse dentro de los marcos de la legalidad y el respeto al principio de objetividad. La Fiscalía no ejerce ni reclama un interés subjetivo, ni un interés particular⁹¹³, ni se ampara en buscar una utilidad política⁹¹⁴, sino que se funda en un interés público: la actuación y aplicación justa de la ley penal y procesal penal⁹¹⁵. Tan obligado está en pedir la actuación de actos de investigación y las pruebas de cargo como los actos de investigación y las pruebas de descargo⁹¹⁶.

El Ministerio Público no tiene por qué necesariamente dirigir su actividad solo en sentido acusatorio o perjudicial al acusado⁹¹⁷. Está obligado

912 Vid. SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 120; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 370; *Idem.*, "Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas a comunidade: um equilíbrio difícil", art. cit., p. 203; GRECO FILHO, *Manual de processo penal*, ob. cit., p. 295; ROXIN y SCHÜNE-MANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 129; y CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ, FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239.

913 MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 263.

914 Vid. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 218; y MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 323.

915 Véase, al respecto, SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 119; y sobre la correcta actuación de la ley penal, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ob. cit., p. 581.

916 SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 30; GÖSSEL, "El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho", art. cit., p. 55; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ob. cit., p. 580; D'ALBORA, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, ob. cit., p. 148; CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ, FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239; LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 450; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 444.

917 Vid. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimp., ob. cit., p. 369; y MAIER,

tanto a proteger al imputado como a actuar en su contra⁹¹⁸. No puede ni debe perseguir un interés estatal unilateral⁹¹⁹ o individual⁹²⁰. El Ministerio Público no es, por lo tanto, un acusador a ultranza, sino un funcionario con interés meramente objetivo en la realización del derecho⁹²¹.

No debe tratar de buscar a una persona que sirva de chivo expiatorio para tranquilizar a la víctima o a la sociedad. Su función no es buscar algo para ver si encuentra el delito. Su función no es buscar a un culpable, sino al verdadero culpable de la comisión de un hecho punible⁹²².

La imparcialidad y la objetividad de sus actuaciones significa que debe actuar sin tener cualquier interés distinto al esclarecimiento de los hechos y a descubrir lo que efectivamente ha ocurrido⁹²³. A la fiscalía no se le impone el denunciar, acusar o pedir una condena a toda costa, y a defender, sin sentido, su posición de sostener una acusación. 197

La defensa de los intereses públicos debe entenderse en un sentido funcional, vinculado al principio de no arbitrariedad de la función estatal, que debe realizar en todo momento, la aspiración de búsqueda de la verdad y de justicia en una sociedad democrática. La actividad de investigación de la fiscalía no debe asumir una dirección y signo marcadamente culpabilista,

Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales, ob. cit., p. 323.

918 Vid. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.ª ed., ob. cit., p. 65; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª reimpr., ob. cit., p. 369; y SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 120.

919 Vid. GÖSSEL, "El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho", art. cit., p. 43; y SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 119.

920 HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 296.

921 Vid. MAIER, "La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana", art. cit., p. 63; CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ, FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCE-NA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 239; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 186.

922 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 186; y VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Córdoba: Lerner, 1982, p. 243.

923 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, "El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal", art. cit., p. 264.

sino que debe recabar toda la información probatoria que favorece al imputado y ha de analizarla adecuadamente⁹²⁴.

Su objetivo no tanto se dirige a lograr una acusación y una sentencia condenatoria, sino a determinar si se cumple con los presupuestos básicos para mantener la potestad punitiva del Estado⁹²⁵ y la integridad del sistema de justicia. No solo debe imputar, procesar y acusar a una persona, sino que también debe luchar por hacer prevalecer la inocencia de una persona, haciendo énfasis en los valores de la verdad y la justicia⁹²⁶. En tal óptica, no puede acusar sin prueba suficiente, y de ser el caso está obligado en pedir la absolución e interponer los recursos a su favor⁹²⁷. La fiscalía debe evitar el juicio oral en caso exista una sospecha infundada⁹²⁸. Su posición no solo es estar frente al acusado para requerir contra él, sino para requerir a su favor cuando corresponda⁹²⁹.

198 La fiscalía no tiene por qué mantener a toda costa la sospecha del delito o de la autoría y participación de una persona, buscando lograr siempre una sentencia condenatoria⁹³⁰. Su misión no es acusar a toda costa, aun cuando

924 Vid. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 447; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 116; y MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 101.

925 Cfr. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.^a ed., ob. cit., p. 203.

926 Cfr. GÖSSEL, "El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho", art. cit., p. 43.

927 Cfr. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.^a ed., ob. cit., p. 203.

928 Cfr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 326.

929 Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ob. cit., p. 582.

930 "Con la promoción de la acción el Ministerio Público solo exterioriza una sospecha. Pero su función no es mantener a todo trance esta sospecha y obtener la condena del acusado. En el caso que está fuera de su función, se podría decir que la absolución a que conduce la aplicación del principio del '*in dubio pro reo*' significa una 'derrota' o un 'perjuicio' para el Ministerio Público. Pero es que su verdadera tarea consiste en que, junto al tribunal aspira a que se dicte una sentencia justa. Y también puede considerar justa y deseable la sentencia absolutoria en el caso de 'dubium' y él mismo puede solicitar la absolución". SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.^a ed., ob. cit., p. 204. Para HERBEL y REGO, "el fiscal como representante del interés social y la ley ya no es un acusador cuya única finalidad sea lograr la condena del imputado; ahora puede buscar soluciones justas y prácticas para el conflicto penal, sin necesidad de congestionar el sistema de administración de justicia, ni estar obligado irreversiblemente a llevar a juicio todos sus casos". HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 297.

no exista prueba de cargo, como tampoco debe imputar a una persona por la comisión de un delito grave. Lo que manda en su trabajo es la evidencia recogida y el análisis objetivo de la misma. No debe tener ningún interés personal en realizar imputaciones o acusaciones innecesarias que van a terminar en decisiones de archivo, sobreseimiento o en absoluciones⁹³¹. No toda absolución perjudica su trabajo o constituye un demérito para su labor. Su eficacia no reside en cuantas sentencias condenatorias logra que expida el juez. Su legitimidad lo encuentra en la calidad de su trabajo, la responsabilidad de sus afirmaciones en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (v. gr.: la carga de la prueba y la obtención de sentencias justas). Debe mostrar su conformidad cuando se absuelve aplicando principios constitucionales como la presunción de inocencia o el *in dubio pro reo*.

El deber de objetividad del Ministerio Público no solo se trata de un deber general y abierto, sino de una obligación concreta y específica que se revela y ha de cumplir en cada fase de la investigación y del proceso penal. No solo hay un deber jurídico de objetividad a nivel de las diligencias preliminares o en la etapa de la investigación preparatoria, sino también a la hora de formular el sobreseimiento del caso o a la hora de ordenar la acusación.

La interdicción de la arbitrariedad y la exigencia de imparcialidad de los poderes públicos reclaman que el Ministerio Público no solo se preocupe de la persecución del delito y propenda en todos los casos la precisión de los elementos incriminatorios o que agravan la responsabilidad penal del procesado⁹³². Por el contrario, tiene la obligación de respetar la verdad y la justicia y, por tanto, cuando existan elementos excusantes o atenuantes debe plantearlos inevitablemente⁹³³. A él le incumbe una “desapasionada objetividad”⁹³⁴.

931 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 141. Por otro lado, “antes bien, los intereses funcionariales a la prestación del servicio propician que el Ministerio Fiscal se mantenga objetivo, antes la hipotética sospecha de la comisión de un delito”. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 49.

932 Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ob. cit., p. 582.

933 Cfr. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 296; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 444.

934 Cfr. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 203.

La posición del Ministerio Público, desde el punto de vista del principio de legalidad y objetividad, puede y debe coincidir con la posición de la defensa cuando el caso así lo amerite; de tal manera que no se autoriza tener un interés subjetivo en el caso concreto⁹³⁵. De esta forma, se respetan los intereses públicos y los principios que delinear la conducta de las instituciones en un Estado de derecho. Queda claro que ningún órgano público debe actuar con parcialidad contra el acusado⁹³⁶.

6. EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD

199 En la organización constitucional del proceso penal le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal (art. 159.5), sea de oficio o a petición de parte, lo que arrastra la titularidad de la carga de la prueba como condición necesaria para dicho ejercicio. Como presupuesto del ejercicio de la acción penal el Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función (art. 159.4).

El art. IV del título preliminar del Código Procesal Penal prescribe: “El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad”. El art. 14 de la LOMP dispone que “sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie”.

La titularidad de la carga de la prueba es compatible con el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, que requiere la facultad de investigar con objetividad, de acopiar evidencia y de formular una im-

935 Vid. HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 296; y SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 257.

936 Cfr. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 203.

putación de manera clara y definida⁹³⁷. El ejercicio de la acción penal no es disponible ni es renunciable, salvo los casos expresamente previstos en la ley.

La carga de la prueba es una figura que pertenece a la teoría general del derecho, a la teoría de aplicación del derecho⁹³⁸ y a la teoría general de la argumentación, que se extiende de manera transversal a las diversas ramas del ordenamiento jurídico⁹³⁹. Supone responder a la pregunta de quién tiene la obligación de suministrar la prueba en el proceso, quién debe probar o quién está obligado a probar las afirmaciones que se realizan y las consecuencias que se generan por el incumplimiento de dicho mandato. **200**

La carga de la prueba se funda en el argumento pragmático (de oportunidad o de experiencia⁹⁴⁰) y de justicia. Para aplicar el derecho un órgano estatal debe estar seguro y convencido positivamente acerca de la existencia de los presupuestos de la norma cuya aplicación se discute. Cualquier laguna probatoria o cualquier duda acerca de los presupuestos fácticos o de las circunstancias descritas en la disposición jurídica impide que el juez pueda aplicar la norma al caso concreto.

Las reglas jurídicas acerca de la carga de la prueba ayudan al juez a formarse un juicio (afirmativo o negativo) sobre un determinado caso y una pretensión concreta; también ayudan a resolver situaciones de incertidumbre en relación con las circunstancias de un hecho, indicándole cómo debe llegar a adoptar una determinada decisión. Las normas sobre la carga de la prueba le brindan una instrucción obligatoria al juez acerca de la decisión que debe expedir en caso no se puede llegar a un determinado grado de certidumbre sobre una cierta pretensión concreta⁹⁴¹. En buena cuenta, dicha regla le instruye al juez cómo debe decidir el caso en contra de la parte a quien le correspondía acreditar un supuesto fáctico y no lo ha efectuado. Una de las principales funciones de las reglas de la carga de la prueba es no dejar

937 Cfr. ILLUMINATI, Giulio, "Presunzione di non colpevolezza", en *Enciclopedia Giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, p. 5.

938 Véase ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ob. cit., p. 11.

939 Cfr. SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, ob. cit., p. 218.

940 Cfr. DE ARAUJO CINTRA, PELLEGRINI GRINOVER y DINAMARCA, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 434.

941 Véase ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ob. cit., p. 2.

de aplicar el derecho en un determinado caso en el que se presenta dudas razonables o incertidumbre.

Las reglas sobre la carga de la prueba son un complemento indispensable de toda ley y, en general, de toda disposición jurídica que pretende aplicarse a un caso concreto. El juez solo puede aplicar una disposición jurídica (ley o cualquier norma jurídica) si se ha comprobado, bajo cierto estándar probatorio, la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto fáctico de la disposición. Si es que acredita que el supuesto de hecho descrito en la ley no se cubre o cuando hay una situación objetiva de incertidumbre acerca de si concurren los elementos constitutivos, la disposición jurídica no debe aplicarse. Como regla jurídica se establece que siempre una parte “soporta la carga de la prueba respecto a los presupuestos del precepto jurídico aplicable”.

201 Una de las consecuencias más importantes de la presunción de inocencia es determinar la titularidad de la carga de la prueba en el proceso penal. Si a una persona se la considera inocente y recibe el trato de inocente en el proceso penal resulta lógico exigir que el órgano que le imputa los cargos y le atribuye la comisión de un delito (v. gr.: Ministerio Público o el querellante particular) debe asumir el compromiso de acreditar su responsabilidad penal⁹⁴².

Desde el momento que la presunción de inocencia es un derecho fundamental y, concretamente, un derecho pasivo del imputado, exige que la investigación de los hechos, la formulación de cargos y la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos del delito recaiga en un órgano indepen-

942 Vid. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 296; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005, p. 145; y CARO CORIA, DINO CARLOS, “La prueba de la individualización judicial de la pena”, en *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch y CEDPAL, 2019, p. 241. Para MAIER, “el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible” (MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ob. cit., p. 507); mientras que BOVINO considera que “dado que el estado de inocencia opera como un escudo que protege al imputado, le corresponde al acusador-particular o estatal la tarea de presentar elementos de prueba que demuestren con certeza los presupuestos de la responsabilidad penal del imputado” (BOVINO, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, art. cit., p. 134).

diente, que, en la estructura de la Ley Fundamental peruana, está definido como un órgano autónomo: el Ministerio Público.

Otra de las consecuencias más importantes de la presunción de inocencia en el contexto histórico y político es reconocer el desequilibrio estructural en el proceso penal⁹⁴³, lo que lleva a sostener que la carga y la producción de las pruebas se le asigna como una obligación constitucional y legal al Ministerio Público: titular de la acción penal. En el proceso penal la distribución de las cargas probatorias (obligaciones de prueba), siempre termina por favorecer la posición del imputado al imponer la prueba de la culpabilidad a los órganos de persecución. El imputado no tiene el deber de probar que es inocente⁹⁴⁴. Dicha labor es ajena y corresponde a un órgano estatal (o quien haga sus veces) como condición para la configuración de un proceso justo y debido.

La presunción de inocencia como regla probatoria⁹⁴⁵ atribuye a la acusación la carga de la prueba de la responsabilidad penal del imputado y exige una sentencia absolutoria en caso de que haya una duda razonable

943 Vid. TARUFFO, Michele, “Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, Alicante: 2005, p. 117; GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 250; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 452. Al respecto, CUERDA RIEZU señala: “Como se acaba de indicar, las partes en el proceso penal no se encuentran en una situación de completo equilibrio ni las ‘armas’ que ostentan pueden ser consideradas iguales. Este aspecto es apreciable en la presunción de inocencia, que solo puede ser ejercitada por quien es acusado o imputado o por quien es condenado sin pruebas. Se observa aquí una clara diferencia respecto a otros derechos fundamentales de carácter procesal, cuya titularidad corresponde por igual a acusador y a acusado y cuya tutela puede ser solicitada en las diversas instancias judiciales e incluso a través del recurso de amparo; es el caso, por ejemplo, del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”. CUERDA RIEZU, Antonio, “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, en *InDret*, Barcelona: abril del 2014, pp. 4 y 5.

944 MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ob. cit., p. 507; y CARO CORIA, “La prueba de la individualización judicial de la pena”, art. cit., p. 242.

945 Cfr. OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 135; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005, p. 139. De manera distinta, NIEVA FENOLL considera que “la presunción de inocencia no es una regla de la carga de la prueba. No actúa en caso de insuficiencia de prueba solamente, sino que orienta toda la actividad probatoria, suficiente o insuficiente”. NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal. Proceso penal*, t. III, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 408.

acerca de su culpabilidad⁹⁴⁶. Para que haya una sentencia condenatoria debe haber una actividad probatoria relevante y suficiente que la sustente. De manera sintética se sostiene que a quien imputa le corresponde probar cada una de sus afirmaciones y no le corresponde al imputado demostrar su propia inocencia⁹⁴⁷.

El imputado debe ser absuelto no solo cuando no resulten probados los elementos constitutivos del delito, sino también cuando no sean probados los hechos que, por mandato de la ley penal, poseen el efecto de paralizar la aplicación de la norma jurídica⁹⁴⁸. En el proceso penal debe acreditarse, como condición para dictar una sentencia condenatoria, no solo la existencia de todos los elementos constitutivos del delito, sino la no existencia de los elementos capaces de excluir la antijuridicidad o la culpabilidad de una persona⁹⁴⁹. Se exige, por un lado, la prueba de los elementos que integran el tipo de injusto (hecho constitutivo positivo) como también, por el otro lado, la acreditación de la no concurrencia de excluyentes de la antijuridicidad y de la culpabilidad (hecho constitutivo negativo)⁹⁵⁰.

202

Pese a que un sector de la doctrina procesal cuestiona el hecho de que se pueda hablar de carga de la prueba, al considerar que no es aplicable al proceso penal y que dicha noción no juega un papel muy importante y que

946 Cfr. FERRUA, Paolo y Barbara LAVARINI, *Diritto processuale penale*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 31; y PAULESU, Pier Paolo, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino: Giappichelli, 2008, p. 10.

947 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 436.

948 “La regla de juicio impone la declaración positiva de certeza de los hechos constitutivos del delito y la declaración negativa de los extintivos”. MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Bogotá: Temis, 2004, p. 239.

949 “En la hipótesis de la posibilidad de una situación de legítima defensa o de la concurrencia de una causa de inculpabilidad, se deben investigar con toda escrupulosidad estas situaciones, aun contra la voluntad del acusado”. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.ª ed., ob. cit., p. 204. Para ROSENBERG, “cuando en un proceso penal se trata de legítima defensa, debe constar positivamente su no existencia para que pueda condenarse al reo; si el tribunal duda de que el reo haya actuado o no en legítima defensa, debe absolverlo”. ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ob. cit., p. 25. De manera distinta, CARO CORIA considera que “esto no significa asignar al Ministerio Público el deber de probar, además de los hechos constitutivos de delito atribuidos al encausado, la inexistencia de circunstancias atenuantes en el caso”. CARO CORIA, “La prueba de la individualización judicial de la pena”, art. cit., pp. 241 y 264.

950 BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 295.

puede ser desechada⁹⁵¹, otro sector destacado de la doctrina considera que debe hablarse de que la prueba de la culpabilidad corresponde a la acusación, es decir, que se debe estudiar “la carga acusatoria de la prueba” aludiéndose al axioma “nulla accusatorio sino probatione”.

La carga de la prueba de la hipótesis imputativa solo puede ser asumida por quien elabora, afirma y sostiene dicha hipótesis⁹⁵². Ninguna otra persona o sujeto procesal puede asumir dicha obligación. Se destaca que el imputado, además del ejercicio del derecho al silencio, posee la facultad de refutar y/o desacreditar la tesis contenida en la imputación; y el juez solo debe cumplir con la función constitucional de juzgar libremente la hipótesis que se formula y las evidencias que la respalda o que la refutan⁹⁵³.

Quien afirma un hecho (v. gr.: que una persona ha cometido un delito) debe necesariamente probar y hacerse cargo de dicha afirmación. En nuestro ordenamiento jurídico es el Ministerio Público quien imputa y sostiene determinados hechos en el proceso penal a una persona, atribuyéndole la comisión como autor o partícipe de un delito, por lo que le corresponde probar cada una de sus afirmaciones y las proposiciones fácticas que sostiene⁹⁵⁴.

Los principios y reglas sobre la carga de la prueba cumplen una indiscutible función epistémica en la medida que reclama que todo aquel que haya alegado un hecho debe demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió de manera real. Dichas reglas sirven claramente a la determinación de los enunciados fácticos y como premisas que favorecen la determinación de la verdad. Al respecto, TARUFFO apunta:

951 “El problema del honor de la prueba no se puede presentar en el derecho procesal penal” y que “solo tiene sentido hablar de carga de la prueba si se quiere significar carga de afirmación”. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2.ª ed., ob. cit., pp. 202 y 203. Para FLORIÁN, “en el proceso penal no puede tener cabida la repartición formal de la carga de la prueba, pues no hay una carga de la prueba, como sí existe en el civil, en el sentido de obligación de las partes, ni el órgano de acusación ni el reo tiene el deber jurídico de presentar y allegar respectivamente la prueba de la acusación y la de la defensa”. FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, 4.ª reimp. de la 3.ª ed., Bogotá: Temis, 2002, p. 144. Finalmente, véase BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 128.

952 GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 247.

953 FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 610.

954 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 236.

Se debe presionar a la parte que ha alegado un hecho para que suministre su prueba, amenazándola —por así decirlo— con la derrota en el caso que el hecho no resulte probado. Tan solo en esta situación la regla prevé que se adopte, en todo caso, una decisión, a falta de una determinación verdadera sobre los hechos⁹⁵⁵.

203

Creemos que el principio de objetividad no es incompatible con el deber constitucional y convencional de la titularidad de la carga de la prueba que, en el sistema penal peruano, recae en el Ministerio Público.

En efecto, el hecho de que la fiscalía deba acreditar cada una de sus afirmaciones y la hipótesis imputativa que sostiene —como criterio elemental de racionalidad— no impide que los miembros del Ministerio Público puedan y deban actuar con objetividad en el marco de una investigación y del proceso penal, recogiendo tanto la evidencia perjudicial como beneficiosa al imputado o a cualquiera de las partes involucradas.

La fiscalía no puede actuar de manera unilateral, sesgada o con prejuicio, tomando solo las pruebas que confirman o corroboran la tesis de imputación que ha formulado. Al perseguir únicamente su tesis acusatoria, si bien cumple con la titularidad de la carga de la prueba, no respeta el contenido esencial ni el sentido del principio de objetividad que le obliga a actuar recogiendo evidencia de cargo y de descargo.

El *fiscal* —como cualquier investigador o científico que trabaja con material empírico— no puede tener una idea preconcebida de los hechos que indaga, ni puede a toda costa tratar de corroborarlos con desprecio a la verdad y a la evidencia material y objetiva que desmiente la hipótesis que inicialmente formuló.

El primer *deber constitucional y legal* inderogable de los representantes del Ministerio Público es actuar con objetividad en la indagación de los hechos, en la recopilación de la evidencia y en el análisis de los resultados de la investigación. Solo en el marco del principio de objetividad se debe entender la vigencia y efectividad de la regla de la carga de la prueba para acreditar la hipótesis de imputación que se plantea.

955 TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 256.

Un fiscal puede cumplir con el deber de la carga de la prueba y, al mismo tiempo, violar el contenido del principio de objetividad de los actos y diligencias del Ministerio Público, cuando no se preocupa por recoger el material probatorio de descargo o que cuestiona y/o refuta la imputación fiscal. Por ello, entre un eventual conflicto —que a nuestro criterio no es tal— entre el principio de objetividad y el deber de la carga de la prueba, el fiscal siempre ha de preferir cumplir con el principio de objetividad, el cual no solo preside y dirige los actos de investigación del Ministerio Público, sino que es fundamental en cualquier investigación racional que se realice en la sociedad.

7. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD Y EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

En el sistema anglosajón, concretamente en el modelo del proceso penal norteamericano, no existe el deber del Ministerio Público de conducirse con objetividad⁹⁵⁶. En dicho modelo procesal, el fiscal no está obligado a actuar y recoger prueba en favor del imputado, sino que su mandato es buscar e incorporar las pruebas de cargo cumpliendo el papel de una verdadera parte⁹⁵⁷. Se afirma que “cuando el fiscal estadounidense, en el curso de la investigación preparatoria para el juicio, encuentra prueba que permite eliminar o atenuar la responsabilidad del imputado, no tiene la obligación de producir esta prueba en el juicio”⁹⁵⁸. Los tribunales americanos sostienen que no puede existir una persecución “objetiva” por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir.

204

Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana reconoce la vigencia del principio de lealtad o transparencia procesal, por el cual el Ministerio Público está obligado a informar al imputado o a su defensa acerca de la existencia de pruebas que lo podrían favorecer y que ha tomado conocimiento de ma-

956 Vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 348; GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., pp. 247 y 248; y BOVINO, Alberto, “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 216.

957 Cfr. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., pp. 247 y 248; BOVINO, “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, art. cit., p. 216; y GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, 2.^a ed., Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015, p. 21 y ss.

958 BOVINO, “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, art. cit., p. 216.

nera oportuna. Se trata del conocido caso de la *disclosure of evidence*, que es un instituto que tiene profundo arraigo en el sistema de la *common law*⁹⁵⁹.

La jurisprudencia americana consagra la regla de que la violación al principio de lealtad procesal genera graves e irreparables consecuencias en el proceso penal, concretamente en el juicio oral, ya que puede llegar a provocar la nulidad de todo el juicio⁹⁶⁰. La jurisprudencia ha establecido que el fiscal debe notificar al defensor sobre la existencia de las pruebas favorables si es que quiere evitar el riesgo de anulación de una eventual condena⁹⁶¹.

205 En la etapa de preparación de juicio se impone la obligación a las partes de mostrar y exhibir todas las pruebas que luego se discutirán en audiencia⁹⁶².

El art. 67.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prescribe:

Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la

959 Cfr. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 248; y BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 205.

960 Cfr. BOVINO, “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, art. cit., 1998, p. 216; y GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 249.

961 “En su lugar, se limita a enviar una señal clara a los fiscales: si en su actividad persecutoria ocultan prueba que puede servir a la defensa, la condena, si es obtenida, será revocada, porque el fiscal impidió que la otra parte presentara el caso del modo más conveniente para el interés de su cliente. La posible revocación de la decisión condenatoria y, como consecuencia, la necesidad de realizar un nuevo juicio, operan como mecanismos preventivos para que el fiscal no oculte prueba que puede beneficiar al imputado. Pero lo que la decisión expresa, también, es que no puede imponerse al fiscal una tarea imposible, esto es, no puede esperarse que quien representa al interés persecutorio actúe objetivamente, de modo neutral, tratando de conciliar ese interés con el del acusado que resiste la imputación”. BOVINO, “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, art. cit., pp. 216 y 217.

962 NANDER, Alberto, “Disclosure e integridad procesal en el caso Lubanga. El respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional”, en AMBOS, Kai; Ezequiel MALARINO y Christian STEINER, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga. Colección Konrad Adenauer*, Colombia: Unión Gráfica, 2014, p. 66.

credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá.

Se debe enfatizar que investigar con objetividad, recogiendo la evidencia de cargo y de descargo, posee un complemento necesario, esto es, el hecho de develar y entregar a la defensa los materiales probatorios, en especial, los que le son favorables⁹⁶³. Se puede investigar con objetividad, pero ello no siempre supone que se entregue a la defensa los materiales probatorios que se recaudan en el proceso. 206

Una comprensión amplia y abierta del principio de objetividad en los actos del Ministerio Público debe llevar a comprender, dentro de su contenido esencial, la obligación de develar y entregar al imputado todos los elementos (de cargo o de descargo) que puedan encontrarse y que puedan servir para preparar y organizar la defensa.

El TEDH ha señalado que el derecho a un juicio, basado en el principio acusatorio, significa que tanto la acusación como la defensa deben contar con la oportunidad de tener conocimiento de la evidencia y hacer comentarios sobre las observaciones presentadas y las pruebas ofrecidas por la otra parte⁹⁶⁴. 207

963 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 189.

964 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Van Wesenbeeck vs. Bélgica*, Estrasburgo: 23 de mayo del 2017, párr. 67; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ter-Sargsyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 27 de octubre del 2016, párr. 60; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de marzo del 2012, párr. 77; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Brandstetter vs. Austria*, Estrasburgo: 28 de agosto de 1991, párr. 67; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Belziuk vs. Polonia*, Estrasburgo: 25 de marzo de 1998, párr. 37; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *G.B. vs. Francia*, Estrasburgo: 2 de octubre del 2001, párr. 58; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruiz-Mateos vs. España*, Estrasburgo: 23 de junio de 1993, párr. 63; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *McMichael vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 24 de febrero de 1995, párr. 80; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mckeown vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 11 de enero del 2011, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jasper vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 51; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Werz vs. Suiza*, Estrasburgo: 17 de diciembre del 2009, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Donohoe vs. Irlanda*, Estrasburgo: 12 de diciembre del 2013, párr. 74; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kress vs. Francia*, Estrasburgo: 7 de junio del 2001, párr. 74; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kerojärvi vs. Finlandia*, Estrasburgo: 19 de julio de 1995, párr. 42; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Haes y*

El derecho a un juicio justo también requiere, en un caso penal, que las autoridades judiciales y fiscales revelen a la defensa todas las pruebas materiales que tienen en su poder, ya sea a favor o en contra del acusado⁹⁶⁵. En algunos casos se considera que el término evidencia material no puede interpretarse de manera estricta en el sentido de que no puede limitarse a la evidencia considerada relevante por la fiscalía. Más bien, cubre todo el material en poder de las autoridades con relevancia potencial, incluso si no se considera en absoluto o no se la considera relevante para el caso⁹⁶⁶. El hecho de no revelar a la defensa la evidencia material, que contiene detalles que podrían permitir al acusado exonerarse de los cargos o reducir su sentencia,

Gijssels vs. Bélgica, Estrasburgo: 24 de febrero de 1997, párr. 53; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cevat Soysal vs. Turquía*, Estrasburgo: 23 de septiembre del 2014, párr. 64; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Öcalan vs. Turquía*, Estrasburgo: 5 de diciembre del 2005, párr. 146; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Huseyn y otros vs. Azerbaiyán*, Estrasburgo: 26 de julio del 2011, párr. 175; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 574; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Klimentyev vs. Rusia*, Estrasburgo: 16 de noviembre del 2006, párr. 109; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Sevastyanov vs. Rusia*, Estrasburgo: 22 de abril del 2010, párr. 70; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 39; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 41; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Milan vs. Italia*, Estrasburgo: 2 de diciembre del 2004; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Oyston vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 22 de enero del 2002.

965 También véase las siguientes sentencias del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: caso *Rook vs. Alemania*, Estrasburgo: 25 de julio del 2019, párr. 58; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Paci vs. Bélgica*, Estrasburgo: 27 de abril del 2018, párr. 84; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Van Wesenbeeck vs. Bélgica*, Estrasburgo: 23 de mayo del 2017, párr. 67; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 151; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Edwards vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de diciembre de 1992, párr. 36; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rowe y Davis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 60.

966 Asimismo, véase TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rook vs. Alemania*, Estrasburgo: 25 de julio del 2019, párr. 58; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Edwards vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de diciembre de 1992, párr. 36; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rowe y Davis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 60; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bendenoun vs. Francia*, Estrasburgo: 24 de febrero de 1994, párr. 52.

constituiría una denegación de los medios necesarios para la preparación de la defensa⁹⁶⁷.

El TEDH reconoce, en algunos otros casos, que el acceso a las pruebas del imputado, que surge en virtud del art. 6 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tiene que ver con las pruebas que son relevantes para el esclarecimiento de los hechos, específicamente, si tienen una influencia importante sobre los cargos en su contra⁹⁶⁸. También se debe tener en cuenta que la evidencia relevante en este contexto no es solo evidencia directamente relevante a los hechos del caso, sino también la evidencia que podría relacionarse con la admisibilidad, confiabilidad e integridad de otras pruebas⁹⁶⁹.

El TEDH reconoce que en los sistemas donde las autoridades judiciales están obligadas por la ley a tener en cuenta los hechos a favor y en contra del sospechoso, un procedimiento por el cual las propias autoridades fiscales intentan evaluar lo que puede o no ser relevante para el caso, sin ningún tipo de garantías de procedimiento adicionales para los derechos de la defensa, no se cumplen con los requisitos del art. 6.1⁹⁷⁰. Se censura la posición de una Corte Suprema que estimó —frente a la solicitud del imputado de ac-

967 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rook vs. Alemania*, Estrasburgo: 25 de julio del 2019, párr. 58; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párrs. 43 y 46; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párrs. 157 y 170; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 43.

968 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Paci vs. Bélgica*, Estrasburgo: 27 de abril del 2018, párr. 84; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 161; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirilashvili vs. Rusia*, Estrasburgo: 11 de diciembre del 2008, párr. 199; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Korellis vs. Chipre*, Estrasburgo: 7 de enero del 2003, párrs. 33-35; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rowe y Davis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 66.

969 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 161; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirilashvili vs. Rusia*, Estrasburgo: 11 de diciembre del 2008, párr. 200.

970 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 158; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párrs. 47-49.

ceso a las grabaciones— que dicho pedido no tenía importancia si el fiscal del Estado, al hacer su selección del material de vigilancia secreta para ser presentado a la Corte, excluyó ciertas pruebas a favor del acusado, ya que el fiscal había estado en condiciones de hacer una selección de las pruebas que se utilizarán en el procedimiento⁹⁷¹.

Las diversas legislaciones adoptan una serie de medidas a fin de asegurar que se cumpla con la entrega de la información relevante para el caso. Cualquiera que sea el método elegido, debe asegurarse de que la otra parte conozca que se han presentado pruebas u observaciones y se debe contar con una verdadera oportunidad de hacer comentarios al respecto⁹⁷².

Sin embargo, el Convenio no impide que los Estados miembros exijan a las personas que den razones válidas para solicitar que se revelen tales pruebas⁹⁷³ y los tribunales nacionales tienen el derecho a examinar la validez de estas razones⁹⁷⁴. El TEDH también ha sostenido que el derecho a dicha divulgación de evidencia material no es un derecho absoluto⁹⁷⁵.

971 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 181.

972 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 151; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Belziuk vs. Polonia*, Estrasburgo: 25 de marzo de 1998, párr. 37; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Lobo Machado vs. Portugal*, Estrasburgo: 20 de febrero de 1996, párr. 31; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Öcalan vs. Turquía*, Estrasburgo: 5 de diciembre del 2005, párr. 146; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Huseyn y otros vs. Azerbaiyán*, Estrasburgo: 26 de julio del 2011, párr. 175; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Brandstetter vs. Austria* del 28 de agosto de 1991, párr. 67.

973 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rook vs. Alemania*, Estrasburgo: 25 de julio del 2019, párr. 59; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 157; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párrs. 43-50; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bendenoun vs. Francia*, Estrasburgo: 24 de febrero de 1994, párr. 52; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *CGP vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 15 de enero de 1997.

974 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 43.

975 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rook vs. Alemania*, Estrasburgo: 25 de julio del 2019, párr. 59; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 152; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*,

El derecho a un juicio justo y las exigencias del derecho de defensa reclaman que las autoridades judiciales deben revelar y poner a disposición de la defensa todas las pruebas materiales que obran en su poder, a favor o en contra del acusado⁹⁷⁶. Los órganos de justicia deben adoptar medidas para que la evidencia y los documentos se encuentren a disposición de las partes⁹⁷⁷. No solo la fiscalía con la disposición y manejo de evidencia debe estar en condiciones de controlar su uso, construyendo su caso, la estrategia de investigación y la posterior acusación. También la defensa tiene derecho a contar con la información y evidencia que está en manos de la fiscalía a fin de poder cuestionarla, criticar su legalidad o constitucionalidad, su fiabilidad o diseñar la mejor estrategia defensiva.

El no revelar la evidencia material a la defensa impide que esta pueda desplegar argumentos fácticos o probatorios tendientes a la exoneración de la imputación o, por lo menos, reducir los términos de una posible condena, afectando con ello el derecho a contar con los medios necesarios para preparar

Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 40.

- 976 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de marzo del 2012, párr. 77; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Georgios Papageorgiou vs. Grecia*, Estrasburgo: 5 de septiembre del 2003, párr. 36; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 201; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Klimentyev vs. Rusia*, Estrasburgo: 16 de noviembre del 2006, párr. 109; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rowe y Davis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 60; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fitt vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2002, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mckeown vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 11 de enero del 2011, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *P.G. y J.H. vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 25 de septiembre del 2001, párr. 67; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jasper vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 51; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dowsett vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 24 de junio del 2003, párr. 41; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Edwards vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de diciembre de 1992, párr. 36; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Brandstetter vs. Austria*, Estrasburgo: 28 de agosto de 1991, párrs. 66 y 67; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 39; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 41; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Milan vs. Italia*, Estrasburgo: 2 de diciembre del 2004.

- 977 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kerojärvi vs. Finlandia*, Estrasburgo: 19 de julio de 1995, párr. 42; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ter-Sargsyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 27 de octubre del 2016, párr. 60.

y organizar la defensa⁹⁷⁸. La apertura y disposición de la evidencia a las partes no es un acto de fina cortesía, o de generosa conducta de la fiscalía. Se trata, en buena cuenta, de llenar de sentido material al derecho de defensa y, en particular, al derecho de contar con los medios necesarios para organizar la defensa. Por ejemplo, se afecta el derecho de defensa cuando se niega una copia de la grabación en la que se intercepta una conversación telefónica o simplemente no se permite el acceso a las grabaciones originales, situación que le impide cuestionar la fiabilidad de la prueba⁹⁷⁹.

De igual modo, el TEDH ha resaltado que los tribunales nacionales, al no comunicar las declaraciones —y al no constar su contenido (v. gr.: testimonios de los coimputados, de los testigos propios)— al imputado o a su defensa, que participan en el caso materialmente, le impiden proponer comentarios o alegaciones en relación con su posición jurídica. En suma, no se le proporciona información suficiente que le permita participar adecuadamente en el procedimiento. Aquí está en juego la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento de la justicia, que se basa, entre otras cosas, en el conocimiento de que se contaba con la oportunidad de expresar los puntos de vista, sobre todo, de los documentos invocados, luego, en la sentencia posterior⁹⁸⁰.

Si se toma en cuenta el propósito de las normas convencionales, que es proteger los derechos que son prácticos y eficaces, y el lugar destacado que ocupa el derecho a una buena administración de justicia en una sociedad democrática, el TEDH considera que cualquier interpretación restrictiva del

978 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de marzo del 2012, párr. 81; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Beraru vs. Rumania*, Estrasburgo: 18 de marzo del 2014, párr. 81.

979 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cevat Soysal vs. Turquía*, Estrasburgo: 23 de septiembre del 2014, párr. 67.

980 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vanjak vs. Croacia*, Estrasburgo: 14 de enero del 2010, párrs. 54 y 55; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Nideröst-Huber vs. Suiza*, Estrasburgo: 18 de febrero 1997, párr. 24; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *H.A.L. vs. Finlandia*, Estrasburgo: 27 de enero del 2004, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kerojärvi vs. Finlandia*, Estrasburgo: 19 de julio de 1995, párr. 42.

art. 6 no se corresponde con el objetivo y la finalidad de dicha disposición⁹⁸¹. El respeto por el derecho a un juicio justo, garantizado por el art. 6.1 de la CEDH, requiere que la persona tenga la oportunidad de comentar las declaraciones hechas a la policía por los testigos, en la que se basaron luego las sentencias⁹⁸².

La solicitud de revelación e información de la evidencia se puede ejercer en cualquier estado de la investigación y el procedimiento. Se puede exigir a nivel de la investigación preliminar, antes de declarar como también durante el juicio. Incluso, es posible formular esta exigencia a nivel del Tribunal de apelaciones en la medida que tenga la competencia para examinar el material fáctico del caso⁹⁸³.

Se afecta las garantías de un juicio justo (v. gr.: el derecho a contar con los medios necesarios para preparar la defensa, el derecho a confrontar los testigos) cuando la fiscalía *oculta* a la defensa información valiosa sobre un testigo que le hubiera permitido cuestionar de manera eficaz su grado de credibilidad en los interrogatorios cruzados, peor aún cuando se trata de un testigo clave sobre el cual la acusación basa su caso. Por ejemplo, esto ocurre cuando se le oculta a la defensa la información de que el testigo clave de la acusación era una vieja informante de la policía que había recibido una considerable recompensa monetaria, la protección de la policía y la inmunidad judicial a cambio de testificar en contra de los imputados. El TEDH consideró que como resultado del ocultamiento de información a la defensa, se le había privado de una oportunidad de socavar gravemente la credibilidad de la testigo clave, por lo que se afectó la garantía de un juicio justo⁹⁸⁴.

981 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Delcourt vs. Bélgica*, Estrasburgo: 17 de enero de 1970, párr. 25; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Nideröst-Huber vs. Suiza*, Estrasburgo: 18 de febrero 1997, párrs. 27 y 29; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vanjak vs. Croacia*, Estrasburgo: 14 de enero del 2010, párrs. 54-56; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ryakib Biryukov vs. Rusia*, Estrasburgo: 17 de enero del 2008, párr. 37.

982 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vanjak vs. Croacia*, Estrasburgo: 14 de enero del 2010, párr. 56.

983 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 45; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 48.

984 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rowe y Davis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párrs. 62-67.

11

Se reconoce como parte de las garantías de un juicio justo el hecho de que la defensa debe ser capaz de demostrar que el testigo tiene prejuicio que es hostil o poco fiable, lo que se impide, por ejemplo, cuando se desconoce la identidad de la persona que declara como testigo. Se sostiene que las pruebas de cargo contra el acusado podrían ser “intencionadamente falsas o simplemente erróneas”, y que es importante que la defensa posea información que le permita, a través de repreguntas, poner a prueba la fiabilidad del declarante o plantear dudas sobre su credibilidad⁹⁸⁵. En pocas palabras, se sienta la regla que, dada la evidencia presentada en contra de la credibilidad de un testigo y, en general, la fiabilidad de una prueba, resulta esencial que dicha credibilidad deba estar abierta a la crítica y el cuestionamiento a través del interrogatorio⁹⁸⁶.

Se viola el derecho de defensa cuando la parte imputada solicita que se le proporcionen dos cintas de vídeo a fin de analizarlas y hacer los comentarios, pero nunca se tramita o atiende su pedido y luego dichas pruebas forman parte del acervo probatorio con la que se dicta sentencia condenatoria⁹⁸⁷. Se considera que se afecta el derecho a un juicio justo cuando los tribunales nacionales no solo basan su decisión en unas grabaciones de autenticidad impugnada, sino que no responden a las alegaciones del solicitante de que no se le habían presentado las transcripciones y, por lo tanto, no tenía conocimiento de su contenido⁹⁸⁸.

Según las leyes nacionales pertinentes, las transcripciones pueden no ser evidencia en el proceso, sino solo un instrumento de asistencia técnica auxiliar para las partes y que la única evidencia en el procedimiento sobre la cual se pueden establecer los hechos relevantes para una condena son las

985 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kostovski vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 20 de noviembre de 1989, párr. 42.

986 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pichugin vs. Rusia*, Estrasburgo: 23 de octubre del 2012, párr. 209; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tseber vs. República Checa*, Estrasburgo: 22 de febrero del 2013, párr. 59; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Delta vs. Francia*, Estrasburgo: 19 de diciembre de 1990, párr. 37.

987 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ter-Sargsyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 27 de octubre del 2016, párr. 60.

988 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Beraru vs. Rumania*, Estrasburgo: 18 de marzo del 2014, párr. 81.

grabaciones de vigilancia secreta. Sin embargo, no hay nada que sugiera que la producción de la transcripción de las grabaciones por un experto independiente e imparcial y la reproducción de las grabaciones en el juicio no podían haber sido un contrapeso a la imposibilidad de que la defensa obtenga las copias de las grabaciones⁹⁸⁹.

El TEDH, en el análisis de un caso, señaló que el video utilizado en el proceso fue preparado por un investigador y no por una parte independiente bajo supervisión judicial, y que no se le entregó a la defensa una copia de la cinta para que pueda realizar el examen correspondiente⁹⁹⁰.

Con todo, se sostiene que no puede decirse que es un requisito del art. 6 de la Convención que el acusado deba tener acceso a las copias de las grabaciones secretas de vigilancia, ya que, en principio, es una cuestión que queda a la discreción de las autoridades nacionales, lo que se debe evaluar es si se le dio al acusado una oportunidad adecuada para preparar la defensa, como lo requiere el art. 6 de la Convención. En consecuencia, normalmente surgirá un problema en virtud del art. 6 cuando el acusado no puede obtener efectivamente las transcripciones o una copia de las grabaciones de las llamadas telefónicas utilizadas como evidencia en los procedimientos⁹⁹¹.

El imputado tiene derecho a acceder a todos los archivos, registros o al expediente que contiene uno o más actos de investigación, sean simples o complejos. Si el imputado pretende acceder a toda la información probatoria de un hecho incriminatorio, no se le debe brindar una información fraccionada, parcial o limitada a la voluntad de los agentes fiscales o policiales. Por ejemplo, el imputado tiene derecho a conocer todos los detalles de un acto de videovigilancia ordenado en su contra, a fin de determinar la validez de la orden, el tiempo de vigencia de la misma, los participantes y demás alcan- ces⁹⁹². De igual forma, el imputado y su defensa tienen derecho a acceder a los

989 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 166; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirea vs. Rumania*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 47.

990 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párr. 51.

991 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 165.

992 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de

pormenores y detalles de una orden de intervención de las comunicaciones y/o escuchas telefónicas a fin de examinar la constitucionalidad o legalidad de la medida, los detalles temporales, el marco de actuación policial o fiscal o de conocer los detalles técnicos de la misma (v. gr.: el imputado tiene derecho a acceder a la totalidad de las grabaciones telefónicas, a los pormenores técnicos, al íntegro de cada conversación)⁹⁹³.

Se reconoce como una violación al derecho de defensa el hecho de que no se haya proporcionado los archivos y la transcripción de una conversación telefónica y que, como consecuencia, el imputado no tenga conocimiento del contenido, por lo que no pudo impugnar su autenticidad o siquiera presentar observaciones sobre el mismo⁹⁹⁴. En la misma línea, en el allanamiento de una casa deshabitada en el que se encuentran armas ilegales, se debe exhibir y proporcionar a la defensa el video en el que se registra dicho acto. La justificación es mayor si en dicho allanamiento no interviene el imputado, su abogado o algún miembro de su familia. En este caso la excusa para la no entrega del video fue que se perdió en la reorganización de la Corte de Apelaciones⁹⁹⁵.

La regla que rige en este ámbito, a fin de cautelar la igualdad de armas y el contradictorio, es que no se debe impedir el acceso, estudio y verificación de la evidencia que deberá ser puesta a disposición del imputado y su defensa técnica a fin de que pueda realizar las objeciones, refutaciones o comentarios que crea convenientes. Si todo imputado tiene derecho a acceder al expediente y, en especial, a la prueba que allí se encuentre recogida, se afecta el derecho de defensa cuando se prohíbe, limita y restringe arbitrariamente al imputado para que personalmente analice las pruebas presentadas por la fiscalía antes de las audiencias o cuando, poco antes del juicio, recién se permite la consulta

marzo del 2012, párr. 82.

993 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 37; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 46.

994 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Beraru vs. Rumania*, Estrasburgo: 18 de marzo del 2014, párr. 79 y 80.

995 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Efendiyeu vs. Azerbaiyán*, Estrasburgo: 18 de diciembre del 2014, párr. 43.

y revisión de los documentos del expediente. La afectación es mayor cuando se trata de un acervo voluminoso⁹⁹⁶.

Sin embargo, el derecho a la revelación de las pruebas pertinentes no es un derecho absoluto, ya que en todo proceso penal puede haber intereses contrapuestos, como la seguridad nacional o la necesidad de proteger a los testigos en riesgo de represalias o de mantener en reserva los métodos de la policía en la investigación de los delitos, que deben sopesarse con los derechos de los acusados⁹⁹⁷. En algunos casos, puede ser necesario abstenerse de proporcionar ciertas pruebas a la defensa con el fin de preservar los derechos fundamentales de otra persona (v. gr.: víctimas, testigos, etc.), o para salvaguardar un interés público importante⁹⁹⁸. Los principios de un juicio justo

213

996 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Öcalan vs. Turquía*, Estrasburgo: 5 de diciembre del 2005, párrs. 140 y 141.

997 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Rook vs. Alemania*, Estrasburgo: 25 de julio del 2019, párr. 59; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Paci vs. Bélgica*, Estrasburgo: 27 de abril del 2018, párr. 85; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 152; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirea vs. Rumanía*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 46; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 152; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Doorson vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 26 de marzo de 1996, párr. 70; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *P.G. y J.H. vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 25 de septiembre del 2001, párr. 68; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jasper vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kennedy vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 18 de mayo del 2010, párr. 187; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Edwards y Lewis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 27 de octubre del 2004, párr. 46; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Botmeh y Alami vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 7 de junio del 2007, párr. 37; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dowsett vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 24 de junio del 2003, párr. 42; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de marzo del 2012, párr. 78; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cevat Soysal vs. Turquía*, Estrasburgo: 23 de septiembre del 2014, párr. 65; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 40; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 42; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Milan, Estrasburgo: vs. Italia*, Estrasburgo: 2 de diciembre del 2004.

998 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Paci vs. Bélgica*, Estrasburgo: 27 de abril del 2018, párr. 85; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr.

exigen que los intereses de la defensa se equilibren con los intereses de los testigos o víctimas llamados a declarar, en particular, en aquellos casos en los que la vida, la libertad o la seguridad de las personas están en juego⁹⁹⁹. Los intereses de los testigos y las víctimas son, en principio, protegidos por diversas disposiciones de la Convención, que implican que los Estados deben organizar sus procedimientos penales de un modo tal que esos intereses no se encuentren en peligro injustificadamente. En este contexto, los principios de un juicio justo exigen también que en los distintos casos se equilibren los intereses de la defensa con las de los testigos o víctimas llamados a declarar¹⁰⁰⁰.

152; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Van Wesenbeeck vs. Bélgica*, Estrasburgo: 23 de mayo del 2017, párr. 68; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Colac vs. Rumania*, Estrasburgo: 10 de febrero del 2015, párr. 40; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Riahi vs. Bélgica*, Estrasburgo: 14 de junio del 2016, párr. 27; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Horncastle y otros vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de diciembre del 2014, párr. 131; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Khawaja Y Tahery vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 15 de diciembre del 2011, párr. 118; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ellis, Simms y Martin vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 10 de abril del 2012, párr. 71; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Donohoe vs. Irlanda*, Estrasburgo: 12 de diciembre del 2013, párr. 74; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pesukic vs. Suiza*, Estrasburgo: 12 de junio del 2012, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tseber vs. República Checa*, Estrasburgo: 22 de febrero del 2013, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Štefancič vs. Eslovenia*, Estrasburgo: 25 de octubre del 2012, párr. 36; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pichugin vs. Rusia*, Estrasburgo: 23 de octubre del 2012, párr. 194; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de marzo del 2012, párr. 78; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Zdravko Petrov vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 23 de junio del 2011, párr. 37; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 40; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 42; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chmura vs. Polonia*, Estrasburgo: 3 de abril 2012, párr. 46.

999 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Schatschaschwili vs. Alemania*, Estrasburgo: 15 de diciembre del 2015, párr. 101; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Polufakin y Chernyshev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de septiembre del 2009, párr. 191; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pichugin vs. Rusia*, Estrasburgo: 23 de octubre del 2012, párr. 194; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Marcello Viola vs. Italia*, Estrasburgo: 5 de octubre del 2006, párr. 51; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cevat Soygal vs. Turquía*, Estrasburgo: 23 de septiembre del 2014, párr. 65.

1000 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Van Mechelen y otros vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 23 de abril de 1997, párr. 53; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Marcello Viola vs. Italia*, Estrasburgo: 5 de octubre del 2006, párr. 51; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Oyston vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 22 de enero del 2002.

Se destaca que solo las medidas que restringen los derechos de defensa que son estrictamente necesarias están permitidas, en virtud del art. 6.1; además, tienden a garantizar que el acusado reciba un juicio justo¹⁰⁰¹, de tal manera que cualquier dificultad causada a la defensa por una limitación de sus derechos debe estar suficientemente contrarrestado por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales¹⁰⁰².

En muchos casos donde la evidencia nunca ha sido revelada, no es posible que el TEDH intente sopesar el interés relevante involucrado en contra del acusado. Por lo tanto, debe analizar el procedimiento de toma de decisiones para garantizar que, en la medida de lo posible, cumpla con los requisitos para proporcionar un procedimiento de confrontación e igualdad de armas e incorpore garantías adecuadas para proteger los intereses del acusado¹⁰⁰³.

El Tribunal debe examinar en particular si la no divulgación fue contrarrestada por garantías procesales adecuadas. Por ejemplo, en el caso *Jasper vs. Reino Unido*, el TEDH observó que la defensa había sido informada y se le había permitido realizar presentaciones y participar en el proceso de toma de decisiones en la medida de lo posible y que había sido el juez de primera instancia quien había decidido la cuestión de la divulgación de

1001 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yakuba vs. Ucrania*, Estrasburgo: 12 de febrero del 2019, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 152; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Van Wesenbeeck vs. Bélgica*, Estrasburgo: 23 de mayo del 2017, párr. 68; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirea vs. Rumania*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 46; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 15 de diciembre del 2011, párr. 145; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rowe y Davis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 61; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jasper vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fitt vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2002, párr. 45; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Edwards y Lewis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 27 de octubre del 2004, párr. 46.

1002 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rook vs. Alemania*, Estrasburgo: 25 de julio del 2019, párr. 59; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 152; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirea vs. Rumania*, Estrasburgo: 6 de octubre del 2015, párr. 46; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rowe y Davis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 61.

1003 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 153.

pruebas, a pesar de que la defensa no había tenido acceso a ellas¹⁰⁰⁴. El Tribunal observó que el juez había tenido conocimiento tanto del contenido de las pruebas retenidas como de la naturaleza del caso, por lo tanto había sido capaz de sopesar el interés de la divulgación contra el interés público en la ocultación¹⁰⁰⁵.

214 Si el imputado o su defensa buscan conocer la evidencia que está incorporada en la investigación o el proceso, y así lo hacen constar, tienen derecho a que se atienda de manera específica su solicitud; los tribunales tienen la obligación de examinar la validez de dichas razones a fin de cautelar el derecho de defensa y la igualdad de armas¹⁰⁰⁶. Dicha solicitud no puede caer en el vacío ni puede obviarse de manera arbitraria. Si se deniega dicha facultad, el imputado tiene derecho a conocer las razones de la desestimación y a poder formular la impugnación o las quejas que crea pertinentes.

Si bien se reconoce que el derecho a un juicio justo incluye el derecho de las partes a presentar las observaciones que estimen pertinentes a su caso, en la medida que se afirma que los derechos convencionales no son derechos teóricos o ilusorios, sino derechos que son prácticos y efectivos, se plantea que este derecho solo puede ser visto como eficaz cuando las observaciones son, en realidad, “escuchadas” y se tienen debidamente en cuenta por el tribunal de primera instancia¹⁰⁰⁷. Un juicio justo solo se lleva a cabo cuando el Tribunal realiza el registro, el control y brinda respuesta a los argumentos

1004 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jasper vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 53.

1005 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jasper vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de febrero del 2000, párr. 53; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović vs. Croacia*, Estrasburgo: 4 de abril del 2017, párr. 154; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Edwards y Lewis vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 27 de octubre del 2004, párr. 46.

1006 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de marzo del 2012, párr. 81; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 47; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bendenoun vs. Francia*, Estrasburgo: 24 de febrero de 1994, párr. 52.

1007 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gheorghe vs. Rumania*, Estrasburgo: 15 de marzo del 2007, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pérez vs. Francia*, Estrasburgo: 2 de febrero del 2004, párr. 80; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Van De Hurk vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 19 de abril de 1994, párr. 59.

y las pruebas presentadas por las partes, sin perjuicio de la evaluación de si son relevantes y pertinentes en la solución del caso¹⁰⁰⁸.

No se respeta este derecho cuando la Fiscalía o los órganos jurisdiccionales no brindan razones claras de por qué se le niega al imputado el acceso a la información de un archivo de video vigilancia, o si se brinda razones genéricas para la entrega completa de un archivo. La afectación es mayor si solo se permite a la fiscalía el acceso íntegro al archivo probatorio correspondiente, pero la defensa no fue informada de la naturaleza de los materiales. Aquí, el procedimiento seguido por las autoridades judiciales no puede contrarrestar adecuadamente las dificultades causadas a la defensa por el acceso restringido a los materiales de vigilancia. La defensa debe ser informada de manera pertinente de la posición del órgano jurisdiccional de por qué se considera estrictamente necesario el restringir sus derechos¹⁰⁰⁹.

Uno de los aspectos fundamentales del derecho a conocer y tener acceso a la evidencia es que la prueba debe conservarse de manera adecuada, debe respetarse la cadena de custodia (*intangibilidad de la evidencia*) y debe permitirse que la defensa participe en las decisiones que se adopte sobre la misma (v. gr.: destrucción, remisión, etc.). Aquí cobra un especial sentido el hecho de que los órganos de investigación (Ministerio Público o Policía) no pueden disponer a su antojo y de manera arbitraria de las fuentes y medios de prueba a espaldas de la defensa. En este ámbito, rige el principio de que la prueba debe conservarse y no se debe destruir en alguna etapa del procedimiento sin que se le proporcione a la defensa la oportunidad de participar en la toma de decisiones¹⁰¹⁰.

215

Pese a la exigencia de que el policía y el fiscal están obligados por ley a tener en cuenta tanto los hechos a favor como los hechos en contra del

1008 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pérez vs. Francia*, Estrasburgo: 2 de febrero del 2004, párr. 80; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Van De Hurk vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 19 de abril de 1994, párr. 59; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kraska vs. Suiza*, Estrasburgo: 19 de abril de 1993, párr. 30

1009 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, Estrasburgo: 6 de marzo del 2012, párrs. 87 y 88.

1010 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 48; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 50.

sospechoso, no es correcto dejar en manos de los órganos de investigación la evaluación de qué evidencia se considera o no relevante al caso, qué se debe conservar y qué se debe desechar. Por ejemplo, en un caso concreto, el TEDH consideró que la destrucción de cierto material obtenido a través de la vigilancia telefónica hizo imposible que la defensa pueda verificar su hipótesis en cuanto a la pertinencia y relevancia, a fin de probar su corrección¹⁰¹¹. Se señala que no está claro en qué medida el fiscal estuvo, de hecho, involucrado en la decisión de destruir las grabaciones que no se incluyeron en el expediente del caso, lo que impidió que la defensa comprobara el contenido de dichas conversaciones. Asimismo, este Tribunal recuerda que, en este caso, la decisión respecto a la evidencia no revelada fue, presumiblemente, tomada en el curso de la investigación previa al juicio sin brindar a la defensa la oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones¹⁰¹².

El TEDH ha señalado que si bien la defensa cuenta con una posibilidad de formular observaciones sobre los argumentos de la acusación, este difícilmente puede ser considerado como un sustituto adecuado del derecho a examinar, objetar y responder directamente a los documentos presentados por la Fiscalía¹⁰¹³.

La afectación al derecho de acceso a la prueba o a la evidencia puede registrar una fuente formal (v. gr.: se deniega formalmente el acceso al expediente); o puede tener también una procedencia material (v. gr.: no se facilita el acceso al expediente, pese a que no existe ninguna justificación o resolución judicial que así lo declare)¹⁰¹⁴.

Debe distinguirse de manera nítida y tajante que una cosa es el derecho a poder acceder, revisar y analizar la evidencia y otra muy distinta es el derecho a ser informado de la acusación. Se trata de derechos distintos, ya que el derecho

1011 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 49; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 47.

1012 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 48.

1013 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Brandstetter vs. Austria*, Estrasburgo: 28 de agosto de 1991, párr. 68.

1014 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Öcalan vs. Turquía*, Estrasburgo: 5 de diciembre del 2005, párr. 145.

a acceder a la prueba y, en general, al expediente se ejerce independientemente de si existe una acusación en sentido estricto y, además, porque dicho acceso se produce con anterioridad a la formulación del acto postulatorio final del Ministerio Público¹⁰¹⁵.

8. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD Y EL ANÁLISIS “CRÍTICO” DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se recuerda que, desde el punto de vista epistemológico, la tarea de un investigador racional es tratar de descubrir una respuesta verdadera a una pregunta; y un problema que se le presenta, para lo que debe buscar todas las pruebas que puede recoger y que guardan relación con el objeto de la investigación y, al final de la investigación, es que debe llegar a evaluar la evidencia lo más imparcialmente posible¹⁰¹⁶.

La objetividad del Ministerio Público no solo se manifiesta a nivel de la tarea de recoger tanto la evidencia de cargo como la de descargo, al ordenar los actos de investigación que promuevan las partes que intervienen en el proceso en plena igualdad de armas, sino también se expresa en la necesidad de analizar de manera objetiva y crítica los resultados del procedimiento de investigación y las diligencias realizadas¹⁰¹⁷. Se trata de asumir una perspectiva de análisis crítico en relación con los materiales obtenidos en la instrucción con el fin de sostener una determinada decisión fiscal¹⁰¹⁸. De nada vale que se exija objetividad al momento de ordenar y/o admitir el recojo de los elementos de prueba y a la hora de la realización de las diligencias (v. gr.: se permita un interrogatorio pleno) si es que al evaluar la evidencia se incurre

1015 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Öcalan vs. Turquía*, Estrasburgo: 5 de diciembre del 2005, párr. 144.

1016 Cfr. HAACK, Susan, *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*, Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 138.

1017 Cfr. MAZZA, *Procedura penale*, ob. cit., p. 99.

1018 “La tarea que pesa sobre las espaldas del Ministerio Público Fiscal le demanda a este un notable esfuerzo, pues le exige, en gran medida, un elevado *espíritu autocrítico* frente a la propia persecutoria desarrollada. Por ello, se habla de la necesidad de que la investigación sea desarrollada *objetivamente*”. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 213. Véase, también, a BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 243; y a HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit., p. 311.

en un sesgo a favor de los elementos de cargo; y por ejemplo, la evidencia de descargo no se toma en cuenta o se lo hace de manera faccionada.

La función constitucional del Ministerio Público consiste en examinar seria, objetiva y críticamente los hechos que son objeto de investigación, como los elementos recogidos para decidir si existe un determinado grado de sospecha, según el estado del procedimiento penal, o si hay, en su defecto, ausencia de indicios incriminatorios o el hecho carece de relevancia penal¹⁰¹⁹.

El momento crítico en el que se pone a prueba la vigencia del principio de objetividad en la actividad del Ministerio Público es en la etapa decisoria, esto es, cuando el fiscal decide si se archiva o no las diligencias preliminares; si se formaliza la investigación preparatoria o si se opta por el sobreseimiento del caso; o si se pasa a formular acusación escrita¹⁰²⁰.

Por ello, se puede considerar que la vigencia del principio de objetividad del Ministerio Público se manifiesta en:

- (i) El recojo y procesamiento de la evidencia.
- (ii) La realización y ejecución de las diligencias de oficio o las solicitadas por los sujetos procesales.
- (iii) El momento de evaluar racionalmente las diligencias y los actos de investigación que se han incorporado.

La fiscalía no puede ocultar elementos relevantes que se han recogido e incorporado a la investigación o al proceso penal y que son útiles a la solución del caso; tampoco es lícito ignorar pruebas o evidencia contraria a la hipótesis con la que trabaja el Ministerio Público¹⁰²¹.

Por el principio de objetividad en el análisis y evaluación de la evidencia, el Ministerio Público, como director de la investigación, no puede

1019 Cfr. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 48; y GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 233.

1020 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 141.

1021 “La investigación estratégica del fiscal, ya no debe ser nunca más selectiva, su papel de defensor de la sociedad implica una tarea de inclusión en su trabajo, de recabando las pruebas de la inocencia del imputado”. NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 441.

hacer lo que quiere y menos puede solo tomar en cuenta los elementos que le conviene para sustentar una hipótesis incriminatoria, omitiendo o ignorando la evidencia de descargo.

La investigación fiscal, como cualquier otra clase de investigación, **217** presidida por el principio de objetividad, debe reconocer los casos en los que la hipótesis planteada no es compatible con la evidencia recogida o que no tiene la calidad suficiente para llegar a una conclusión; incluso, es posible que en el camino surjan hipótesis distintas a las que inicialmente se tenía¹⁰²².

Dicho principio debe conducir al fiscal a asumir, incluso, conclusiones o decisiones impopulares o dar la razón a quien ha demostrado, con una mejor evidencia, cómo ocurrieron realmente los hechos; asimismo, llegado el momento y agotada todas las acciones necesarias para recoger los actos de investigación debe estar dispuesto a asumir un eventual fracaso en la investigación emprendida, respecto a que una persona es culpable de un hecho.

El principio en análisis posee una relación directa con la averiguación de la verdad y el deber de esclarecimiento, dado que el Ministerio Público tiene la obligación de corroborar no solo la imputación, sino la hipótesis alternativa de la persona investigada respetando el derecho de defensa. En buena cuenta, las tres funciones básicas del fiscal, que son la titularidad de la acción penal, el deber de la carga de la prueba y la conducción o dirección de la investigación, deben ser ejercidas con objetividad¹⁰²³.

9. LOS CUESTIONAMIENTOS AL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD

En la doctrina se plantea diversas críticas y objeciones a la posibilidad **218** de exigir un deber jurídico de objetividad a los representantes del Ministerio Público, entre los que se cuenta¹⁰²⁴:

1022 Desde el punto de vista epistemológico, HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, traducido por Edison Otero Bello, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008, p. 213.

1023 Véase SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. Juez CHÁVEZ MELLA), *Recurso de Casación N.º 103-2017*, Lima: 15 de agosto del 2017.

1024 Véase GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 231. Al respecto, BOVINO señala: “Una de las herencias más importantes y persistentes que la Inquisición histórica impuso al procedimiento penal de la tradición continental europea fue, sin duda, la ficción de que el acusador puede perseguir penalmente de manera imparcial y objetiva. Esta

- Desde la perspectiva epistemológica, se sostiene que la posibilidad de que pueda haber un conocimiento objetivo, tanto de los hechos (material empírico) como de cualquier otro objeto, se encuentra abiertamente rechazada, por lo que exigir a un fiscal la posibilidad de acceder a un conocimiento objetivo carece de fundamento. Todas las personas, cuando pretenden adquirir conocimientos, se encuentran condicionadas por sus prejuicios, el lenguaje, sus experiencias previas, la percepción como por la carga o el marco teórico del que se parte.
- Desde el punto de vista de la experiencia profesional, es muy difícil que el fiscal que recibe la información de la comisión de un delito y formula una hipótesis al respecto se desprenda y deje de lado su apreciación inicial de los hechos. Pragmáticamente hablando es muy difícil que quien formula una hipótesis luego la abandone por el solo hecho de ser “objetivo”.
- También en contra de la consagración de la objetividad en el trabajo fiscal, se tiene que el contexto en el que desarrolla su labor condiciona su perspectiva, actos y decisiones, sobre todo, en el caso de su proximidad e influencia de las víctimas y sus familiares, que muchas veces impulsan un reclamo ciego de justicia, el personal de policía que ayuda a su labor o los colegas con quienes comparten su trabajo. Los fiscales muchas veces desarrollan una

ficción, típicamente inquisitiva, aún arrastra sus consecuencias en el procedimiento penal actual. Esta ficción es propia de los ordenamientos procesales de América Latina —escritos u orales—, y funda la atribución promiscua de tareas persecutorias y decisorias a los tribunales penales. La misma ficción persiste cuando la investigación preparatoria se coloca en manos del Ministerio Público, en un modelo de mayor contenido acusatorio y, sin embargo, se define la función de ejercer la acción penal como el deber objetivo de aplicación de la ley penal. Así, la función persecutoria en materia penal es definida como una tarea neutral, objetiva e imparcial, orientada a obtener la recta aplicación del derecho penal y de la ley, a proteger los intereses de todos los miembros de la comunidad y, al mismo tiempo, a hacer respetar los legítimos derechos de la persona sometida a persecución penal. Esta creencia ingenua en la posibilidad de que una de las partes —la acusadora— pueda intervenir en el procedimiento, actuar objetiva e imparcialmente, y proteger simultáneamente intereses en conflicto es, ante todo, una idea errónea. Por lo demás, la representación de intereses en conflicto resulta contraria a los principios generales de todo el ordenamiento jurídico, pues se supone que toda regla de representación parte del presupuesto de que nadie debe representar al mismo tiempo intereses contrapuestos”. BOVINO, Alberto, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, art. cit., p. 37.

- “visión túnel” o un determinado enfoque marcado por el sesgo y un modo de ver los hechos y la evidencia que se recoge. Se reconoce el carácter interesado de la actividad realizada por el órgano estatal que se ocupa de la persecución penal que obliga a sus miembros a representar agresivamente el interés estatal en aplicación del derecho penal¹⁰²⁵.
- Desde la perspectiva dialéctica, los representantes del Ministerio Público en ocasiones llevan a extremos su rol de antagonista del imputado y de la defensa, como de las demás partes pasivas de la relación jurídico procesal penal. Más que guiarse por criterios objetivos, se ven movidos por su papel que los lleva a ocupar uno de los extremos de la dialéctica procesal. Uno de los principales problemas es que la ficción inquisitiva del principio de objetividad arrastra como consecuencia el perjudicar la situación del imputado y diluir el carácter contencioso del caso¹⁰²⁶. En suma, el principio de objetividad se trata de una noción ficción que se cuestiona severamente¹⁰²⁷.

1025 Para BOVINO, “la definición de la actividad persecutoria como expresión de la actividad procesal de una parte interesada impide que su intervención sea considerada en términos objetivos e imparciales. Esta visión interesada de la actividad persecutoria torna manifiesta la necesidad de realizar un control judicial efectivo y, además, expone el carácter contencioso —conflictivo— de todo caso penal”. BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., pp. 201 y 202.

1026 Cfr. BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., pp. 198 y 199. Asimismo, este autor considera que “uno de los instrumentos que paradójicamente, sirve a la ficción de persecución objetiva, y que favorece las posibilidades de triunfo de la hipótesis acusatoria, consiste en la atribución de facultades defensivas al representante del Ministerio Público”; luego señala: “La noción-ficción de persecución penal pública neutral, expresión clara del autoritarismo inquisitivo, constituye uno de los elementos que estructuran una racionalidad del procedimiento penal que resiste, limita y restringe la actividad expresiva de los derechos e intereses del imputado”. *Ibid.*, p. 200.

1027 “Las ficciones siempre son peligrosas cuando se trata del ejercicio o de la contención del poder punitivo y, por ello, siempre será preferible la sinceridad, que permite admitir que la acusación, por principio, investiga para acusar y, por ende, es necesario que alguien investigue para defender”. ZAFFARONI, Raúl, “Las ideas básicas en la relación defensa pública. Estado de derecho”, en *Revista Pena y Estado*, n.º 5, Buenos Aires, 2002, p. 19. Para BOVINO, “la percepción de los actos del acusador como actos supuestamente neutrales disminuye las posibilidades de que el tribunal cumpla con sus funciones de controlar estrictamente su legalidad y, también, de proteger los derechos fundamentales del imputado. Cuanto mayor objetividad se atribuya a la tarea persecutoria, menor será la importancia que se otorgará al deber de controlar la legalidad de los actos del acusa-

219 A las observaciones y críticas anteriores es posible contestar con diversos argumentos.

Si bien se reconoce, desde la perspectiva epistemológica, que un investigador puede estar condicionado “por sus prejuicios, el lenguaje, sus experiencias previas, la percepción como por la carga o el marco teórico del que se parte”, esto no impide a tomar plena conciencia de ello, estar prevenido y esforzarse por controlar dichas variables a fin de que pueda conducir su labor profesional con la mayor objetividad posible. El principio de objetividad aparece como una guía y pauta metodológica obligatoria que delimita y conduce la actividad de los fiscales, como de todo investigador en cualquier área de la actividad humana. Al fiscal se le exige lo que racionalmente se le pide y se le puede reclamar a cualquier investigador de la ciencia o de los fenómenos empíricos. No se trata de algo que existe, sino más bien marca un “deber ser”, una pauta o una expectativa de comportamiento jurídicamente asegurada y reconocida por el ordenamiento jurídico.

El hecho de que el fiscal, por su actividad profesional y el diseño constitucional del sistema procesal penal, deba formular imputaciones (hipótesis de la comisión de un delito) no quiere decir que no pueda (o no deba) descartar una hipótesis inicial cuando la evidencia y los hechos debidamente contrastados se opongan a dicha hipótesis. El fiscal no debe seguir como una camisa de fuerza y un callejón sin salida a la hipótesis derivada de la noticia criminal, sino que debe tomar en cuenta la evidencia que, por ejemplo, descarta de manera razonable la responsabilidad, ya que de otra manera se tendría que sostener que ninguna investigación abierta se puede archivar y se tendría que asumir una posición ingenua de que toda denuncia que se formula es cierta y que siempre se va encontrar evidencia

dor. La objetividad atribuida al interés persecutorio también afecta el significado central del derecho de defensa. El derecho de defensa requiere que exista la posibilidad de oponerse a la actividad procesal persecutoria, de contradecir al acusador, pero no se dirige a convencer al acusador, sino a convencer al tribunal imparcial que decidirá el caso. Si se transforma el derecho de defensa en la mera posibilidad de convencer a quien debe resolver el caso y, además, ejerce facultades a favor del interés persecutorio, expresivas de un compromiso anticipado con la hipótesis acusatoria, se degrada el contenido de este derecho fundamental y, además, se restringen sus posibilidades efectivas de realización”. BOVINO, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, art. cit., p. 197. Asimismo, véase, *Idem.*, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, art. cit., p. 40; y LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 189.

que sustente la hipótesis inicial. La investigación del delito, en especial las diligencias preliminares, tienen como uno de sus objetivos el evitar procesos y juicios innecesarios que sobrecarguen la capacidad del sistema de justicia.

El dato objetivo de que el fiscal trabaje muy cerca y próximo a las víctimas del delito, al personal policial, a los auxiliares de justicia y a otros fiscales no quiere decir que su labor deba estar marcada por el prejuicio y la influencia, sino que obliga y hace necesario que se pueda sobreponer a cualquier contexto hostil y condicionante para hacer triunfar la justicia y la verdad, que son hijas del deber de objetividad que preside cada una de sus actuaciones. El contexto profesional y la cercanía con las víctimas es la fragua y el crisol en el que se forma el principio de objetividad. Así, como se le exige al fiscal no caer en alguna empatía con la persona sospechosa también se le reclama el despercudirse de la influencia de la víctima.

Por otro lado, si bien, de manera ordinaria, en la dialéctica procesal el fiscal puede verse como un oponente del imputado o de las partes pasivas del proceso penal, la vigencia del principio de objetividad lo lleva a ser un defensor de la legalidad y los derechos fundamentales de la persona, derechos que debe respetar y dotar de pleno contenido. Los representantes del Ministerio Público deben sujetarse a la Constitución y a la ley (art. 146.1 de la Const. y art. 1 de la LOMP) y no se debe mover por otros intereses, enfrentamientos o posiciones personales o subjetivas. La indagación indiferente de la verdad, como plantea FERRAJOLI, “excluye también la idea, frecuente en los fiscales, de que el proceso sea un campo de batalla en el que se gana o se pierde. El fiscal no es un abogado. Y el proceso no es un partido en el que, retomando las palabras de BECCARIA, el acusador pierde si no consigue hacer prevalecer su tesis”¹⁰²⁸.

La doctrina está de acuerdo en señalar que la regulación del principio de objetividad, para que sea útil y efectiva —y no se quede solo en el ámbito de la declaración y la retórica normativa—, debe contar con medidas y recursos legales en caso de que se verifique su violación o incumplimiento¹⁰²⁹. 220

1028 FERRAJOLI, “Nueve máximas de deontología judicial”, art. cit., p. 488.

1029 Cfr. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 238.

Uno de los principales retos de las legislaciones procesales que regulan el principio de objetividad en los actos del Ministerio Público es obtener una serie de consecuencias normativas (medidas y acciones) que permitan neutralizar su eventual infracción. El que se consagre legislativamente su alcance resulta altamente insatisfactorio si es que no se establecen los recursos legales necesarios que viabilicen su tutela y efectividad¹⁰³⁰. Es necesario regular y establecer las consecuencias en caso exista violación al principio de objetividad.

Por ejemplo, si se deniega de manera arbitraria, por parte del Ministerio Público, una diligencia solicitada por la defensa, pese a que se trata de un acto pertinente, útil y que acredita la hipótesis alternativa, se puede acudir a un control judicial por denegatoria de un acto de investigación (art. 337.5 del CPP). Asimismo, si la fiscalía ordena un acto de investigación o una diligencia que no se relaciona de modo alguno con el objeto de la investigación, la defensa puede acudir a una tutela de derechos (art. 71.4 del CPP).

Es lamentable que el CPP no regule remedios específicos ni acciones legales para los casos en que los requerimientos y disposiciones fiscales realizan un análisis unilateral y faccionado de los elementos de cargo y de descargo que se realizan en contra de una persona investigada.

10. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO DE DEFENSA

221

El principio de objetividad no debe ser visto como la solución y la panacea para toda investigación del delito que emprende el Ministerio Público. Se trata más bien de un necesario punto de partida que debe complementarse con otros principios de orden constitucional.

Uno de los principios que guarda relación es el principio de *presunción de inocencia*, el cual plantea que quienes tienen la responsabilidad de

1030 “Para que este deber de objetividad deje de ser una ficción de contenido meramente simbólico y sin consecuencias prácticas, se torna imprescindible, además, la regulación normativa de mecanismos efectivos de control que permitan verificar su cumplimiento y aplicar sanciones cuando no se respeten sus exigencias. De otro modo, el deber de objetividad seguirá, como hasta ahora, careciendo de aplicación práctica y de controles que garanticen su vigencia”. BOVINO, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, art. cit., p. 42.

establecer la verdad deben ocupar una posición de permanente neutralidad, lo que comprende tanto a quien conduce la investigación —a la hora de recoger la evidencia— (fiscal) como a quien se encarga de evaluar la calidad explicativa de la hipótesis (juez)¹⁰³¹. La neutralidad metodológica debe presidir la función del Ministerio Público a la hora de indagar la verdad de los hechos y de desentrañar la hipótesis de trabajo de la que parte. Quien realiza una investigación —cualquiera que sea su índole— no puede mostrar preferencia anticipada por alguna de las hipótesis de trabajo que entran en conflicto, pues no solo incurre en un sesgo, en un prejuicio manifiesto, sino que se configura un serio peligro para la buena marcha de la investigación, el recojo de los datos, el procesamiento de la información y la evaluación de los resultados.

Cualquier investigación que se emprenda en un ámbito de la vida social, o en un sector profesional, debe evitar contaminarse de ideas preconcebidas, de prejuicios o de ciertos sentimientos que condicionan su avance y desarrollo. Un investigador debe actuar siempre con objetividad, con imparcialidad y prudencia en el procesamiento de la evidencia y en la evaluación de los hechos. Justamente, una de las principales manifestaciones del principio de presunción de inocencia es que en la investigación del delito y en el proceso penal no se puede partir de la idea de que una persona ha cometido el hecho punible, es culpable o la hipótesis de imputación es cierta. Por el contrario, se exige partir —como obligación constitucional, moral y epistémica— considerando que la persona es inocente hasta que no exista una sentencia condenatoria en su contra. Dicha inocencia es transversal y homogénea a todas las etapas del proceso penal, sin excepción alguna.

Se recuerda que la presunción de inocencia posee una dimensión epistémica que pese a no encontrarse regulada de manera específica resulta una manifestación inequívoca de dicho principio constitucional¹⁰³².

En el sistema penal, y en concreto en la investigación del delito, se parte de un punto firme y de una obligación jurídica —de carácter constitucional y convencional— de que la persona es inocente y que no ha cometido el hecho que se investiga. Asimismo, corresponde a las autoridades penales

1031 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 11.

1032 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las dos dimensiones del enjuiciamiento”, art. cit., p. 229.

de persecución demostrar su culpabilidad a través de una evidencia sólida, consistente y que vaya más allá de una duda razonable si es que se dicta una sentencia condenatoria¹⁰³³.

222

Otro de los mejores complementos del principio de objetividad es el respeto al *derecho de defensa* del que goza la persona investigada¹⁰³⁴. A través del ejercicio de este derecho fundamental se controla y fiscaliza, formal y materialmente, la actividad de investigación del Ministerio Público y la formación de la evidencia. El ejercicio del derecho de contradicción de los elementos de prueba de cargo pone, en su dimensión real, su valor y peso investigativo, testeándolos y realizando un adecuado control de refutación.

En la doctrina se considera que el principio de objetividad es una garantía del imputado¹⁰³⁵; sin embargo, en realidad, se trata de una garantía transversal que garantiza un tratamiento justo y equitativo a todas las partes del proceso, distintas al Ministerio Público.

El derecho de defensa también permite preservar de modo adecuado la legalidad de los actos y las decisiones del Ministerio Público, y cumplir de manera efectiva con el principio de objetividad. La defensa despliega su eficacia cuando, por ejemplo, evita que se extienda el sesgo de confirmación, denominado también efecto inercia o perseverancia¹⁰³⁶, de las diligencias y

1033 “La vigencia del principio de presunción de inocencia supone básicamente que el juez ha de tomar la acusación como simple hipótesis, que solo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento de todos y cada uno de los elementos de la imputación en el curso de la dialéctica probatoria”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, art. cit., p. 186.

1034 Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, ob. cit., p. 324.

1035 Véase GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 241.

1036 “El juez no valora más de modo estrictamente neutral el resultado de la prueba del juicio oral, sino de forma asimétrica, desfigurada en dirección a la hipótesis de la acusación. Este mecanismo, que ha sido denominado muy acertadamente la propia confirmación de la hipótesis, se da inconscientemente, por eso no puede ser evitado por el deber de objetividad. En consecuencia, las desfiguraciones estructurales de las actas testimoniales, que han sido extendidas sin la participación contradictoria, se producen hasta la sentencia. Ellas son incluso más graves en caso de conformidades o acuerdos procesales; lo que trataré a continuación), porque el juez aquí se basa forzosamente por completo en las actuaciones del expediente y no posee ninguna posibilidad de corregirlas”. SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 38.

la evidencia que recoge el Ministerio Público para acreditar su hipótesis de trabajo.

Sin el necesario respeto del derecho de defensa difícilmente es practicable por los representantes del Ministerio Público el principio de objetividad. Mientras el derecho de defensa constituye un control externo a los actos del Ministerio Público; el principio de objetividad representa el control interno a dichos actos.

Al respecto, SCHÜNEMANN señala:

Hay que tener en cuenta que el efecto de contradecir que posee la defensa en una declaración no tiene solo esta función negativa, sino también una función positiva: incorporar en la situación de declaración los puntos de vista que han sido inadvertidos por el funcionario que toma la declaración a raíz de estar influido por determinadas hipótesis de investigación, o respecto de los cuales se ha llamado poco la atención¹⁰³⁷.

11. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD Y LA *CONFIRMATION BIAS*

El fiscal, como cualquier investigador de los hechos, debe estar prevenido a fin de no dejarse llevar en la adopción de su criterio por la primera impresión que le causan determinadas pruebas que confirman su hipótesis inicial o la reconstrucción de los hechos a la que quiere llegar¹⁰³⁸. Se trata en

1037 SCHÜNEMANN considera que, “de este modo, se realiza aquella condición fundamental de la averiguación de la verdad material, que en la teoría procesal norteamericana es denominada ‘principio adversario’ (‘adversary principle’) y está garantizada en el art. 6, ap. 3 d de la Convención europea de Derechos Humanos como derecho de confrontación. Casi se puede caracterizar como una consecuencia lógico-material de las condiciones fundamentales de la averiguación material de la verdad, el hecho de que todos aquellos elementos de la instrucción que tienen, (tendrán) carácter determinante para el resultado final del proceso, deben ser obtenidos a través de la oposición o contradicción, es decir, con participación de la defensa”. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 66.

1038 “En definitiva, sin perjuicio de ir alcanzado conclusiones intermedias, lo que no es admisible es que el juez se quede con las primeras impresiones que reciba de un medio de prueba, porque pueden ser completamente erróneas, sufriendo a partir de entonces los peores riesgos del anclaje y ajuste. Es decir, deben reducirse a unidad las ideas, pero no a costa de quedarse con la primera conclusión que le surja despreciando todo el resto de elementos a partir de entonces, que podrían haberle hecho cambiar de conclusión”. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 199.

buena cuenta de evitar la consagración de la llamada *confirmation bias*, esto es, la “tendencia a la verificación” o el “síndrome de la primera impresión”¹⁰³⁹, que no es otra cosa que la inclinación humana a tomar en cuenta solo los elementos, pruebas, datos o indicios que confirman determinadas creencias o una hipótesis inicial. Hay aquí una confirmación sesgada en la medida que se recuerda, pondera y valora la información en forma selectiva o se la interpreta de forma unilateral.

Dicho problema es mayor en aquellos casos en los que están en juego variables emocionales y las creencias profundamente arraigadas. Lo particular en estos casos —con resultados comprobados por la psicología cognitiva¹⁰⁴⁰— es que las personas tienden a preferir aquellas fuentes que ratifican sus ideas preexistentes, sus corazonadas e intuiciones como también tienden a interpretar una prueba dudosa o ambigua en sentido favorable a lo que inicialmente pensaban. Hay aquí una primacía de las creencias, una prevalencia de los criterios irracionales sobre puntos de vista objetivos y neutrales. La extensión de estos mecanismos psicológicos no solo se limita a la fase de la evaluación de la evidencia, sino también a la fase heurística de averiguación e investigación de los hechos en donde lo que se busca es recolectar prueba de un determinado contenido o signo.

En tal sentido, en el plano jurídico procesal —en el contexto de la averiguación de la verdad— la *confirmation bias* puede presentar dos matices. Por un lado, la *búsqueda sesgada de información o evidencia*, que demuestra la tendencia de las personas a buscar información o prueba que confirme la hipótesis o la idea inicial que manejaban, esto significa que, en vez de buscar todas las pruebas disponibles y recolectar de manera objetiva la información positiva o negativa, las personas se inclinan por una determinada conclusión

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Lima: Jurista, 2012, p. 172.

1039 Por todos, TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., p. 271.

1040 Véase ampliamente a ALONSO GALLO, Jaime, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”, en *InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Barcelona: 2011, p. 10; MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, en *InDret*, n.º 2, Barcelona: 2011, p. 5; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 153.

o signo de la evidencia. Por otro lado, la *interpretación sesgada* de la información por el cual una persona puede llegar a inferir conclusiones erradas de una prueba determinada con el fin de confirmar su creencia o hipótesis inicial. Es posible que se llegue a ignorar deliberadamente aspectos y evidencia que refutan de manera seria, rigurosa y contundente la hipótesis inicial o las creencias de las que se parte¹⁰⁴¹.

Para que una investigación fiscal o un proceso penal sea compatible con la presunción de inocencia, se debe excluir cualquier *opinión preconcebida*. Tanto el juez y el fiscal como cualquier otra autoridad estatal deben reconstruir los hechos con objetividad y neutralidad, sin buscar ni inclinarse por constatar a toda costa la culpabilidad del imputado. En buena cuenta, excluir opiniones preconcebidas supone adoptar un método bien definido, *el método de la neutralidad del investigador*: el procedimiento de investigación y de juicio debe estar presidido por la premisa epistemológica y jurídica de que el ciudadano es inocente y en la que la *notitia criminis* representa solo una hipótesis a comprobar; así de la hipótesis inicial no se puede obtener, antes de la sentencia, alguna conclusión de culpabilidad.

12. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia ha destacado:

224

[Q]ue el Ministerio Público no es el abogado de la víctima, sino de la sociedad, por ello sus actividades son ejercidas en estricto cumplimiento al principio de objetividad, por tanto, su indagación está orientada a descubrir la verdad de los hechos; de ahí que la información probatoria que recoja no tenga que ver únicamente con la responsabilidad del imputado, sino también en su caso con la inocencia o no culpabilidad del mismo¹⁰⁴².

La máxima de la instancia de la justicia ordinaria en el Perú señala que en el CCP peruano:

1041 MIRANDA ESTRAMPES, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, ob. cit., p. 172.

1042 Vid., SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (ponente: Sr. Juez Pariona Pastrana), *Recurso de Casación N.º 318-2011*, Lima: 22 de noviembre del 2012.

[S]e introduce de manera taxativa el principio de objetividad en la actuación fiscal, “indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado”, lo que exige al fiscal ser objetivo en la investigación del delito, en la calificación del mismo, así como en la búsqueda de elementos de prueba de cargo como de descargo¹⁰⁴³.

Por su parte, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria ha señalado:

Este deber de objetividad del fiscal impone a este la obligación jurídica de proceder tanto en contra como a favor del imputado, extendiendo así su investigación a las circunstancias tanto de cargo como descargo. Es en este sentido, en el que se afianza una función objetiva e imparcial por parte del Ministerio Público, pues de no encontrar pruebas o indicios suficientes debe archivar la investigación, pues al guiarse por el principio de objetividad, debe velar exclusivamente por la correcta aplicación de la ley penal¹⁰⁴⁴.

En ese sentido, “el deber de actuar a la luz del principio de objetividad también implica que el fiscal a la hora de presentar algún requerimiento al órgano jurisdiccional competente, este deberá ser debidamente motivado”¹⁰⁴⁵. “En términos generales, esto significa que el fiscal no debe limitarse a acumular (y evaluar) los elementos de convicción de cargo (aquellos que pretenden vincular al imputado con la comisión del evento delictivo), sino también los de descargo (los que busquen demostrar la inocencia del imputado o la atenuación de su responsabilidad penal)”¹⁰⁴⁶. La objetividad con la que actúa el representante del Ministerio Público supone el despliegue investigador que desarrolla es tanto en contra como a favor del investigado, en caso de no encontrar medios suficientes

1043 Vid. SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (ponente: Sr. Juez VILLA STEIN), *Recurso de Casación N.º 375-2011 Lambayeque*, Lima: 18 de junio del 2013.

1044 JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, *Expediente N.º 00020-2018-2-5001-JS-PE-01*, Lima: 30 de enero del 2019, f. j. n.º 19.

1045 JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Tutela de Derechos N.º A.V. 15-2018*, Lima: 10 de diciembre del 2018, f. j. n.º 5.4.

1046 Vid. JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Expediente N.º 00020-2018-2-5001-JS-PE-01*, Lima: 30 de enero del 2019.

o indicios reveladores de una determinada conducta ilícita deberá archivar la causa¹⁰⁴⁷.

Dicho órgano judicial también señala:

El principio de objetividad es importante para la investigación, porque esta debe realizarse bajo cierto estándar del cumplimiento de obligaciones y valores; en ese sentido, la investigación debe realizarse de manera integral, correspondiendo averiguar tanto a cargo como a descargo, lo que se conlleva que el fiscal nunca deberá ocultar sus hallazgos para no afectar ni a la equidad ni a la justicia. En todo caso, la objetividad preserva al fiscal de asumir subjetividades al momento de solicitar, apreciar o valorar las actuaciones o elementos de convicción, en el ámbito, tanto de la investigación como del juicio oral. Y si se quiere hablar de imparcialidad en los fiscales, se circunscribirá a guardar distancia de ambas partes materiales del conflicto, buscando atenerse a la información que se pudiera reunir finalmente¹⁰⁴⁸.

También se destaca que “la imparcialidad es un atributo de la jurisdicción, pues lo mantiene como tercero entre las partes, por ello, el fiscal al ser parte del proceso penal no goza del principio de imparcialidad, a él le corresponde el principio de objetividad”¹⁰⁴⁹.

13. EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

13.1. El control constitucional de los actos del Ministerio Público

En una democracia todo poder y acto estatal se encuentra sujeto a control y debe respetar el conjunto de principios y valores descritos en la Constitución. El Ministerio Público ha de respetar los derechos de la persona como también debe cumplir con las prescripciones constitucionales

225

1047 Vid. JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Expediente N.º 00020-2018-2-5001-JS-PE-01*, Lima: 30 de enero del 2019.

1048 Vid. JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Expediente A. V. N.º 20-2018*, Lima: 12 de diciembre del 2018.

1049 Vid. JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Expediente A. V. N.º 20-2018*, Lima: 12 de diciembre del 2018.

y legales, sobre todo, los que se relacionan con la vigencia de los derechos fundamentales.

El Ministerio Público debe mantener una posición intermedia dentro del proceso penal tanto de la Policía Nacional como del Poder Judicial; por lo que debe tomar distancia de la averiguación policial y de la etapa de enjuiciamiento. Se recuerda que, desde el punto de vista histórico, la institución del Ministerio Público ha ingresado al proceso penal como una entidad estatal que es portadora de una función específica: el realizar y el controlar la legalidad¹⁰⁵⁰.

Los actos del Ministerio Público como las decisiones fiscales (disposiciones y requerimientos fiscales) deben ser controladas por el Poder Judicial y por la justicia constitucional. No se puede tolerar que los actos que realiza la Fiscalía se encuentren al margen de la Constitución y la ley. Así, como el Ministerio Público controla los actos de la Policía, los actos de la Fiscalía son controlados por el Poder Judicial¹⁰⁵¹. El juez de la investigación preparatoria es el juez que controla la legalidad y la constitucionalidad de los actos y decisiones del Ministerio Público, en especial, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales¹⁰⁵².

La Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto al control judicial de los actos del Ministerio Público:

1050 Cfr. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 40.

1051 DOIG DÍAZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal Peruano”, art. cit., p. 185.

1052 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 449. “El verdadero Estado policía, en el que la policía y nadie más domina, justamente no conoce control alguno del desarrollo de poder estatal. En cambio, este es imprescindible en un Estado de derecho también en forma de democracia; (que anteriormente era frecuentemente caracterizada como capaz de defenderse) no solo en forma del tradicional esquema de división de poderes, sino en el sentido de un poder opositor específico procesal justamente también frente a la justicia que degenera en un ‘poder temible’”. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 34. MIRANDA RODRIGUES y CALAZA LÓPEZ, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, art. cit., p. 214; ANDRÉS IBÁÑEZ, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, art. cit., p. 265; y BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 240.

Si bien el ejercicio de la acción penal es una competencia de titularidad exclusiva del Ministerio Público; “ello no impide que, ante un proceder arbitrario, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional pueda corregir tales actuaciones” [...]. La razón se sustenta, justamente, en que la titularidad de la acción penal no justificaría, en lo absoluto, un proceder arbitrario que afecte derechos fundamentales, lo que constituiría una causal de nulidad absoluta. Ningún acto del poder público pues, está fuera del control de constitucionalidad y convencionalidad; cuyo carácter imperativo y autoaplicativo de sus normas son transversales al ordenamiento jurídico y a toda la organización pública estatal.

Es posible pues, el control jurisdiccional de la actuación fiscal, siempre que su finalidad esté orientada a que la investigación o, en todo caso, el juzgamiento se lleve a cabo debidamente. Cabe la posibilidad de corregir su actuación y disponer que se realicen actos de investigación o se actúen determinados medios de prueba que resulten indispensables o manifestamente útiles para el esclarecimiento de la verdad, orientados a la tutela de derechos fundamentales de todas las partes procesales¹⁰⁵³.

226

Por otro lado, el TC ha recordado:

El art. 159 de la Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las que destacan la facultad de conducir o dirigir desde su inicio la investigación de delito, así como la de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. Si bien se trata de facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, sin embargo, no pueden ser ejercidas, de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, antes bien, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, tales facultades deben ser ejercidas en estricta observancia y pleno respeto de los mismos¹⁰⁵⁴.

1053 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. Juez Pacheco Huancas), *Recurso de Casación N.º 1590-2018*, Lima: 23 de julio del 2021.

1054 Véase las siguientes sentencias: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC. Caso Alexander Mosquera Izquierdo*, Lima: 11 de agosto del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC. Caso Samuel Gleiser*, Lima: 15 de febrero del 2007; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2725-*

En efecto, el fiscal desde el momento que tiene conocimiento de la comisión de un delito debe regir su actuación con base en las normas legales vigentes y los principios de rango constitucional que regulan su actividad.

Tal como lo sostuvo el Tribunal Constitucional¹⁰⁵⁵ el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación, sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

La actuación del Ministerio Público se desarrolla tanto dentro del proceso penal como fuera de él, en concreto, a nivel de la investigación preliminar. En ese sentido, el TC peruano ha precisado:

En cumplimiento de las atribuciones que le han sido conferidas constitucional y legalmente, la labor del fiscal se extiende a lo largo de todo el proceso penal, pero también desde la etapa que antecede al inicio del proceso judicial, como así lo proclama el art. 159, inciso 4 de la Norma Fundamental, pues conduce desde su inicio la investigación del delito¹⁰⁵⁶.

De tal manera que el control constitucional de los actos del MP puede producirse tanto por su actuación a nivel del proceso penal (v. gr.: acusación) o de la investigación preliminar (v. gr.: plazo razonable, prescripción, el derecho a ser informado de la imputación, etc.).

La jurisprudencia constitucional ordinaria ha precisado que ninguna autoridad puede estar al margen del control constitucional de sus actos, no

2008-PHC/TC. *Caso Roberto Boris Chauca Temoche y otros*, Lima: 22 de septiembre del 2008.

1055 Véase la TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06167-2005-PHC/TC*, Lima: 28 febrero del 2006, f. j. n.º 30; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2725-2008-PHC/TC. Caso Roberto Boris Chauca Temoche y otros*, Lima: 22 de septiembre del 2008.

1056 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02492-2007-PHC/TC. Caso Lupe Zevallos González*, Lima: 29 de agosto del 2007.

hay entes autárquicos, compartimentos estancos, que no estén bajo el control constitucional de sus acciones; la autonomía de los poderes del Estado y de los órganos constitucionales autónomos, no es sinónimo de autarquía, dicha autonomía está limitada por el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y del cuadro de principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado; de este control no se escapa el Ministerio Público, que como órgano constitucionalmente constituido, debe desarrollar sus actividades conforme a los mandatos imperativos contenidos en la Constitución Política del Estado¹⁰⁵⁷.

La jurisprudencia constitucional ha señalado:

Es consustancial a la labor que desempeñan los magistrados [fiscales y jueces] ejercer la función tuitiva, por el cual deben garantizar a los justiciables: i) la vigencia efectiva de las garantías mínimas del debido proceso y ii) el ejercicio efectivo de sus derechos sustantivos; que la trascendencia y primacía de los referidos derechos constitucionales subordinan al ritualismo procedimental, con la que se ha procedido ante el vencimiento del plazo de investigación policial, por lo que es del caso amparar la demanda¹⁰⁵⁸.

Una interpretación constitucional de la actividad del Ministerio Público lleva a sostener que la obligación de perseguir el delito se debe realizar dentro de los parámetros del respeto al debido proceso¹⁰⁵⁹, la legalidad

1057 “Ninguna autoridad puede estar al margen del control constitucional de sus actos, no hay entes autárquicos, compartimentos estancos, que no estén bajo el control constitucional de sus acciones; la autonomía de los poderes del Estado y de los órganos constitucionales autónomos, no es sinónimo de autarquía, dicha autonomía está limitada por el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y del cuadro de principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado; de este control no se escapa el Ministerio Público, que como órgano constitucionalmente constituido, debe desarrollar sus actividades conforme a los mandatos imperativos contenidos en la Constitución Política del Estado. Ejecutorias Supremas dictadas por la Corte Suprema de la República, Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, entre otros entes autónomos, son anuladas frecuentemente por los jueces constitucionales, cuando se prueba la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que las Sentencias de dichos jueces constitucionales en nada mellan la autonomía ni las atribuciones de sus representantes”. TERCERA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO, *Expediente N.º 522-2011*, Callao: 17 de mayo del 2011.

1058 TERCERA SALA PENAL DE REOS LIBRES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Expediente N.º 027-2007/HC*, Lima: 31 de mayo del 2007.

1059 La PRIMERA SALA DE REOS EN CÁRCEL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, en la sentencia

ordinaria, a partir de los valores y principios constitucionales y el respeto a los derechos fundamentales¹⁰⁶⁰, pues el sistema penal no solo permite la persecución y el castigo del delito a toda costa, sino que ofrece una serie de garantías y derechos a los sujetos que intervienen¹⁰⁶¹ (autores y víctimas). La actuación del Ministerio Público requiere el respeto de la legalidad constitucional y exige el cumplimiento de ciertas garantías mínimas.

La actividad del Ministerio Público no solo supone el cumplimiento de los fines del Estado, sino también garantiza los derechos del imputado, “porque dependiendo de las actividades desarrolladas en esta etapa puede

del Exp. N.º 315-2004-HC, ha precisado: “La actividad estatal en la búsqueda de la verdad debe armonizarse con el ejercicio de sus derechos al debido proceso y a la defensa, pues de lo contrario probablemente carecerán de eficacia material durante las etapas subsiguientes”. Esta postura también fue asumida por el 39.º Juzgado Penal de Lima, en el Exp. N.º 085-2007, de 12 de octubre del 2007.

- 1060 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC. Caso Samuel Gleiser Katz*, Lima: 15 de febrero del 2007. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el *Expediente N.º 6204-2006-PHC/TC*, señala: “La Constitución (art. 159) ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el art. 159 inciso 5 de la Constitución. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido, y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales. En realidad, esta es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto estos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares”.

- 1061 El Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 02492-2007-PHC/TC (caso Lupe Zevallos González), indica: “No obstante estas facultades constitucionales los actos del Ministerio Público no se legitiman desde la perspectiva constitucional, en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona humana, de conformidad con el art. 1 de la Constitución”. Esta postura fue ratificada en las sentencias siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: Exp. N.º 1762-2007-PHC/TC (Caso Alejandro Toledo Manrique); Exp. N.º 2037-2007-PHC/TC (Caso Agustín Mantilla Campos); y Exp. 5807-2005-HC/TC (Caso Jaime Atuncar Chumbiaca).

luego convertirse en sindicado y desde entonces su libertad personal, al igual que otros derechos, resultar seriamente afectados. Por lo mismo, la actividad estatal en la búsqueda de la verdad debe armonizarse con el ejercicio de sus derechos al debido proceso y a la defensa, pues de lo contrario probablemente carecerán de eficacia material durante las etapas subsiguientes”¹⁰⁶².

13.2. El juez como garante de los derechos fundamentales

En el proceso penal actual el juez aparece como el garante de la libertad y de los derechos fundamentales frente a los riesgos y los actos ilegales y arbitrarios de los poderes y autoridades del Estado¹⁰⁶³, entre los que se cuenta la Fiscalía.

El fundamento y la legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del Poder Judicial está en el reconocimiento de la función de protección de la Constitución, en especial, de los derechos fundamentales¹⁰⁶⁴. El juez no es un órgano de apoyo o de cobertura del Ministerio Público que acude en su ayuda cuando se cuestiona una diligencia, un acto o una decisión. El juez no tiene ningún compromiso con la Fiscalía (ni lo debe tener) ni puede buscar congraciarse con ella. Solo debe preocuparse por aplicar y vincularse a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y el principio de legalidad democrático.

Para cautelar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, se exige que en la investigación del delito y en el proceso penal el juez no debe participar de manera alguna, ni directa ni indirecta, en la elaboración de la hipótesis imputativa y de la recolección de las pruebas que la confirmen o la refuten¹⁰⁶⁵. Asimismo, el juez no se debe involucrar en la investigación y tampoco está en la obligación de presenciar las diligencias y los actos de investigación.

1062 Vid. PRIMERA SALA DE REOS EN CÁRCEL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, *Expediente N.º 315-2004-HC*.

1063 “A este juez se le llama ‘juez de las libertades’: un juez que en la fase preparatoria, controla el respeto por las libertades”. MIRANDA RODRIGUES, “La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués”, art. cit., p. 230; y, NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 440.

1064 Cfr. LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*, 12.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

1065 GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 213.

Por el contrario, debe marcar una distancia, dado su condición de órgano imparcial y suprapartes¹⁰⁶⁶.

La posibilidad de que haya un control real y efectivo por el juez de garantías exige que debe haber por quien controla un mismo nivel de información que el órgano que es controlado¹⁰⁶⁷. El juez no puede ser un funcionario notario o certificante de lo que el Ministerio Público solicita.

228 El juez no controla toda la investigación fiscal, sino concretos y determinados actos que pueden vulnerar la legalidad procesal y los derechos fundamentales de la persona¹⁰⁶⁸. El poder del juez de fiscalizar los actos del Ministerio Público no es un poder general para controlar todas las decisiones fiscales y las diligencias que se realizan, sino un control de ciertos actos y decisiones. De allí que se sostenga que la intervención del juez en el control de la investigación es contingente y excepcional¹⁰⁶⁹.

Los actos del Ministerio Público son actos de poder estatal que pueden y deben ser controlados por razones jurídicas basadas en la Constitución y la ley por el órgano tutelar del sistema de justicia: el Poder Judicial¹⁰⁷⁰. Como toda decisión estatal, las decisiones del Ministerio Público (de imputar, de acusar, de formular requerimientos de medidas limitativas y de medidas de coerción) corren el riesgo de ser errados, arbitrarios o ilegales de tal manera que no solo se impone la facultad, sino la obligación de controlar dichos actos estatales que amenazan de manera grave e inminente los derechos fundamentales de la persona.

229 De un juez de instrucción, propio del modelo inquisitivo, se pasa a contar con un juez *de la investigación*, que controla a quienes detentan el

1066 LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 120.

1067 “En efecto, un control que merezca esta denominación supone obviamente que quien controla posea el mismo nivel de información que el controlado. Con otras palabras, que el juez de instrucción tenga el mismo conocimiento de las actuaciones que el fiscal que hace la solicitud”. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 57.

1068 Cfr. SIRACUSANO, Delfino, *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano: Giuffrè, 2011, p. 12; y CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 449.

1069 Cfr. LOPES JR., *Direito processual penal*, ob. cit., p. 120.

1070 Cfr. GÖSSEL, “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, art. cit., p. 39; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 442.

poder investigativo. El juez de ser el protagonista de la instrucción se convierte en el vigilante y controlador de la legalidad de los actos de investigación, del respeto al debido procedimiento probatorio, y es quien autoriza las medidas que limitan los derechos fundamentales y quien decide sobre cualquier desviación de poder¹⁰⁷¹. El legislador debe adoptar diversas decisiones a fin de dotar de poder real al juez de garantías para controlar los actos del Ministerio Público; es iluso confiar en que el propio órgano (v. gr.: Ministerio Público) se realice el control a sí mismo¹⁰⁷².

El juez cumple un papel de protección y de garantía de los derechos fundamentales de la persona. Su misión es preservar la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. El juez ejerce una “jurisdicción sin acción”¹⁰⁷³, ya que no es necesario que el fiscal haya promovido antes la acción penal. Debe efectuar un control incisivo y suficiente de los actos de investigación que pueden ser inconstitucionales o ilegales, sobre todo, cuando pueden terminar afectando los derechos fundamentales de la persona.

El poder que se despliega durante la investigación por el Ministerio Público en cada uno de sus actos y decisiones debe ser controlado, primero, por las partes y luego por los mecanismos que el ordenamiento jurídico y el CPP establece¹⁰⁷⁴. A la fiscalía se le prohíbe de manera terminante, dada la grave afectación a los derechos fundamentales, el privar de la libertad a una persona, ya sea a través de la detención preliminar y la prisión provisional, el poder ordenar la intervención de las comunicaciones de las personas¹⁰⁷⁵.

1071 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 240.

1072 “El legislador debe aprender que en una sociedad que se considera libre no puede entregar a las autoridades de persecución penal la totalidad del instrumental jurídico de un Estado vigilante, sin ofrecer más cautela que un ‘controlarse a sí mismo’”. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 60.

1073 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 12.

1074 NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 442.

1075 ROXIN y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 478; FERRUA y LAVARINI, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 91; BACIGALUPO, *Debido proceso penal*, ob. cit., p. 50; LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal comentado*, ob. cit., p. 446; y NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 354. Para BINDER, “la protección de esos bienes no es absoluta, sino que exige que cuando ellos puedan ser afectados se tomen decisiones formales, destinadas a provocar sobre ellos la menor afectación posible. Desde el punto de vista procesal, eso significa que se deberán librar

Se alude al principio de interdicción de funciones jurisdiccionales por parte del Ministerio Público¹⁰⁷⁶.

En el derecho comparado se acepta el control jurisdiccional de las decisiones fiscales sobre las cuestiones prejudiciales, la nulidad de ciertas actuaciones, la denegatoria de actos de investigación o de diligencias como de los requerimientos fiscales que se relacionen con la vigencia o no de los derechos fundamentales¹⁰⁷⁷.

13.3. El principio de interdicción de la arbitrariedad

230 El principio de interdicción de la arbitrariedad es un axioma que deriva a su vez de los principios de supremacía constitucional y del Estado de derecho. En efecto, en un Estado de derecho no existen poderes públicos absolutos, cuyas competencias y facultades puedan ejercerse de cualquier manera¹⁰⁷⁸. En un Estado constitucional no hay un soberano¹⁰⁷⁹, ni poderes

órdenes expresas y formales (la Constitución exige que sean expedidas por autoridades judiciales) que permitan realizar esos actos de investigación". BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 238.

1076 NEYRA FLORES, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 356.

1077 CAFFERATA NORES, MONTERO, VÉLEZ, FERRER, NOVILLO CORVALÁN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI y AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 243.

1078 FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta, 2011, p. 36.

1079 Para ZAGREBELSKY, "con referencia a los Estados pluralistas actuales, antes que de la soberanía de la Constitución sería adecuado hablar de *Constitución sin soberano*" (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8.ª ed., traducción de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2008, p. 13); para VALADÉS, "si hubiera un órgano del Estado que no estuviera sujeto a control, se estaría ante el caso de un poder absolutista" (VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 3.ª ed., Ciudad de México: Porrúa, 2006, p. 24); y por su parte, KRIELE señala: "No hay dentro del Estado constitucional un soberano, es decir, no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser última ratio en casos particulares, que pueda violar y crear el derecho. Más aún: la existencia de un soberano en este sentido, por un lado, y del Estado Constitucional por el otro, son dos situaciones opuestas, mutuamente excluyentes. En otras palabras: la idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional". (KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 65, 67 y 150). En el mismo sentido, FERRAJOLI explica que "se desvanece, por consiguiente, la soberanía como *potestas legibus soluta*, claramente incompatible con el Estado constitucional de derecho, que no admite la existencia de poderes absolutos, es decir, no sujetos a las leyes". FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*,

monopólicos que, a modo de caudillos, órganos centrales (v. gr.: comité central) o líderes carismáticos, ejerzan el poder de manera ilimitada. La contrapartida y lo opuesto a un Estado constitucional es un Estado absolutista en el que una persona (v. gr.: monarca) ejerce en sus manos y despliega el poder total.

La teoría del Estado se recuerda que quien ejerce el poder absoluto en un Estado, a modo de soberano, puede¹⁰⁸⁰:

- (i) Disponer ilimitadamente el poder sobre el derecho, ya sea derogando el viejo derecho, creando uno nuevo sin ningún tipo de limitación constitucional o de otro orden. Su poder, su soberanía no viene otorgado por el derecho constitucional ni por alguna ley escrita, pues el soberano es fuente de todo poder.
- (ii) El soberano puede violar cuando quiera, a su sola voluntad, el derecho establecido. No necesita respetar el derecho, ya sea el derecho creado por él o el derecho que le precede. La obligación de respetar y cumplir la ley obliga a los ciudadanos, pero el soberano es una isla y un privilegiado en el entramado de los que deben cumplir con la Constitución y la ley¹⁰⁸¹.
- (iii) El soberano puede asumir materialmente la competencia y las funciones de otro poder público, directa o indirectamente. El órgano supremo del Estado es el soberano, de quien derivan las demás potestades y los demás poderes no son más que facultades delegadas. No es que no existan otros órganos y competencias, lo que ocurre es que todos los órganos se encuentran en un menor nivel de jerarquía y en la práctica subordinados a su voluntad.
- (iv) El poder del soberano es irrevocable, incondicional e ilimitado en la medida que no encuentra límite ni control dentro del Esta-

ob. cit., p. 36. Al respecto, véase LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 5.ª ed., Barcelona: Bosch, 1979, p. 635.

1080 Ampliamente, KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, ob. cit., pp. 65, 67, 68 y 150.

1081 “No necesita, por tanto, modificarlo, si no quiere respetarlo; puede perfectamente dejarlo vigente y, al mismo tiempo, sobreponerse a él. Todos los demás están obligados por el derecho creado por el soberano, pero él forma una excepción. Pero también puede dar instrucciones a los órganos aplicadores del derecho a inducirlos a tomar una decisión contraria al derecho”. Por todos, KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, ob. cit., p. 67.

do. Ningún ciudadano ni tampoco algún poder social se le puede oponer y menos resistir.

31

Es consustancial a un Estado social y democrático de derecho la exigencia de que todos los poderes públicos se sometan al imperio de la Constitución y de la ley¹⁰⁸² y que se excluyan de su actuación cualquier comportamiento caprichoso, autoritario, tiránico o basado en la simple voluntad de la autoridad¹⁰⁸³ (*sic pro ratione voluntas*); en suma, es incompatible en un Estado de derecho la actuación funcional que solo tenga su apoyo y referencia en el poder estatal carente de límites.

El Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial —en todos sus niveles, instancias y miembros— se encuentran sometidos al principio de interdicción de la arbitrariedad, y su actuación debe enmarcarse de manera estricta dentro de un ámbito preciso de competencias y atribuciones fijadas en la Constitución¹⁰⁸⁴. La noción misma de Estado de derecho alude a la idea del Estado que asegura la libertad de los ciudadanos, preservándoles del abuso

1082 Vid. RODOTÁ, Stefano, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, traducción de Andrea Greppi, Madrid: Trotta, 2010, p. 47; y FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, ob. cit., p. 36.

1083 Vid. ESPÍN, Eduardo, *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 72; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid: Iustel, 2004, p. 120; y VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima: Palestra, 2012, p. 52.

1084 “La distinción entre el Estado y otras comunidades jurídicamente ordenadas (como los municipios o las sociedades por acciones) depende precisamente de las competencias. El Estado es solo aquella comunidad que dispone, en última instancia, sobre el instrumento de regulación normativa, (es decir, posee la supremacía de competencias) [...]. En el Estado totalmente organizado existe una jerarquía, una construcción escalonada de las competencias: el legislador deriva su poder de regulación del constituyente; el reglamentador deriva el suyo del legislador. Así, las leyes se expiden con fundamento en la constitución por el órgano constitucionalmente determinado, dentro de los límites Constitucionales, en especial, de los marcados por los derechos fundamentales. Los reglamentos se expiden, con base en la ley, por el órgano legalmente determinado, en un procedimiento y con contenido indicados en la ley”. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, Ciudad de México: Porrúa, 5.ª ed., 2009, p. 49. Asimismo, KRIELE considera que “en el Estado constitucional solo hay competencias, limitadas por el derecho constitucional preexistente. El poder estatal está distribuido entre los órganos, y todo órgano solo tiene aquel poder jurídico que le ha sido asignado por el orden constitucional”. KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, ob. cit., p. 151. Al respecto, véase LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 638.

del poder y de la arbitrariedad de la autoridad¹⁰⁸⁵. Como señala ZIPPELIUS: “Las instituciones del moderno Estado constitucional y de derecho fueron conformándose en gran parte como reacción frente al absolutismo. Así, la historia de la libertad ciudadana es la historia de la limitación y control del poder del Estado”¹⁰⁸⁶.

Por ello, la proscripción de la arbitrariedad es un principio que optimiza y constituye una pieza fundamental en la protección de la libertad y los derechos de la persona¹⁰⁸⁷ y que prohíbe decisiones públicas irracionales e irrazonables¹⁰⁸⁸.

La posibilidad de control de los actos estatales, bien que se originen **232** en el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, no solo deriva, empero, del principio de interdicción de la arbitrariedad, sino de la vigencia de la garantía de la administración de justicia referida a la tutela judicial efectiva¹⁰⁸⁹ (art. 139.3 de la Const. Pol.), en especial, en su manifestación del derecho de

1085 FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1997, p. 97.

1086 “Los principios del Estado de derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria y, en general, el ejercicio sin control del poder del Estado. Estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo pueden realizarse a un mismo tiempo orden y la libertad” [ZIPPELIUS, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, ob. cit., p. 276]. Para LEGAZ Y LACAMBRA, la historia del Estado moderno es una lucha contra la arbitrariedad y en favor de la juridización de todas las esferas de la actividad estatal” (LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 639); por su parte, ZAGREBELSKY considera: “El Estado de derecho indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8.ª ed., Madrid: Trotta, 2008, p. 21); finalmente, VALADÉS explica que “dentro de un sistema constitucional para que el poder se haga obedecer debe ser legítimo, y si es legítimo debe sujetarse a las normas que lo limitan [...] Todo poder, por ende, tiende a ser limitado. Los límites funcionan como elementos de equilibrio o como formas de resistencia” (VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 3.ª ed., Ciudad de México: Porrúa, 2006, p. 24).

1087 CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 198.

1088 Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 88.

1089 CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, ob. cit., p. 203; y BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, ob. cit., p. 221 y ss.

acceso a la jurisdicción. En efecto, si en un Estado constitucional se veta la posibilidad de fiscalizar y realizar el control (formal y material) de los actos de determinados órganos, se coloca al ciudadano a la merced del poder y no se le protege de la pura voluntad del funcionario público¹⁰⁹⁰.

El derecho a cuestionar la validez de ciertos actos estatales representa el ejercicio del derecho de petición, del derecho a contar con un recurso sencillo y rápido y de la tutela judicial efectiva.

13.4. Los derechos fundamentales como base del Estado constitucional

233

Los derechos fundamentales, como manifestación de la dignidad de la persona humana, son expectativas y valores indispensables para garantizar la convivencia humana. Con razón se afirma que “en todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y necesidades vitales de la persona histórica y valores culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso”¹⁰⁹¹. No puede haber democracia y Estado constitucional sin derechos.

Una de las particularidades más importantes del Estado constitucional es la protección de los derechos fundamentales por encima, incluso, de la ley¹⁰⁹². La validez de los derechos no está supeditada a la existencia de una regulación legal, sino al hecho de que se encuentran tutelados por la Constitución¹⁰⁹³. El carácter suprallegal de los derechos hace al final que los

1090 Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid: Iustel, 2004, p. 102.

1091 FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 916. Para ANDRÉS IBÁÑEZ, “tal *status* normativo de los derechos fundamentales y el consiguiente carácter de límites y vínculos para cualquier clase de poder es lo que, en el Estado constitucional, hace de ellos en su conjunto un momento previo al de la política y también al de la legalidad ordinaria, para los que aquellos represen tan el deber ser jurídico”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 3.

1092 FERRAJOLI, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”, en *La prueba. Reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima: Jurista, 2007, p. 22; y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El oficio de juez, hoy”, en *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima: Palestra, 2007, p. 27.

1093 GASCÓN ABELLÁN, Marina y ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2005, p. 27.

jueces (ordinarios o constitucionales) sean los llamados a realizarlos y lograr su prevalencia. Los tribunales ordinarios se encuentran vinculados a los derechos fundamentales y en el proceso de aplicación de las leyes no pueden violarlos, salvo que sea necesario para tutelar bienes de igual relevancia constitucional¹⁰⁹⁴. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “los derechos fundamentales no valen en el ámbito que los desarrolle la ley, sino que las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales”¹⁰⁹⁵. La CIDH, en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, ha sostenido:

El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.

En el sistema penal la obligación de respetar y de proteger los derechos fundamentales de la persona, entre los que se cuenta el principio de legalidad procesal, supone un necesario y obligatorio control de los actos que los afectan o amenazan de manera relevante. Dicho control corresponde ejercerlo de manera adecuada y suficiente al Poder Judicial a través de la garantía de jurisdiccionalidad de todo acto de poder estatal que socave la vigencia de los derechos de la persona.

1094 STARCK, Christian, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, n.º 53, Madrid: mayo-agosto de 1998, p. 14.

1095 Al respecto, véase la sentencia recaída en el Expediente N.º 0976-2001-AA/TC (caso Eusebio Llano Huayco). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que “los derechos fundamentales no solo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, ello quiere decir que estos tienen la capacidad de irradiarse por todo el ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben de interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales”. También, en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 6149-2006-PA/TC y N.º 6662-2006-PA/TC (caso *Lima Minera Sulliden Shahuindo S.A. vs. Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.*).

El control judicial de los actos del Ministerio Público y de la Policía permite cumplir con el mandato constitucional de sujetar y vincular los actos de los poderes públicos a la Constitución y la ley (art. 146.1 de la Const.).

La constitucionalización de los derechos fundamentales trae consigo el fortalecimiento de la independencia judicial y la necesidad que cualquier conflicto que suponga la restricción de un derecho se ventile en el escenario judicial. El juez si bien representa al pueblo, no puede realizar la voluntad de una mayoría o de una determinada corriente de opinión. La judicatura forma parte de un poder del Estado que recibe su legitimidad de la vinculación a la Constitución y a la ley que debe confirmar acto por acto, decisión por decisión mediante la constitucionalidad de sus prácticas¹⁰⁹⁶.

234 Las garantías penales y procesales son un sistema de prohibiciones inderogables que se condensan en prohibiciones de castigar más allá de los límites estrictamente necesarios, en prohibiciones de privar la libertad, de registrar el domicilio, de levantar el secreto de las comunicaciones, de juzgar; si es que no concurren las garantías previstas en la Constitución y la ley, las cuales están dispuestas para proteger al ciudadano frente a los abusos del poder¹⁰⁹⁷.

Las garantías procesales son garantías frente al juez y al fiscal, que, como sujetos de poder, también se encuentran expuestos a cometer abusos¹⁰⁹⁸. Cumplen una función epistemológica, ya que aseguran que la actividad probatoria y los demás actos del proceso penal discurren por cauces formales y eficaces para la obtención del conocimiento¹⁰⁹⁹. Con ello, se trata de garantizar los derechos de libertad no solo frente a los poderes estatales sino frente a los poderes privados, al no permitir su afectación aun cuando exista el consentimiento de sus titulares. Por ello, constituyen derechos personálísimos que son, además, derechos inviolables, inderogables, indisponibles e inalienables¹¹⁰⁰.

1096 Por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las garantías del imputado en el proceso penal", art. cit., p. 5.

1097 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 861.

1098 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las garantías del imputado en el proceso penal", art. cit., p. 5.

1099 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, "La función de las garantías en la actividad probatoria", art. cit., p. 198.

1100 Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 861.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de carácter procesal que resulta necesario e indispensable para dar efectividad y dotar de sentido a los derechos fundamentales. Sin tutela efectiva los derechos serían una mera quimera y cumplirían un papel formal, decorativo dentro de la arquitectura constitucional. El derecho a la tutela judicial se debe entender como el derecho a la organización y a un procedimiento reglado. El derecho a la protección jurisdiccional integra el derecho a la existencia de una determinada forma de organización del proceso y a que su actuación se desarrolle conforme a ciertos procedimientos normativamente establecidos¹¹⁰¹. 235

En un Estado constitucional la regla es que la afectación de un derecho fundamental debe cumplir con el requisito de la *reserva de la ley* y la *reserva de la jurisdicción*. A la fiscalía le está prohibido realizar determinados actos o diligencias, sobre todo, cuando incide en el contenido de la dignidad de la persona humana y los derechos de la persona. Para que los fiscales puedan obtener determinada información probatoria, como consecuencia de la afectación de un derecho fundamental, se requiere tanto de una ley previa como de una autorización judicial previa¹¹⁰². 236

La injerencia de los derechos fundamentales se relaciona directamente con el *principio de constitucionalidad* que presupone la existencia de una Constitución normativa que estructura y determina todo el ordenamiento jurídico. La Constitución influye en el Estado y en el sistema jurídico, así como configura todos los actos de los poderes públicos a su medida y forma. Se trata de una norma que prevalece y ejerce supremacía como fuente y directriz obligatoria: todo poder constituido y el poder político, social y económico se someten y sujetan a sus principios y reglas. La Constitución vincula obligatoriamente al legislador y a todos los actos de los poderes públicos.

El principio de supremacía de la Constitución se manifiesta en la llamada reserva de la Constitución. De manera general, la reserva de la Constitución supone que determinados aspectos de la realidad jurídica y

1101 Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 454.

1102 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 505.

política no deben ser reguladas por las leyes ordinarias, sino directamente por las normas constitucionales. La llamada reserva de la Constitución se expresa en dos principios: (i) el principio de tipicidad constitucional de las competencias de los órganos públicos; y (ii) el principio de la constitucionalidad como fundamento de las restricciones de los derechos, las libertades y las garantías. La reserva de la Constitución en el ámbito de la restricción de derechos, libertades y garantías supone que la limitación de los derechos fundamentales debe ser efectuada directamente por la Constitución o a través de la ley siempre que haya una autorización constitucional expresa¹¹⁰³.

Las restricciones de los derechos fundamentales tienen que ser expresamente autorizadas, directa o indirectamente, por la Constitución o en defecto, deben tener su base y fundamento en la Constitución¹¹⁰⁴. Es emblemática la regulación constitucional referida a que “no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley” (art. 2.24.b).

En un Estado constitucional, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial, a falta de ley, pueden limitar un derecho fundamental¹¹⁰⁵. La única intervención legítima en un derecho fundamental es la que se produce a través de una norma con rango de ley con las limitaciones materiales y formales impuestas en la misma Constitución.

13.5. Los actos ilegales y arbitrarios del Ministerio Público

237

Una de las formas más comunes en las que se revela el ejercicio desviado del poder y de las competencias que la Constitución asigna de manera

1103 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 7.^a ed., 19.º reimp., 2017, pp. 245, 247, 448 y ss.; VILHENA VIEIRA, Oscar, “A constituição como reserva de justiça”, en *Lua nova: Revista de cultura e política*, n.º 42, São Paulo: 1997, pp. 54 y ss.; y FARIAS, Edilson, “Restrição de direitos fundamentais”, en *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, vol. 21, n.º 41, s/l: enero del 2000, p. 69.

1104 “As restrições aos direitos fundamentais devem ser constitucionalmente autorizadas, isto é, particularizadas, especificadas, traduzindo-se essa particularização na respectiva pré-determinação jurídico-constitucional”. QUEIROZ, Cristina, *Os conceitos de “restrição”, “configuração” e “delimitação” de direitos fundamentais à luz da Constituição da República*, Lisboa: Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, 2016, pp. 4 y 12.

1105 MÜLLER, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2016, p. 116.

específica al Ministerio Público es cuando se formulan imputaciones o acusaciones arbitrarias o ilegales.

De la mano de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos se deben distinguir entre los *actos estatales ilegales* y los *actos estatales arbitrarios*. Por ejemplo, la Corte IDH distingue entre privaciones de libertad ilegales y privaciones de libertad arbitrarias.

El contenido esencial del art. 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado¹¹⁰⁶. La Corte IDH ha señalado que cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, haría que esa privación sea *ilegal* y contraria a la Convención Americana¹¹⁰⁷. Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en

1106 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, San José: 1 de septiembre del 2020, párr. 65; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*, San José: 31 de agosto del 2020, párr. 76; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, San José: 12 de marzo del 2020, párr. 100; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Carranza Alarcón vs. Ecuador*, San José: 3 de febrero del 2020, párr. 60; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Montesinos Mejía vs. Ecuador*, San José: 27 de enero del 2020, párr. 93; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jenkins vs. Argentina*, San José: 26 de noviembre del 2019, párr. 71; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hernández vs. Argentina*, San José: 22 de noviembre del 2019, párr. 100; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Díaz Loreto y otros vs. Venezuela*, San José: 19 de noviembre del 2019, párr. 90; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Romero Feris vs. Argentina*, San José: 15 de octubre del 2019, párr. 76; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, San José: 1 de septiembre del 2016, párr. 131; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yarce y otra vs. Colombia*, San José: 22 de noviembre del 2016, párr. 138; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, San José: 2 de octubre del 2015, párr. 178; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, San José: 5 de octubre del 2015, párr. 140; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 114; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, San José: 14 de noviembre del 2014, párr. 402; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, San José: 26 de agosto del 2011, párr. 76; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, San José: 21 de noviembre del 2007, párr. 53; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *“Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, San José: 2 de septiembre del 2004, párr. 223.

1107 Véanse CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Carranza Alarcón vs.*

el formal, no es cumplida al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal a la luz del art. 7.2¹¹⁰⁸. En cuanto al requisito de legalidad de la detención, el Tribunal ha señalado que al remitir a la Constitución y leyes establecidas “conforme a ellas”, el estudio de la observancia del art. 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y “de antemano” en dicho ordenamiento en cuanto a las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física¹¹⁰⁹.

238 La privación es arbitraria cuando, pese a cumplirse con los criterios de legalidad, deviene en innecesaria, irrazonable o desproporcional.

Ecuador, San José: 3 de febrero del 2020, párr. 61; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Montesinos Mejía vs. Ecuador*, San José: 27 de enero del 2020, párr. 94; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hernández vs. Argentina*, San José: 22 de noviembre del 2019, párr. 101; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Romero Feris vs. Argentina*, San José: 15 de octubre del 2019, párr. 77; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, San José: 27 de agosto del 2014, párr. 158; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yvon Neptune vs. Haití*, San José: 6 de mayo del 2008, párr. 96; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, San José: 21 de noviembre del 2007, párr. 57; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, San José: 20 de noviembre del 2009, párr. 145.

1108 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, San José: 12 de marzo del 2020, párr. 111; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, San José: 25 de abril del 2018, párr. 354; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yarce y otras vs. Colombia*, San José: 22 de noviembre del 2016, párr. 139; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, San José: 2 de octubre del 2015, párr. 181; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, San José: 30 de junio del 2015, párr. 237; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 109; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 114; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, San José: 14 de noviembre del 2014, párr. 407; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, San José: 21 de noviembre del 2007, párr. 57.

1109 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, San José: 1 de septiembre del 2020, párr. 67; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, San José: 12 de marzo del 2020, párr. 111.

La Corte IDH sostiene que en el caso del art. 7.3 de la CADH se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad¹¹¹⁰.

- 1110 Véanse CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Carranza Alarcón vs. Ecuador*, San José: 3 de febrero del 2020, párr. 62; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jenkins vs. Argentina*, San José: 26 de noviembre del 2019, párr. 73; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hernández vs. Argentina*, San José: 22 de noviembre del 2019, párr. 102; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rosadio Villavicencio vs. Perú*, San José: 14 de octubre del 2019, párr. 203; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Romero Feris vs. Argentina*, San José: 15 de octubre del 2019, párr. 91; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, San José: 25 de abril del 2018, párr. 355; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, San José: 2 de octubre del 2015, párr. 197; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, San José: 30 de junio del 2015, párr. 238; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 119; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, San José: 14 de noviembre del 2014, párr. 401; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, San José: 28 de agosto del 2014, párr. 364; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, San José: 8 de julio del 2004, párr. 83; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, San José: 16 de agosto del 2000, párr. 85; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, San José: 21 de enero de 1994, párr. 47; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, San José: 27 de noviembre del 2003, párr. 65; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, San José: 24 de junio del 2005, párr. 57; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, San José: 21 de septiembre del 2006, párr. 90; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, San José: 25 de noviembre del 2000, párr. 139; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, San José: 7 de junio del 2003, párr. 78; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *López Álvarez vs. Honduras*, San José: 1 de febrero del 2006, párr. 66; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Los “Niños de La Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre de 1999, párr. 131; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, San José: 20 de noviembre de 1997, párr. 43; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, San José: 20 de noviembre del 2009, párr. 146; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, San José: 25 de noviembre del 2005, párr. 215.

La Corte IDH reitera que la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables o carentes de proporcionalidad. En consecuencia, la Corte procederá a calificar si la prisión preventiva cumplió con los estándares previstos en la Convención y desarrollados por esta Corte¹¹¹¹.

La prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión y aplicable inclusive en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública¹¹¹². Cuando una detención es declarada ilegal no es necesario proceder al análisis de si la detención también ha sido arbitraria o si se había violado el derecho del detenido a ser trasladado sin demora ante una autoridad judicial competente¹¹¹³. Sin embargo, en el caso concreto es posible que concurra una múltiple, persistente y plural violación a la libertad y seguridad personal, situación que agrava el injusto y la responsabilidad del Estado.

239

Se está ante una imputación y/o acusación ilegal cuando en la formulación de la misma no se cumplen con todos y cada uno de los elementos del tipo penal, tanto objetivos y subjetivos. El hecho de que se construya una imputación sin especificar los elementos integradores del injusto penal descritos en una concreta ley penal supone incurrir en una imputación ilegal. De igual manera, se está ante una imputación ilegal cuando se atribuye a una

1111 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hernández vs. Argentina*, San José: 22 de noviembre del 2019, párr. 112.

1112 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, San José: 14 de noviembre del 2014, párr. 402; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 120.

1113 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, de 21 de enero de 1994, señaló: “La Corte infiere de la actitud del Gobierno que el señor Asok Gangaram Panday fue detenido ilegalmente por miembros de la Policía Militar de Suriname cuando llegó procedente de Holanda al Aeropuerto de Zanderij, no siéndole necesario, por ende, pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida y de su no traslado sin demora ante la autoridad judicial competente. Y así lo declara” (párr. 51). Al respecto, véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bayarri vs. Argentina*, San José: 30 de octubre del 2008, párr. 62; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Escué Zapata vs. Colombia*, San José: 4 de julio del 2007, párr. 87. En sentido distinto, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Castillo Páez vs. Perú*, San José: 3 de noviembre de 1997, párrs. 54 y 56. En las citadas sentencias se encuentra diversas violaciones al art. 7 de la CADH, sin que se precise e individualice la calificación y subsunción de las conductas descritas.

persona un hecho que no se encuentra descrito como delito por el Código Penal o una ley penal especial (v. gr.: se imputa un delito de zoofilia a una persona que tiene relaciones sexuales con un animal).

Por su parte, se está ante una imputación arbitraria cuando pese a cumplirse con la descripción de los elementos de un injusto penal no se detalla ni se precisa de manera concreta cada uno los elementos del injusto, sean objetivos o subjetivos. Se trata de un relato general, no específico ni detallado, que impide el ejercicio del derecho de defensa. La imputación genérica, vaga o imprecisa es un modelo de imputación arbitraria. Por ejemplo, ello ocurre cuando se atribuye a una persona el haber matado a otra de un disparo de arma de fuego sin establecer ni detallar las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

13.6. El control formal y material de los actos del Ministerio Público

En sentido amplio, el control de los actos del Ministerio Público puede recibir una fiscalización atenta y decidida a través de un control formal y un control material. 240

El control formal de los actos del Ministerio Público lo pueden realizar las partes que intervienen en la investigación a través del sistema de recursos, de nulidades o de acciones constitucionales. El control formal como regla queda en manos del juez penal o en el caso del recurso de elevación de actuaciones, quien debe decidir es el fiscal superior en grado.

El control material de los actos y decisiones del Ministerio Público corresponde efectuarlo a las instituciones sociales (v. gr.: facultades de derecho, colegios de abogados, el Congreso de la República, etc.) y a los medios de comunicación que deben vigilar a todo poder público, sobre todo, cuando incurre en actos despóticos o arbitrarios.

Junto al control formal y material de los actos del Ministerio Público, deben existir también *controles internos* y *controles externos*¹¹¹⁴. Los controles internos se vinculan a los mecanismos de supervisión del trabajo de los fiscales y a la creación de sistemas de vigilancia democrática interna, como 241

1114 Por todos, BINDER, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 487.

el cumplimiento estricto de normas, sujetas a sanción, que componen el derecho disciplinario del Ministerio Público.

Por su parte, los controles externos se relacionan con el control social y político que se realiza de los actos y disposiciones del Ministerio Público por parte de la sociedad civil, los medios de comunicación, los usuarios del sistema de justicia y los demás poderes del Estado. No forma parte del denominado control externo, el control de garantías que realiza el juez sobre los actos, disposiciones o requerimientos de la fiscalía, ya que aquí se aplica los principios y reglas que componen el debido proceso¹¹¹⁵ (control jurisdiccional formal).

1115 *Ibid.*, p. 488.

CUARTA PARTE

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

La doctrina nacional¹¹¹⁶ y comparada¹¹¹⁷ están de acuerdo en señalar que el derecho a la prueba (llamado derecho fundamental a la producción de pruebas¹¹¹⁸)

1116 Vid. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima: Ara Editores, 2001, p. 82 y ss.; ALFARO VALVERDE, Luis Genaro, "Derecho fundamental a la prueba. Garantía constitucional de naturaleza procesal", en AA. VV., *Manual del Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 69 y ss.; y TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba penal*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 23 y ss.

1117 En el derecho italiano: TARUFFO, Michele, *La prova nel processo civile*, Milano: Giuffrè, 2012, pp. 79 y ss.; *Idem*, *Lezioni sul processo civile*, 5.ª ed., Bologna: Il Mulino, 2011, p. 462; *Idem*, *La Prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 56 y ss.; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, 3.ª ed., Torino: Utet Giuridica, 2010, pp. 35, 47 y ss.; FERRUA, Paolo, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, 2.ª ed., vol. I, Torino: Giappichelli, 2017, p. 122 y ss.; TONINI, Paolo y Carlotta CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano: Giuffrè editore, 2.ª ed., 2014, p. 61 y ss. En el derecho brasileño: MARINONI, Luiz Guilherme y Daniel MITIDIERO, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 4.ª ed., 2015, p. 768; CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 44; *Idem*, "O direito a prova no processo civil", en Revista de faculdade de Direito da UFPR, vol. 34, Paraná: 2000, p. 148; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, *Direito a prova no processo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 84 y 85; PAULA RAMOS, Vitor de, "Direito fundamental à prova", en *Revista de Processo*, vol. 224, São Paulo: 2013, p. 41 y ss.; y DELFINO DA SILVA, Fernando César, "Direito fundamental à prova e a responsabilidade na sua produção", en 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de direito, p. 737 y ss.

1118 "Consagra-se, no processo, o direito fundamental à produção das provas, assim, autor e réu deverão produzir as provas indispensáveis para a comprovação do seu direito. Trata-se de ônus que recai sobre aquele que alega, sob pena de não ter reconhecido o seu direito. "Não obstante, a livre e ampla produção de provas esbarra no livre convencimento motivado do magistrado que, poderá em decisão fundamentada indeferir determinada produção de provas". DELFINO DA SILVA, "Direito fundamental à prova e a responsabilidade na sua produção", art. cit., p. 738. En la doctrina peruana, BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 101, alude al derecho a producir la prueba necesaria.

es un derecho de rango constitucional¹¹¹⁹, un derecho público subjetivo¹¹²⁰ o un derecho fundamental de carácter procesal¹¹²¹.

No se trata de un simple derecho de carácter legal o de rango ordinario que se encuentra recogido en las leyes o códigos procesales. Una violación al derecho a la prueba supone una afectación de la Constitución y a los principios y valores recogidos en ella.

Antes de la irrupción del constitucionalismo democrático el derecho a la prueba era considerado simplemente como un derecho subjetivo y una facultad procesal de las partes que podía ejercitarse en un proceso determinado.

243

El derecho a probar se vincula a la acreditación de una concreta pretensión en cualquier tipo de proceso y es una condición indispensable para que esta tenga éxito¹¹²². Sin el ejercicio del derecho a la prueba cualquier pretensión es solo una afirmación sin sustento.

El derecho a la prueba constituye un aspecto insuprimible de las garantías de defensa y del contradictorio que se refleja en el derecho a obtener y producir una prueba legítima e implica también el poder requerir la producción de las pruebas que deben ser pertinentes, relevantes y lícitas¹¹²³. La importancia extraordinaria de la prueba a nivel del proceso, y en el campo general del derecho, lleva a entender que es un requisito indispensable para la aplicación de la ley al caso concreto y para el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin la materialización del derecho a la prueba no podría aplicarse el derecho y la ley, ni se podría ejercer la jurisdicción y la tutela

1119 Vid. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, ob. cit., p. 87; CAMBI, “O direito a prova no processo civil”, art. cit., p. 150; y TALAVERA ELGUERA, *La prueba penal*, ob. cit., p. 25.

1120 Vid. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., pp. 84 y 85, para quien se trata de un derecho público o cívico, en la medida que tienen como sujeto pasivo al Estado, representado por la figura del órgano jurisdiccional quien está obligado a tornar efectivas las postulaciones de las partes con relación a las actividades probatorias legítimas y lícitas; CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*, ob. cit., p. 44; *Idem*, “O direito a prova no processo civil”, art. cit., p. 148; y DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.ª ed., Bogotá: Temis, 2006, p. 26 (quien alude a un “derecho subjetivo de probar” o de un “derecho subjetivo procesal”).

1121 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 83.

1122 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 28.

1123 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 81.

judicial efectiva. La prueba viabiliza y es condición necesaria para la aplicación y la vigencia del derecho¹¹²⁴.

Un aspecto esencial del debido proceso es el respeto al principio del contradictorio que supone que las partes deben tener la oportunidad de actuar (alegar y probar) de manera eficaz en el desarrollo del proceso; deben contar con la oportunidad de exponer sus razones, sus argumentos; deben tener la posibilidad de presentar las pruebas destinadas a acreditar la veracidad de sus alegaciones; deben poder pronunciarse sobre los medios de prueba ofrecidos por su adversario como deben también conocer todos los actos practicados por el juez (o el fiscal) a fin de impugnarlos, según sea el caso¹¹²⁵. Algún sector de la doctrina no concede autonomía al derecho a la prueba, sino que lo ubica dentro del cuadro del contradictorio de las partes, pese a reconocer que la actividad probatoria representa el momento central y clave del proceso¹¹²⁶.

La importancia y relevancia del derecho a la prueba como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico se comprueba con el reconocimiento expreso que realizan algunas constituciones políticas. Ya no se trata solo de una simple categoría que es recogida por los códigos procesales, sino de un derecho fundamental de la persona que representa una garantía mínima y un elemento necesario del acceso a la justicia, del debido proceso y la tutela judicial efectiva. **244**

En el derecho comparado algunas constituciones políticas regulan de manera expresa el derecho a la prueba, tal como ocurre con el art. 24.2 de la Constitución española (“a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”), el art. 111.2 de la Constitución de Italia (“obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación, y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba a su favor”), el art.

1124 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 26.

1125 Vid. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Novas tendências do Direito processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 20; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Aspectos processuais civis na nova constituição”, en *Revista Dirreito Processual*, n.º 29, Rio de Janeiro: 1989, p. 59 y ss.

1126 PELLEGRINI GRINOVER, Ada; ANTONIO SCARANCA FERNANDES y ANTONIO MAGALHAES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9.ª ed., 1993, p. 137.

29 de la Constitución colombiana (“a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”), el art. 76.7.h de la Constitución de Ecuador (“presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”¹¹²⁷), el art. 17.8 de la Constitución de Paraguay (reconoce el derecho de toda persona sujeta al proceso penal a “que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas”) y el art. 20.B.IV de la Constitución de México (“se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley”).

La Constitución peruana no regula de manera expresa el derecho a la prueba (*ut infra*).

La fundamentabilidad del derecho a la prueba es tanto *formal* como *material*. Formal debido a que como una garantía se ubica dentro del contexto del respeto al debido proceso y a un proceso justo, en especial, del derecho de defensa y el principio de contradicción. Material en atención de que el derecho a la prueba se relaciona con la exigencia de verdad, del adecuado esclarecimiento de los hechos y como un requisito de una decisión justa y materialmente correcta. Este derecho representa la manifestación de la autodeterminación personal que busca hacer valer una pretensión procesal apoyada en datos externos y objetivos y que es un elemento decisivo de las relaciones jurídicas, de la justicia y la seguridad jurídica¹¹²⁸.

245 El TC peruano ha reconocido la existencia de un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia a la protección del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento

1127 El artículo 78 prescribe el tratamiento especial de las víctimas: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”.

1128 Cfr. PAULA RAMOS, “Direito fundamental à prova”, art. cit., p. 42 y ss.

tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa¹¹²⁹.

El TC peruano ha señalado que el derecho a la prueba se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido está determinado por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia¹¹³⁰.

1129 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04208-2017-PHC/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01137-2017-PA/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00624-2013-PHC/TC*, Lima: 8 de julio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03997-2013-PH/TC*, Lima: 24 de noviembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01032-2013-PHC/TC*, Lima: 31 de octubre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01735-2016-PHC/TC*, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01793-2013-PHC/TC*, Lima: 9 de diciembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04869-2012-PA/TC*, Lima: 11 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02714-2012-PA/TC*, Lima: 22 de mayo del 2013; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005.

1130 *Vid.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04717-2018-PHC/TC*, Lima: 27 de agosto del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1152-2018-PHC/TC*, Lima: 9 de septiembre del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00778-2018-PHC/TC*, Lima: 11 de junio del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01137-2017-PA/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00506-2017-PHC/TC*, Lima: 24 de octubre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04208-2017-PHC/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00417-2017-PA/TC*, Lima: 5 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05195-2016-PHC/TC*, Lima: 5 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03912-2016-PHC/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02676-2016-PHC/TC*, Lima: 11 de julio del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02045-2016-PHC/TC*, Lima: 4 de octubre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01361-2016-PHC/TC*, Lima: 12 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06336-2015-PHC/TC*, Lima: 31 de agosto del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00498-2016-PHC/TC*, Lima: 24 de enero del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04982-2015-PA/TC*, Lima: 25 de septiembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04081-2015-PHC/TC*, 20 de diciembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02046-2014-PAC/TC*, Lima: 10 de agosto del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06254-*

La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado¹¹³¹.

2013-PHC/TC, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05530-2013-PA/TC*, Lima: 12 de noviembre del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03997-2013-PH/TC*, Lima: 24 de noviembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03545-2013-PHC/TC*, Lima: 22 de septiembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01793-2013-PHC/TC*, Lima: 9 de diciembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01735-2016-PHC/TC*, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03801-2012-PHC/TC*, Lima: 5 de marzo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01032-2013-PHC/TC*, Lima: 31 de octubre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02914-2012-HC/TC*, Lima: 4 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00624-2013-PHC/TC*, Lima: 8 de julio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02952-2012-HC/TC*, Lima: 3 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0195-2012-PA/TC*, Lima: 4 de junio del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01412-2012-PHC/TC*, Lima: 5 de julio del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01669-2012-PHC/TC*, Lima: 2 de julio del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04027-2012-PHC/TC*, Lima: 25 de septiembre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03072-2014-PHC/TC*, Lima: 27 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03158-2012-HC/TC*, Lima: 25 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02684-2011-PA/TC*, Lima: 19 de octubre del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03898-2012-PHC/TC*, Lima: 3 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01025-2012-PA-TC*, Lima: 6 de marzo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00268-2012-PHC/TC*, Lima: 18 de septiembre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03562-2009-PHC/TC*, Lima: 24 de marzo del 2010; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04657-2007-PA/TC*, Lima: 18 de septiembre del 2007.

- 1131 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04717-2018-PHC/TC*, Lima: 27 de agosto del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00778-2018-PHC/TC*, Lima: 11 de junio del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01137-2017-PA/TC*, Lima: 25 de julio del 2018 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00506-2017-PHC/TC*, Lima: 24 de octubre del 2018 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00417-2017-PA/TC*, Lima: 5 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05195-2016-PHC/TC*, Lima: 5 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03912-2016-PHC/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06336-2015-PHC/TC*, Lima: 31 de agosto del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02045-2016-PHC/TC*, Lima: 4 de octubre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02676-2016-PHC/TC*, Lima: 11 de julio del 2019 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01361-2016-PHC/TC*, Lima: 12 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00498-2016-PHC/TC*, Lima: 24 de enero del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,

El derecho a la prueba aparea la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor¹¹³². Constituye un derecho básico de los justiciables pro-

Expediente N.º 04982-2015-PA/TC, Lima: 25 de septiembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02046-2014-PAC/TC*, Lima: 10 de agosto del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03072-2014-PHC/TC*, Lima: 27 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06254-2013-PHC/TC*, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05530-2013-PA/TC*, Lima: 12 de noviembre del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03545-2013-PHC/TC*, Lima: 22 de septiembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03898-2012-PHC/TC*, Lima: 3 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03801-2012-PHC/TC*, Lima: 5 de marzo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04081-2015-PHC/TC*, 20 de diciembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03997-2013-PH/TC*, Lima: 24 de noviembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01793-2013-PHC/TC*, Lima: 9 de diciembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04027-2012-PHC/TC* Lima: 25 de septiembre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03158-2012-HC/TC*, Lima: 25 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02952-2012-HC/TC*, Lima: 3 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0195-2012-PA/TC*, Lima: 4 de junio del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02914-2012-HC/TC*, Lima: 4 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01025-2012-PA-TC*, Lima: 6 de marzo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01412-2012-PHC/TC*, Lima: 5 de julio del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05291-2009-PA/TC*, Lima: 30 de marzo del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01536-2008-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03500-2008-PHC/TC*, Lima: 9 de febrero del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01207-2011-PA/TC*, Lima: 10 de mayo del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01634-2009-PHC/TC*, Lima: 7 de agosto del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02601-2009-PHC/TC*, Lima: 17 de junio del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01557-2012-PHC/TC*, Lima: 4 de junio del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00862-2008-PHC/TC*, Lima: 13 de octubre del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03651-2010-PHC/TC*, Lima: 7 de julio del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05066-2009-PHC/TC*, Lima: 20 de enero del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06065-2009-PHC/TC*, Lima: 9 de mayo del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03875-2008-PHC/TC*, Lima: 3 de febrero del 2009; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00288-2012-PHC/TC*, Lima: 3 de mayo del 2012.

1132 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04717-2018-PHC/TC*, Lima: 27 de agosto del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03119-2018-PHC/TC*, Lima: 5 de marzo del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1152-2018-PHC/TC*, Lima: 3 de mayo del 2012.

ducir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa¹¹³³. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que forman parte de su defensa¹¹³⁴.

TC, Lima: 9 de septiembre del ; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00778-2018-PHC/TC*, Lima: 11 de junio del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04588-2017-PHC/TC*, Lima: 20 de agosto del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04208-2017-PHC/TC*, Lima: 25 de julio del 2018, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02550-2017-PHC/TC*, Lima: 19 de junio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05195-2016-PHC/TC*, Lima: 5 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01361-2016-PHC/TC*, Lima: 12 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01773-2016-PHC/TC*, Lima: 5 de julio del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00498-2016-PHC/TC*, Lima: 24 de enero del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06254-2013-PHC/TC*, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01735-2016-PHC/TC*, Lima: 21 de noviembre del 2017, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01032-2013-PHC/TC*, Lima: 31 de octubre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02914-2012-HC/TC*, Lima: 4 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00624-2013-PHC/TC*, Lima: 8 de julio del 2013, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01412-2012-PHC/TC*, Lima: 5 de julio del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03500-2008-PHC/TC*, Lima: 9 de febrero del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01536-2008-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2009; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01634-2009-PHC/TC*, Lima: 7 de agosto del 2009.

1133 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02684-2011-PA/TC*, Lima: 19 de octubre del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05291-2009-PA/TC*, Lima: 30 de marzo del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 9598-2005-PHC/TC*, Lima: 12 de enero del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02684-2011-PA/TC*, Lima: 19 de octubre del 2011; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01536-2008-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2009.

1134 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00624-2013-PHC/TC*, Lima: 8 de julio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05291-2009-PA/TC*, Lima: 30 de marzo del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 9598-2005-PHC/TC*, Lima: 12 de enero del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,

El TC español ha señalado que el derecho a la prueba tiene como primer requisito la legalidad de la petición probatoria, en el doble sentido de que “el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, f. 4; 147/2002, de 15 de junio, f. 4; 165/2001, de 16 de julio, f. 2; y 96/2000, de 10 de abril, f. 2)” (STC 1/2004, de 14 de enero, f. 2) y de que “la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, f. 2)” (STC 165/2001, de 16 de julio, f. 2).

El TC peruano destaca que el derecho fundamental a la prueba tiene **246** protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el art. 139.3 de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos¹¹³⁵. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —límites extrínsecos—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos—¹¹³⁶.

La doctrina constitucional del TC peruano señala la necesidad de que en el proceso penal se cumpla con evaluar racionalmente los medios de prueba que han sido admitidos y actuados.

TUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02684-2011-PA/TC*, Lima: 19 de octubre del 2011; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01536-2008-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2009.

1135 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04982-2015-PA/TC*, Lima: 25 de septiembre del 2018; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005.

1136 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04982-2015-PA/TC*, Lima: 25 de septiembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007.

El TC peruano señala:

[D]e los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.¹¹³⁷

Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, de debido proceso¹¹³⁸. Igual posición ha sido reiterada al sostener que la violación al derecho de prueba por haber omitido valorar en forma adecuada un determinado medio de prueba a pesar de la trascendencia del mismo en el sentido del fallo¹¹³⁹.

247

La Corte Suprema de Justicia ha precisado:

[U]no de los derechos instrumentales que integra la garantía de defensa procesal es el derecho a la prueba pertinente (art. 139, apartado 14 de la Constitución, desarrollado legalmente por el art. IX, numeral 1, del título preliminar del Código Procesal Penal). Este derecho importa que la parte procesal, en la forma y oportunidad estipulada en la ley, tiene la facultad de solicitar la actuación de medios de prueba pertinentes, conducentes y útiles (concordancia de los arts. 155, numeral 2, y 352, numeral 5, literal 'b', del Código

1137 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01025-2012-PA-TC*, Lima: 6 de marzo del 2013; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03562-2009-PHC/TC*, Lima: 24 de marzo del 2010.

1138 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007.

1139 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03736-2010-PA/TC*, Lima: 15 de julio del 2011.

Procesal Penal). En esta perspectiva, además, en virtud del principio de adquisición procesal, una vez admitidos los medios de prueba estos pertenecen al proceso, se independizan de quien los propuso.¹¹⁴⁰

Se trata de uno de los derechos instrumentales de la garantía de defensa procesal —no del debido proceso—¹¹⁴¹. También destaca que el derecho a la prueba pertinente garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a las solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, el juez o tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que: i) sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso; y ii) tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso, es decir, resulten relevantes, útiles y necesarios respecto al hecho que pretende ser probado. Empero, cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y momento legalmente previsto¹¹⁴².

2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba es el derecho del ciudadano en un proceso a **248** demostrar la verdad de sus afirmaciones que son el contenido de su pretensión¹¹⁴³. La persona tiene derecho a probar que las afirmaciones que alega son ciertas y a los que, una vez probados, el ordenamiento jurídico les asigna determinadas consecuencias jurídicas. Se lo define como el derecho de las partes de producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para

1140 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 2118-2019 Del Santa*, Lima: 29 de septiembre del 2021.

1141 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 625-2020 Lambayeque*, Lima: 22 de noviembre del 2021.

1142 “Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, esta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia”. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Recurso de Casación N.º 292-2014 Ancash*, Lima: 17 de febrero del 2016.

1143 Vid. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 28; y FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 54.

obtener la presentación de prueba pertinente que esté en posesión de otras partes o de terceros y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal.

En un proceso penal democrático se le reconoce al imputado el derecho de que no solo puede influir en la aplicación de la ley y en el resultado del proceso, sino también en la construcción de la situación de hecho y el desarrollo del procedimiento¹¹⁴⁴. Se cuenta con el derecho fundamental para acreditar que determinados hechos han ocurrido, que los hechos que se atribuyen no han ocurrido o que han ocurrido de una manera distinta a como se señala en la imputación.

El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y de defensa¹¹⁴⁵. Según COMOGLIO, “el derecho de prueba es el derecho de actuar en el proceso probando el hecho que fundamenta la propia pretensión o se entiende también como el derecho de reaccionar y de defenderse de la alegación o de la actividad probatoria realizada por la contraparte deduciendo prueba que sea favorable o contestando la prueba contraria”¹¹⁴⁶. El

1144 “Para el imputado es al menos de la misma importancia, qué hechos pueden valer como probados como la correcta comprensión de una norma legal”. HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, 1.ª reimp., Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p. 93.

1145 Véase TARUFFO, Michele, *La Prova nel Processo Civile*, vol. II, Milano: Giuffrè, p. 429, que señala: “El derecho a la prueba implica que las partes puedan servirse en juicio de todos los medios de prueba de que disponen para mostrar la legitimidad de las respectivas posiciones [...] el derecho a la prueba se realiza mejor en un sistema en el cual todas las pruebas pertinentes sean admitidas, y se interpreta de manera taxativa y restrictiva las reglas de exclusión”; *Idem*, “Investigación judicial y producción de la prueba por las partes”, en *Revista de Derecho*, vol. 15, n.º 2, Valdivia: diciembre del 2003, p. 205 y ss., donde se agrega: “En realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas”. En sentido semejante, TUZET, Giovanni, *Filosofia della prova giuridica*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli editore, 2016, p. 254, remarca su conexión con el derecho de defensa.

1146 COMOGLIO, Luigi, “Poteri delle parti e ruolo del giudice nella fase istruttoria del processo civile ordinario”, en NONA COMMISSIONE TIROCINIO E FORMAZIONE PROFESSIONALE (ed.), *La Prova nel Processo Civile*, vol. I, Roma: 1999, p. 193. En la doctrina peruana, BUSTAMANTE ALARCÓN plantea: “El derecho a probar permite a su titular producir la prueba necesaria para acreditar o verificar la existencia o inexistencia de aquellos hechos que configuran una pretensión o una defensa (sea que estén contenidos en una demanda o en una contestación, o en cualquier acto jurídico procesal de parte), o que han sido incorporados por el juzgador para la correcta solución del caso concreto”. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 102.

ejercicio del derecho de prueba está sujeto a un determinado procedimiento probatorio, que es regulado —ya sea en sus líneas generales, o de manera minuciosa— por el Código procesal, tanto en lo que se refiere a la búsqueda, la admisión, la actuación y la valoración de la prueba¹¹⁴⁷.

Toda persona cuando plantea una acción en un determinado proceso (o investigación) tiene el derecho a ofrecer y proponer los medios de prueba que considere necesarios con el fin de acreditar sus afirmaciones acerca de la existencia, la inexistencia de un hecho¹¹⁴⁸ o de que un determinado suceso histórico ocurrió de una determinada forma y no de otra. El derecho a ofrecer medios de prueba no solo se focaliza en acreditar determinados hechos principales o constitutivos descritos en la ley, sino también en acreditar algunos hechos secundarios.

249

El contenido esencial del derecho a la prueba tiene diversas manifestaciones¹¹⁴⁹.

En primer lugar, el *derecho a investigar* y recoger las fuentes y órganos de prueba que puedan servir para preparar la defensa o la acreditación de las afirmaciones que sustentan la pretensión, actual o futura. Desde el punto de vista lógico y temporal, el derecho a investigar las fuentes de prueba es anterior al derecho a proponer y a que se admitan los medios de prueba.

1147 Cfr. TONINI, y CARLOTTA, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 62.

1148 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 138.

1149 Vid. SIRACUSANO, Delfino, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano: Giuffrè, 2011, p. 337; TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 462; PAULA RAMOS, “Direito fundamental à prova”, art. cit., p. 43 y ss.; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 264. Algunos autores consideran que el procedimiento probatorio y el derecho a la prueba se componen de tres elementos. SCALFATI, Adolfo y Diletta SERVI, *Trattato di procedura penale*, vol. 2, t. I, Torino: UTET, 2009, p. 33, distingue con claridad la etapa de admisión, adquisición y valoración de la prueba; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, traducción por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: EJE, 1952, p. 198, para quien la prueba exige el ejercicio de una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: producción, recepción y valoración de la prueba; y LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires: EJE, 1963, p. 185 (para quien el desarrollo de las actividades en el tema de las pruebas puede agruparse en las categorías de indicación del medio de prueba, producción del medio de prueba, asunción del medio de prueba y reunión de las pruebas). En el derecho peruano tenemos a SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2.ª ed., Lima: INPECC, 2020, p. 756.

Si es que no se permite una investigación sobre las fuentes de prueba simplemente el ejercicio del derecho a ofrecer medios de prueba sería inviable e imposible de concretar. Dicho derecho comprende la facultad de buscar fuentes de prueba que contradigan, desafíen o cuestionen los medios de prueba ofrecidos por la otra parte a fin de demostrar su falsedad, su escasa consistencia o la falta de credibilidad o su falibilidad.

La segunda expresión constitucional del derecho a la prueba es el derecho a *deducir y ofrecer todos medios de prueba* (o los actos de investigación) disponibles que sean útiles para probar la propia alegación y/o afirmación. Se trata de una facultad de iniciativa relacionada a la introducción del material probatorio en el proceso que se revela como un *derecho de proposición*, sea que se ofrezca, entregue, indique o se requiera la admisión y actuación de ciertos medios de prueba¹¹⁵⁰ o actos de investigación. De nada vale consagrar el derecho de defensa si es que no se le otorga a la persona la facultad de poder ofrecer y/o pedir la admisión y actuación de concretos medios de prueba que sirven para acreditar su pretensión, sea principal o secundaria.

La ley establece el modo y el procedimiento de cómo un medio de prueba puede ofrecerse e ingresar a la investigación o al proceso. Una prueba no se incorpora por inercia y de manera libre. La regla es que una parte la debe ofrecer cumpliendo las formalidades y el procedimiento previsto. El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes no es un derecho que se ejerza de manera atemporal, sin plazo o se puede ofrecer en cualquier momento. La incorporación de los medios de prueba cumple también con las reglas de preclusión procesal que forman parte del derecho a ser investigado o procesado dentro de un plazo razonable. El procedimiento probatorio tiene un carácter temporal que se guía por normas estrictas, tanto en primera como en segunda instancia.

En tercer lugar, el derecho a la prueba se presenta como *la facultad de obtener la admisibilidad de los medios de prueba* solicitados con base en criterios objetivos a fin de construir el cuadro probatorio idóneo para sostener una pretensión. El derecho a que se admitan y se incorporen al proceso es el núcleo y el centro del derecho en análisis¹¹⁵¹. Se trata de permitir el ingreso al

1150 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 88.

1151 *Loc. cit.*

proceso (o a la investigación) de ciertos medios de prueba a fin de acreditar las afirmaciones sobre los hechos relevantes que sustentan una determinada pretensión jurídico-procesal. No se trata de un derecho ilimitado por el que se admite todo medio de prueba¹¹⁵², sino que se requiere cumplir con los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud. Si bien cualquier medio de prueba puede ofrecerse, la admisión de dicho medio debe cumplir ciertos filtros y condiciones. Asimismo, el derecho a la prueba no puede ejercerse sino es bajo las reglas y formas legalmente previstas dentro del plazo y estación procesal oportuna.

El juez —y el fiscal en la investigación preparatoria— por mandato legal debe efectuar el control de admisibilidad de los medios de prueba ofrecidos por las partes como condición de legitimidad y valor constitucional. El control de admisibilidad requiere un juicio de motivación expreso y no basta una decisión *in pectore* para incorporar los medios de prueba¹¹⁵³ o los actos de investigación. Las partes pueden realizar un control *ex ante* o *ex post* de las pruebas ofrecidas o los actos de investigación propuestos por los demás sujetos procesales con lo que se puede producir un contradictorio efectivo o, en su caso, un contradictorio posterior.

En este ámbito se debe determinar el sentido y el significado de los criterios de *pertinencia*, *relevancia* y *admisibilidad* de los medios de prueba como un elemento configurador del derecho a la prueba¹¹⁵⁴.

Uno de los problemas que se plantean en este campo es la existencia de normas legales que excluyen o limitan la admisibilidad de algunos medios de prueba. La consecuencia de dicha regulación es que se restringe de manera drástica la posibilidad de poder acreditar las afirmaciones que se realizan sobre los hechos al dejar fuera algunos medios de prueba. Con toda razón, se plantea que cualquier disposición legal que limita o excluye la posibilidad de utilizar concretos medios de prueba entra en conflicto directo con el derecho constitucional a la prueba. Si la limitación de la incorporación de algunos medios de prueba resulta arbitraria o irracional, dichas normas deben dejar

1152 Cfr. UBERTIS, Giulio, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4.^a ed., Milano: Giuffrè editore, 2017, p. 203.

1153 Cfr. CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 5.^a ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 413.

1154 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 88.

aplicarse por afectar el programa probatorio fijado en la Constitución como una manifestación del debido proceso (art. 139.3 de la Const. Pol.) y la necesaria protección de los derechos fundamentales (art. 43 de la Const. Pol.). En un Estado constitucional y en una legislación racional, anclada en criterios epistemológicos mínimos, debe prevalecer la tendencia a permitir el ingreso y la conservación en el proceso de la mayor cantidad de medios de prueba posibles, sobre todo si ello refleja también la vigencia del derecho de acción, el derecho a defenderse probando y la tutela judicial efectiva. En un caso concreto es posible que una parte solo disponga de un medio de prueba, de tal manera que si se rechaza su admisión ello conduce a la pérdida irremediable de la pretensión procesal. Por ello, solo en casos excepcionales, muy contados y siempre que haya una justificación racional¹¹⁵⁵ y una disposición legal que lo autorice, se debe limitar la admisión de ciertos medios de prueba.

Una cuarta manifestación del derecho a la prueba es el *poder asumir y actuar efectivamente los medios de prueba* (o los actos de investigación) que son propuestos y admitidos en el proceso. Aquí el medio de prueba es introducido y formado en el proceso asegurando la participación de los interesados en los actos de producción y aseguramiento de la prueba que configura un derecho “sobre el medio de prueba”¹¹⁵⁶. No sirve de mucho que las pruebas ofrecidas se admitan si es que no pueden actuarse o reproducirse en el proceso. Por ejemplo, si se entrega en un sobre cerrado una cinta de video o de audio y se admiten dichos medios de prueba, es de esperar que se pueda actuar, ya sea escuchando, viendo y transcribiendo (art. 187.2 del CPP) su contenido a fin de que pueda ser conocido por todas las partes. En el caso de la prueba testimonial es necesario que se produzca el examen cruzado que es la técnica y el procedimiento más idóneo para obtener el conocimiento de los hechos. A partir del interrogatorio y el ejercicio de la contradicción procesal se puede obtener una información adecuada (positiva o negativa) del tema *probandum*.

La adquisición probatoria, entendida como la incorporación efectiva al proceso de la información que se obtiene de un concreto medio de prueba, es el epílogo de una serie de pasos previos que no siempre son los mismos,

1155 Cfr. CAMBI, Eduardo, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

1156 SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, Milano, ob. cit.

ya que ello depende de la naturaleza del concreto medio de prueba¹¹⁵⁷. La adquisición probatoria supone, desde la perspectiva lógica, que se haya admitido el medio de prueba.

Es a través de la actuación y asunción del medio de prueba que las partes pueden formular impugnaciones, objeciones, preguntas o críticas a los medios de prueba ofrecidos por una de las partes y sobre esta base llegar a ofrecer medios de prueba contrarios o pruebas de refutación dentro del ejercicio del derecho al contradictorio como requisito de legitimación de la actividad jurisdiccional¹¹⁵⁸.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

[E]l derecho de solicitar medios de prueba a su vez se complementa con el derecho a que los medios de prueba admitidos se actúen en el plenario y que se aleguen sobre ellos en la oportunidad procesal correspondiente. Empero, la actuación de un medio de prueba admitido está condicionada a la posibilidad de su realización, pues en algunos casos su actuación puede devenir en imposible por causas ajenas a la voluntad de las partes y del órgano jurisdiccional. Una de las más comunes causas de imposibilidad es cuanto no es posible ubicar a los órganos de prueba y, por tanto, no concurren al plenario para declarar o someterse al examen contradictorio por las partes procesales¹¹⁵⁹.

Una quinta manifestación del derecho a la prueba es el derecho a que se realice una *evaluación racional y debidamente motivada de las pruebas admitidas y actuadas* en el proceso. El juez para decidir un caso está vinculado al material probatorio que se recoge y actúa en el proceso. Al recibir y actuar la prueba ofrecida por las partes, el órgano jurisdiccional asume un compromiso y una obligación jurídica —de carácter constitucional— de analizar concienzuda y escrupulosamente la actividad probatoria. No puede ignorar o desconocer los medios de pruebas relevantes o esenciales que se han actuado en el proceso y que respalda la posición de una las partes. Hacerlo

1157 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 409.

1158 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 89.

1159 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 2118-2019 Del Santa*, Lima: 29 de septiembre del 2021.

supone incurrir en una conducta arbitraria e irracional que no encuentra respaldo en los principios constitucionales de imparcialidad y objetividad.

El derecho a la prueba no supone que se asuma el valor probatorio que una parte pretende asignarle a un concreto medio de prueba (o un acto de investigación) ni tampoco implica la evaluación favorable de las pruebas presentadas, por una de las partes. Los sujetos procesales no pueden imponer al juez, como camisa de fuerza, un determinado valor probatorio de sus pruebas o de los medios de prueba que se incorporan al proceso¹¹⁶⁰.

El ejercicio del derecho a la prueba es compatible con el principio de libre convencimiento del juez. Este derecho sería difícil de alegar y aplicar en un sistema de prueba legal en donde los medios de prueba poseen un valor y un peso determinado previamente¹¹⁶¹.

De los diversos aspectos del derecho a la prueba (admisión, actuación y evaluación probatoria), los dos primeros son los que generan mayores problemas e inconvenientes debido a su profunda elasticidad y escasa determinación. En cambio, el deber de motivar la decisión jurisdiccional permite, dentro de ciertos parámetros formales y materiales, ejercer un control efectivo por las partes sobre el análisis probatorio de cada medio de prueba individualmente considerado, así como la posibilidad de efectuar el correspondiente control a nivel de la impugnación¹¹⁶².

Por su parte, en la segunda instancia, o en sede de apelación, pueden presentarse las mismas etapas del procedimiento probatorio, tomando en cuenta la regulación específica que realiza la ley, bien a solicitud de las partes o de oficio¹¹⁶³.

250

El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que comprende la facultad constitucional de las partes en el proceso (o en la investigación) para que pueda¹¹⁶⁴:

1160 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 28.

1161 Cfr. CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*, ob. cit., p. 172.

1162 Cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 203.

1163 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 264.

1164 Véase TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 18.^a ed., Milano: Giuffrè, 2017, p. 245; TONINI, y CARLOTTA, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 61; DEVIS ECHANDÍA,

- i) Buscar las fuentes de prueba necesarias para acreditar su pretensión;
- ii) ofrecer o proponer los medios de prueba en su oportunidad y en la etapa procesal correspondiente;
- iii) la admisión motivada del concreto medio de prueba, siempre que guarde pertinencia y relevancia con el objeto del proceso;
- iv) participar en la actuación procesal del medio de prueba admitido con la garantía del contradictorio y la igualdad de armas;
- v) obtener una valoración racional de cada medio de prueba admitido y actuado en el proceso y lograr una ponderación individual y global de los mismos, determinando su contenido, razonamiento (inferencias), resultado y justificación adecuada al momento de decidir;
- vi) controlar, y exigir el control, de la evaluación racional efectuada por el juez verificando que no se haya omitido el análisis de un medio de prueba relevante, que no se haya alterado su contenido, que se precise su resultado y su relación con el objeto del proceso y la hipótesis de las partes.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, se considera que el derecho a la prueba supone: (i) el derecho a utilizar toda la prueba de la cual se dispone a fin de acreditar la verdad de los enunciados fácticos que fundan y dan soporte a la propia pretensión; (ii) el derecho a que la prueba sea adquirida en el proceso; (iii) el derecho a la valoración racional de toda la prueba adquirida; y (iv) el derecho a obtener una decisión que sea lo suficientemente motivada¹¹⁶⁵.

El derecho a la prueba —en su contenido esencial— no solo se dirige a 251
ofrecer medios de prueba sobre afirmaciones alrededor de hechos principales y secundarios, sino que también se puede orientar a cuestionar los medios de

Teoría general de la prueba judicial, ob. cit., p. 264; y en el derecho peruano, BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 103 y ss.

1165 *Vid.* FERRER BELTRÁN, Jordi, “El derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales, en *Jueces para la democracia*”, n.º 47, España: 2003, p. 27 y ss.; y TUZET, *Filosofía della prova giuridica*, ob. cit., p. 254.

prueba presentados al proceso por cualquiera de las partes¹¹⁶⁶. Se parte de la regla que todo medio de prueba, típico a atípico, puede ser controvertido.

Es posible acreditar los enunciados referidos a la fiabilidad, credibilidad o calidad probatoria de un órgano o medio de prueba¹¹⁶⁷ que pueden ser desmentidos o se puede restar credibilidad, a través del empleo de otros medios de prueba, por ejemplo, la autenticidad de un documento (v. gr. vídeo, fotografía), los problemas crónicos de percepción de un testigo. Esta problemática, que puede también ser objeto de prueba, se denomina prueba de “hechos auxiliares”¹¹⁶⁸ o prueba sobre la prueba.

La doctrina procesal distingue entre la eficacia jurídica objetiva de la prueba y la atendibilidad de la prueba¹¹⁶⁹. Por ejemplo, la declaración de un testigo ocular de un determinado hecho es un medio de prueba que puede ser muy eficaz para acreditarlo, pero su atendibilidad y nivel de credibilidad puede ser muy escaso al tratarse de un testigo sospechoso, poco serio o con

1166 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 105.

1167 Vid. NAPPI, Aniello, *Guida al codice di procedura penale*, 10.^a ed., Milano: Giuffrè editore, 2007, p. 213; CASSIBBA, Fabio, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano: Giuffrè editore, 2016, p. 23; TONINI, y CARLOTTA, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 45; UBERTIS, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Madrid: Trotta, 2015, p. 51; DOMINIONI, Oreste, *Procedura penale*, 2.^a ed., Torino: Giappichelli, 2012, p. 244; LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 181; CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, 2.^a ed., Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 107 y 108; ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Lima: Ara, 2007, pp. 217 y 2019; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 152; CAFFERATA NORES, José y Maximiliano HAIRABEDIÁN, *La prueba en el proceso penal*, 8.^a ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 47; y PALACIO, Lino Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 19. En el derecho peruano tenemos a BUSTAMANTE ALARCÓN, para quien el derecho a la prueba “incluye el derecho de su titular a ofrecer los medios probatorios que estime necesarios para cuestionar los medios probatorios que han sido ofrecidos contra ella, o cuya actuación ha sido ordenada de oficio por el juzgador”. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 139.

1168 “[L]os hechos auxiliares tienen también una relevancia indirecta. Las conclusiones que derivan de esta subclase de indicios no tienen como objetivo el hecho principal, sino la fuerza probatoria de la deducción”. VOLK, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, 7.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 315. Vid. GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona: Labor, 1936, p. 257.

1169 Cfr. CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, Madrid: Reus, 1925, pp. 284 y 285.

problemas graves de percepción. El juez (y el fiscal) debe estar prevenido de los errores involuntarios de los testigos y de que quien declara no quiera engañar deliberadamente a la administración de justicia¹¹⁷⁰. La idea de que siempre los testigos dicen la verdad no solo es una ingenuidad como lo ha demostrado la psicología del testimonio, sino que en un sistema de justicia racional una tesis semejante representa un peligro latente y real que afecta la propia eficacia y credibilidad del sistema.

Un documento público puede tener una importante fuerza objetiva, pero su credibilidad puede estar venida a menos si es que se considera que dicho documento es falso. En sentido distinto, la eficacia objetiva de un contrato privado puede no ser muy alta, pero el documento solo es atendible si es reconocido por las partes.

Se reconoce que parte del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba consiste en el derecho de la persona a presentar pruebas, pero también a controvertir las mismas, así como a que el órgano jurisdiccional resuelva dichos cuestionamientos (v. gr. tachas¹¹⁷¹, objeciones, nulidades). En la medida en que este derecho también implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional se pronuncie en torno a las controversias probatorias propuestas por los sujetos procesales, debe examinarse de manera escrupulosa si dicho derecho se ha respetado en el caso concreto¹¹⁷².

El derecho a la prueba se afecta cuando no se permite, por ejemplo, a una de las partes a controvertir, discutir o corroborar las pruebas ofrecidas. La Corte Suprema de Justicia anuló una sentencia absolutoria debido a que no se atendió el pedido del Ministerio Público de corroborar la coartada del imputado que había presentado unos documentos respecto a que el imputado estuvo en otro lugar. Al respecto, se señaló:

1170 Cfr. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Teoría de la prueba y derecho penal*, Madrid: Dykinson, 1999, p. 5.

1171 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 10490-2006-PA/TC*, Lima: 12 de noviembre del 2007.

1172 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007.

[D]el iter procesal del presente proceso se advierte que el acusado afrontó el proceso penal bajo la situación jurídica de reo ausente, y al ser puesto a disposición del Tribunal Superior, esto es el treinta de abril de dos mil doce, se programó su audiencia para el dos de mayo del mismo año —véase a fojas seiscientos sesenta y dos—, sin embargo en la anotada sesión, culminado un escueto interrogatorio al acusado se pasó a los alegatos de cierre, luego de que se rechazó el pedido de la Fiscalía para corroborar la veracidad de las instrumentales que presentó la defensa del acusado en ese acto —con la cual pretendía desvirtuar los cargos en su contra pues el documento indicaba que estuvo en otro lugar en el momento de los hechos materia de imputación—, de suerte que ante el mencionado rechazo se procedió a cerrar los debates y continuar con la requisitoria oral, para finalmente dictar sentencia. Que, en tal sentido, resulta evidente la vulneración al derecho a la prueba que le asiste al recurrente, pues sin ningún sustento legal se decidió arbitrariamente, rechazar aquella probanza, pese a que no se tenía certeza de la veracidad de ese documento, más aún si fue objetado por la parte acusadora, más aún si el sentenciado Yupanqui Salinas en todo momento sindicó al acusado, por tanto, los cargos en su contra aún no han sido dilucidados con la debida prudencia¹¹⁷³.

252

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el derecho a la prueba es concebido como el derecho fundamental que tiene toda persona a que se admitan y actúen los medios probatorios que ofrece y que el juzgador los valore en forma debida, teniéndolos en cuenta en su sentencia o decisión; que el citado derecho forma parte integrante del derecho a un debido proceso legal y del derecho a la tutela judicial efectiva, en tal sentido tiene cinco elementos que se desprenden del mismo¹¹⁷⁴:

- (i) derecho a ofrecer determinados medios probatorios;
- (ii) derecho a que se admitan los mismos;
- (iii) derecho a que estos se actúen;
- (iv) derecho a asegurarlos (su actuación); y

1173 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez LECAROS CORNEJO), *Recurso de Nulidad N.º 1901-2012*, Lima: 14 de agosto del 2012.

1174 SALA PENAL PERMANENTE (Ponente: Sra. jueza BARRIOS ALVARADO), *Recurso de Casación N.º 77-2012 Cusco*, Lima: 26 de junio del 2013.

(v) derecho a que se les valore en forma debida.

La Corte Suprema sostiene que debe enfatizarse que el derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente al justiciable y tiene además diversos mecanismos de refuerzos propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido¹¹⁷⁵. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales¹¹⁷⁶.

Se advierte, de manera nítida, una vinculación entre el componente objetivo del derecho a la prueba y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en tanto este exige que el órgano judicial explique en modo suficiente las razones que sustentan su fallo, y que deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso concreto, sino de los hechos debidamente acreditados con la prueba actuada; de modo que sea posible conocer el sustento fáctico y el razonamiento, en virtud de los cuales absuelve o condena a un imputado, constituyendo a su vez un principio constitucional y un derecho, que permite a las partes procesales comprobar si la respuesta dada al caso en concreto deviene de una actividad racional adecuada y apoyada con lo actuado en el proceso y no el resultado de la arbitrariedad judicial¹¹⁷⁷.

3. LAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA PRUEBA

En la doctrina se reconoce que el derecho a la prueba tiene una *dimensión objetiva y subjetiva*¹¹⁷⁸.

253

1175 En sentido distinto, DEVIS ECHANDÍA señala: “El derecho de probar no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique las pedidas o presentadas por las partes y las tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación)”. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 28.

1176 SALA PENAL PERMANENTE (voto dirimente del juez SANTA MARÍA MORILLO), *Recurso de Nulidad N.º 1317-2010*, Lima: 3 de diciembre del 2010.

1177 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez CEVALLOS VEGA), *Recurso de Nulidad N.º 3305-2015*, Lima: 15 de marzo del 2017.

1178 Vid. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 201; *Idem*, *Il processo penale. La verifica dell'accusa*, Bologna: Il Mulino, 2008, p. 45.

La dimensión objetiva del derecho de prueba supone el derecho a que se admita, actúe y analice todo medio de prueba relevante para acreditar los enunciados fácticos objeto del proceso, sin distinción o limitación alguna. Ninguna prueba tiene preferencia o un valor superior sobre otra, por lo que, salvo mandato legal expreso, no pueden ser excluidas si son relevantes en la investigación de la verdad de los hechos. La dimensión subjetiva del derecho de prueba sostiene que este derecho no es una facultad exclusiva de una de las partes del proceso (v. gr. acusado), sino de todos los intervinientes y partes que poseen un interés legítimo en el desarrollo y resultado del proceso (o la investigación) como manifestación del principio constitucional de igualdad de armas.

El TC peruano ha señalado:

[E]l derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa¹¹⁷⁹. Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, este, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida

1179 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04208-2017-PHC/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01137-2017-PA/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00624-2013-PHC/TC*, Lima: 8 de julio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03997-2013-PH/TC*, Lima: 24 de noviembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01032-2013-PHC/TC*, Lima: 31 de octubre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01735-2016-PHC/TC*, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01793-2013-PHC/TC*, Lima: 9 de diciembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04869-2012-PA/TC*, Lima: 11 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02714-2012-PA/TC*, Lima: 22 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005.

en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no solo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas, que sean halladas culpables dentro de un proceso penal¹¹⁸⁰.

Se distingue también entre la *dimensión positiva* y la *dimensión negativa* del derecho a la prueba¹¹⁸¹. **254**

La dimensión positiva implica el reconocimiento a la parte del derecho de emplear todas las pruebas de las que dispone, o que se encuentra a disposición de terceros, con el fin de acreditar la verdad de sus afirmaciones que sustentan su pretensión. Los sujetos procesales tienen el derecho de lograr la reconstrucción más exacta posible de los hechos que son objeto del proceso y sobre los que versará luego la decisión judicial.

Por su parte, la dimensión negativa del derecho a la prueba supone el derecho de la parte de oponerse a la admisión de ciertos medios de prueba que son impertinentes o irrelevantes en relación con el objeto del proceso o el derecho a pedir la exclusión de las pruebas que se obtienen con la violación de los derechos fundamentales y/o al margen del principio de legalidad de la actividad probatoria.

El derecho a la prueba posee una *dimensión procesal* y una *dimensión extraprocesal*. **255**

La dimensión procesal del derecho a la prueba supone entender que el ámbito del ejercicio de este derecho fundamental es el proceso, o toda clase de procedimiento, en el que se pueden proponer, admitir, actuar y analizar los medios probatorios a disposición de las partes y las autoridades estatales

1180 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007. También la Corte Suprema de Justicia en: SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Recurso de Nulidad N.º 524-2015*, Lima: 3 de noviembre del 2015; SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CEVALLOS VEGA), *Recurso de Nulidad N.º 3305-2015*, Lima: 15 de marzo del 2017; y SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez BARRIOS ALVARADO), *Queja N.º 40-2011*, Lima: 6 de marzo del 2012.

1181 Vid. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., pp. 83 y 89.

(v. gr.: jueces, tribunales administrativos). Su centro de gravedad y lugar *par excellence* en el que se desarrolla el derecho de prueba es a nivel de un proceso o cualquier investigación¹¹⁸².

Por su parte, la dimensión extraprocesal del derecho a la prueba implica que toda persona tiene derecho a investigar, recoger y seleccionar las fuentes de prueba que pueden sustentar sus afirmaciones que plantea y que forman parte de su pretensión, actual o futura. Este derecho fundamental no discurre única y exclusivamente dentro de los cauces formales y al interno de un determinado proceso (penal, civil, administrativo, laboral, etc.), sino también fuera de él, sobre todo, cuando se investiga y recoge las fuentes de prueba y la evidencia para sustentar una pretensión o una defensa, cualquiera sea su clase. La información que se incorpora a un proceso normalmente existe y se produce fuera y extramuros de él; por ello, es que se alude a prueba preconstituida y prueba constituida.

4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA ES UN DERECHO AUTÓNOMO

256

Una de las características del derecho a la prueba como derecho fundamental es su autonomía y valor propio dentro de la constelación de derechos fundamentales.

No se trata de un derecho dependiente, de un derecho subordinado o que no cuenta con autonomía conceptual y jurídica. La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-496/15, ha reconocido la autonomía del derecho a la prueba al considerar: “El derecho a presentar pruebas tiene un carácter fundamental autónomo, a la vez que es una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso”.

Pese a la posición de la autonomía conceptual y jurídica del derecho a la prueba la doctrina nacional considera que no se trata de un derecho fundamental autónomo, en la medida que constituye un derecho integrante

1182 DEVIS ECHANDÍA considera que no puede hablarse del derecho a probar sino de un punto de vista exclusivamente procesal. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 26.

de un derecho fundamental mayor como el derecho al debido proceso¹¹⁸³ o del derecho de defensa¹¹⁸⁴. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho constitucional a probar no es un derecho autónomo¹¹⁸⁵. Igual la Corte Suprema de Justicia considera que el derecho a probar carece de autonomía¹¹⁸⁶.

Creemos que el hecho de que se considere el derecho a la prueba como un derecho fundamental lleva consigo la imperiosa necesidad de sostener su plena *autonomía* tanto desde la perspectiva constitucional como procesal. Un derecho constitucional por regla es autónomo y su valor y vigencia no depende de otros derechos fundamentales como el derecho de defensa, el debido proceso o la tutela judicial efectiva.

La pertenencia del derecho a la prueba al debido proceso o a la tutela judicial efectiva (art. 139.3 de la Const. Pol.) no significa que su carácter de derecho fundamental sea dependiente o sea una simple extensión. El que un derecho fundamental —el derecho a la prueba o cualquier otro derecho— forme parte del macro derecho del debido proceso o la tutela judicial efectiva no quiere decir que carezca de autonomía. Bajo esa lógica ningún derecho fundamental de carácter procesal que forma parte del debido proceso (v. gr. el derecho a un juez imparcial, independiente, el derecho de defensa,

1183 Vid. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 84.

1184 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 755.

1185 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04208-2017-PHC/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01137-2017-PA/TC*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00624-2013-PHC/TC*, Lima: 8 de julio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03997-2013-PH/TC*, Lima: 24 de noviembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01032-2013-PHC/TC*, Lima: 31 de octubre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01735-2016-PHC/TC*, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01793-2013-PHC/TC*, Lima: 9 de diciembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04869-2012-PA/TC*, Lima: 11 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02714-2012-PA/TC*, Lima: 22 de mayo del 2013; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005.

1186 SALA CIVIL PERMANENTE (ponente: Sr. juez CALDERÓN CASTILLO), *Recurso de Casación N.º 3161-2012 Cusco*, Lima: 4 de junio del 2013.

el derecho a ser investigado en un plazo razonable) podría ser considerado como un derecho autónomo o que goza de valor propio. Todos los derechos fundamentales de carácter procesal serían derechos instrumentales, subordinados y no tendrían un valor por sí mismo.

257

La autonomía del derecho a la prueba es una autonomía:

- (i) *Conceptual*, desde el momento que se distingue lógicamente de otros derechos fundamentales como el derecho de defensa o el derecho a motivar las resoluciones judiciales.
- (ii) *Jurídica*, debido a que el derecho a la prueba está dotado de un contenido jurídico propio, distinto a los demás derechos fundamentales.
- (iii) *Constitucional*, en atención de que derecho a la prueba forma parte del conjunto de derechos constitucionales que derivan de la vigencia de la dignidad de la persona humana.

Si se reconoce que un derecho posee el rango de “fundamental”, lleva *ab initio* la condición de que dicho derecho es autónomo. No hay un derecho fundamental dependiente en sentido constitucional. Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son aquellas que permiten adoptar decisiones sobre la estructura básica del Estado, la sociedad y la persona¹¹⁸⁷. En todo caso, se distingue entre la autonomía del derecho fundamental y el ejercicio autónomo de un derecho fundamental¹¹⁸⁸.

1187 Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 505.

1188 ALÁEZ CORRAL señala: “Ciertamente, se requieren unas determinadas cualidades naturales y legales para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales. Quien, como consecuencia de su menor edad, carece de capacidad para escribir o simplemente comunicar, difícilmente puede ejercer ciertas facultades del derecho al secreto de las comunicaciones, quien aún no puede realizar un juicio valorativo, debido a su inmadurez, tampoco puede ejercitar su libertad de conciencia, etc.”. Luego agrega: “La capacidad requerida para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales no puede coincidir con la requerida para obrar con eficacia jurídica en los niveles *infra* constitucionales. Ahora bien, dada la importancia social (reflejada en su constitucionalización y garantía internacional convencional) de los intereses y facultades que se protegen y ejercen a través de los derechos fundamentales, ni la falta de capacidad natural o madurez, ni la posibilidad de ejercicio a través de un tercero (heteroejercicio), pueden tener la extensión que habitualmente se ha atribuido por la legislación civil a la capacidad de obrar infraconstitucional. Aunque la capacidad de obrar iusfundamental y capacidad de obrar infraconstitucional pueden tener en común el efecto habilitante para el ejercicio de facultades y derechos, en casi todo lo demás sus diferencias priman sobre sus semejanzas”.

Se debe distinguir entre el fundamento de un derecho constitucional (v. gr. la dignidad de la persona humana, el debido proceso) y la autonomía de dicho derecho. Un derecho fundamental (v. gr. el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la prueba) puede tener su fundamento en la dignidad de la persona humana o el debido proceso, pero ello no quiere decir que se trata de un derecho dependiente o no autónomo.

El derecho a la prueba posee un valor semejante a los demás derechos fundamentales. No posee un valor menor ni un valor mayor.

5. EL DERECHO A LA PRUEBA NO ES UN DERECHO ILIMITADO QUE SUPONE ADQUIRIR TODA CLASE DE PRUEBAS

El reconocimiento del derecho a la prueba como un derecho fundamental no supone identificarlo como un derecho ilimitado a la admisión de cualquier medio de prueba¹¹⁸⁹ o acto de investigación. El *ius postulandi* de los medios de prueba debe cumplir con los requisitos formales y materiales previstos en la ley¹¹⁹⁰. Este derecho no quiere decir que toda petición probatoria o de actuación de una evidencia deba admitirse de manera obligatoria en el proceso. No existe un derecho a admitir cualquier medio de prueba. 258

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que han sido ofrecidos¹¹⁹¹. Igual ocurre con los actos de investigación o diligencias que se desarrollan en el marco de las diligencias preliminares o la investigación preparatoria por parte del Ministerio Público. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no

ALÁEZ CORRAL, Benito, "El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 21, Granada: 2013, pp. 50 y 51.

1189 Vid. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, ob. cit., p. 123; UBERTIS, *Il processo penale. La verifica dell'accusa*, ob. cit., p. 46; CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*, ob. cit., p. 170; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 31; y BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 106.

1190 Cfr. SCALFATI y SERVI, *Trattato di procedura penale*, ob. cit., p. 35.

1191 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00288-2012-PHC/TC*, Lima: 3 de mayo del 2012.

sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos¹¹⁹².

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, nacional y comparada, se reconoce que el juez admite los medios de prueba y el fiscal los actos de investigación con base en cinco criterios¹¹⁹³:

- (i) Los medios de prueba deben ser pertinentes, es decir, deben guardar relación con la existencia del enunciado fáctico, con la autoría o participación de una persona o puede tender a rebatir la credibilidad de una prueba.
- (ii) El medio de prueba no debe estar prohibido por la ley, ya sea por afectar la libertad y autodeterminación de la persona o violar en núcleo esencial de los derechos fundamentales. La Ley Procesal peruana prescribe que solo se podrán excluir los medios de prueba que no sean pertinentes y prohibidos por la ley (art. 155.2 del CPP).
- (iii) Los medios de prueba no deben ser sobreabundantes o superfluos en el sentido que no deben suponer la adquisición de un resultado cognoscitivo ya obtenido a través de otros medios de prueba. La admisión y actuación de los medios de prueba debe ser racional por lo que evita el desgaste de tiempo y recursos en la admisión de medios de prueba inútiles cuyo resultado posible ya fue logrado a través de otras pruebas.
- (iv) El medio de prueba debe ser relevante o útil en la acreditación del hecho en el sentido de que el resultado probable debe ser idóneo para demostrar la existencia del hecho a probar.
- (v) No se deben admitir aquellos medios de prueba de imposible obtención al interior del proceso. La prueba de imposible consecución es aquella que no podrá obtenerse por concurrir una causa objetiva (antecedente o sobreviniente) que lo impide (v.

1192 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005.

1193 Véanse los cuatro criterios que recogen TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 245; TONINI, y CARLOTTA, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 64; y BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 103.

gr. se pretende llamar a declarar a una persona fallecida o se pide hacer una autopsia a un cadáver completamente calcinado).

En efecto, se debe observar la necesidad de que el procedimiento de admisión sea respetado escrupulosamente ponderando que el medio de prueba que se pretende introducir al proceso no sea prohibido por la ley, así como se debe verificar la respectiva utilidad del medio de prueba efectuando el respectivo experimento gnoseológico. En este sentido, se requiere que el medio de prueba que se ofrece sea pertinente y guarde relación con el objeto del proceso; de tal manera que debe haber una conexión lógica y, hasta donde sea posible, debe haber una relación técnica o científica entre el medio de prueba que se ofrece y el hecho que se pretende acreditar (v. gr.; no se puede introducir al proceso una prueba mágica o supersticiosa). El medio de prueba debe estar dotado, además, de una característica de relevancia en tanto la evidencia debe ser idónea para aportar un elemento cognoscitivo conforme y compatible con los parámetros epistemológicos históricamente vigentes y que deben ayudar a confirmar o desmentir la afirmación probatoria a la que se refiere¹¹⁹⁴.

La admisión o no de los medios probatorios requiere el análisis de su pertinencia, relevancia y utilidad. No puede supeditarse su admisión en materia penal a partir del análisis particular del delito cometido, la clase de víctima¹¹⁹⁵, la gravedad de la infracción, la responsabilidad penal o no de

1194 Cfr. UBERTIS, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, ob. cit., p. 46.

1195 No obstante, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha señalado: "El recurrente sostiene que la negativa de practicar un nuevo examen médico al menor agraviado vulneró su derecho a probar, sin embargo, este Colegiado considera que, conforme se señala en el fundamento 26 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 6712-2005-PHC/TC, el derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos, *lo que en el caso de autos se justifica teniendo en consideración que el proceso penal seguido contra el recurrente el agraviado es un menor, se trata de un delito de violación sexual y el examen médico legal ha sido materia de análisis y debate en el juicio oral*" (la cursiva es nuestra). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00288-2012-PHC/TC*, Lima: 3 de mayo del 2012.

Queda claro que, desde el punto de vista constitucional, el ejercicio y eficacia del derecho de prueba no puede hacerse depender de la condición de agraviado (menos) o la clase de delito cometido (violación sexual). El hecho de que "el examen médico legal ha sido materia de análisis y debate en el juicio oral" no supone una respuesta razonable y satisfactoria a los agravios denunciados, pues no se discute si el examen médico legal se debatió o analizó en el juicio oral, sino la respuesta del órgano jurisdiccional respecto a la

quien ofrece el medio de prueba, el grado de vinculación al hecho, entre otros factores.

El principio de relevancia de la prueba reconoce también algunas excepciones derivadas de una regulación legal específica que busca proteger otros intereses o derechos. Ello ocurre, por ejemplo, con el caso del periodista que es citado a declarar como testigo a quien se reconoce la facultad de no revelar sus fuentes. Otro caso de limitación normativa de la relevancia de la prueba consiste en la exclusión de la prueba en la segunda o ulterior instancia si dicha prueba estuvo disponible y fue posible usarla desde el inicio del procedimiento.

259

El derecho a la prueba no obliga a que el juez (el fiscal) se deje convencer o persuadir de manera obligatoria por los medios de prueba ofrecidos por una de las partes acerca de la existencia o inexistencia de los hechos como consecuencia de la admisión o actuación de los medios de prueba ofrecidos¹¹⁹⁶.

Asimismo, este derecho no obliga a que el juez asigne un determinado valor o resultado probatorio a uno o varios medios de prueba presentados por una de las partes. El derecho a la prueba no obliga al juez a acoger o a aceptar el resultado probatorio de un determinado medio de prueba propuesto por una de las partes. El órgano jurisdiccional es libre de conceder el valor y el peso que estime pertinente a un medio de prueba o a las pruebas actuadas en el proceso, siempre que se realice un análisis de manera racional o razonada.

El juez es libre de evaluar la prueba, pero sin ignorar y omitir el análisis de los medios de prueba actuados (o los actos de investigación) ni tampoco tergiversar su sentido. Se trata de una libertad razonada que debe ser ejercida con el respeto escrupuloso al derecho a justificar las decisiones judiciales.

negativa de practicar un nuevo examen médico. Se incurre en una falacia de elusión del problema. Asimismo, no se da cuenta si —en lo que guarda íntima solución con la controversia— la defensa estuvo de acuerdo con la decisión de la sala, hecho que descartaría la afectación al derecho de prueba, o si impugnó o se reservó el derecho, ni el resultado de dicha impugnación.

1196 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 106.

6. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PRUEBA

La titularidad del derecho a la prueba recae en toda persona que participa —o puede intervenir— en un proceso, ya sea como parte o como tercero legitimado¹¹⁹⁷. No importa que sea una parte activa o una parte pasiva. De manera amplia, se entiende que la titularidad del derecho a la prueba recae en quien puede ejercer una determinada acción o pretensión.

Se trata de un derecho de todas las partes del proceso —sean públicas o privadas— de introducir todos los medios de prueba disponibles, relacionados con el objeto del proceso¹¹⁹⁸ a fin de acreditar la verdad de los enunciados que se han planteado al momento de sustentar su pretensión con lo que abre la posibilidad de asegurar de modo pleno que el juez pueda dictar una decisión judicial favorable¹¹⁹⁹. El poder de disponer de medios de prueba es una facultad constitucional de las partes a nivel de la investigación y el proceso penal, al margen si se trata de partes principales o secundarias¹²⁰⁰. Forma parte del derecho de acción y de defensa que se le reconoce a todos los sujetos procesales¹²⁰¹. En su dimensión subjetiva se trata de un derecho de las partes —públicas o privadas— de emplear instrumentos cognoscitivos para sustentar una determinada pretensión¹²⁰².

Si bien en los tratados internacionales de derechos humanos el derecho a la prueba se le reconoce al imputado, por el principio de igualdad de armas y el principio del contradictorio, se debe admitir también el ejercicio de este derecho a la parte acusadora (pública o privada) en la etapa intermedia y en el juicio oral, toda vez que si la Constitución y el CPP le confieren iniciativa

1197 Vid. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 27; y BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., pp. 107 y 144.

1198 Vid. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 462; UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 201; SCALEATI y SERVI, *Trattato di procedura penale*, ob. cit., p. 36; y DALIA, Andrea Antonio y Marzia FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 7.ª ed., Padova: Cedam, 2010, p. 177.

1199 Cfr. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 462.

1200 Vid. FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, 4.ª reimp. de la 3.ª ed., Bogotá: Temis, 2002, p. 281; y DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 266.

1201 Cfr. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, Milano, ob. cit., p. 337.

1202 Cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, ob. cit., p. 201.

de persecución penal obviamente también le asignan facultades y poderes de participación en la actividad procesal, sobre todo aquellas destinadas a acreditar los hechos en los que se funda la imputación y que deben probar con prueba pertinente y útil, más allá de una duda razonable¹²⁰³.

En el proceso, cualquiera que sea su clase, la legitimidad para ejercer el derecho a la prueba lo despliegan aquellos sujetos procesales distintos al juzgador que pueden intervenir en la actividad probatoria (v. gr. el agraviado, denunciante, demandante, demandado, tercero civil¹²⁰⁴, etc).

262

La titularidad del derecho a la prueba obliga a que solo se incorporen al proceso y/o procedimiento aquellos medios probatorios que provengan de los sujetos procesales legitimados para producir y ofrecer prueba, tal como es el caso de las partes, de los terceros y del propio juzgador en el caso de que se pretenda incorporar pruebas de oficio¹²⁰⁵.

La regla en toda clase de proceso, procedimiento e investigación es que solo se admitan aquellos medios probatorios ofrecidos por aquellos sujetos que se encuentren legitimados para participar en el proceso y, por tanto, en la actividad probatoria.

Asimismo, es posible que, según las reglas procesales, a un sujeto procesal solo se le reconozca facultades para ofrecer prueba sobre un objeto parcial del proceso, tal como puede ocurrir, por ejemplo, con el actor civil para el caso de la reparación civil en algunos modelos procesales.

263

Se considera que en el proceso el sujeto pasivo del derecho a la prueba es el juez quien está obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas por las partes, siempre que cumplan con las formalidades legales¹²⁰⁶ como, por ejemplo, que los medios de prueba sean pertinentes y útiles. La inadmisión arbitraria de la prueba que se ofrece en el proceso constituye una auténtica

1203 GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 84.

1204 Cfr. SCALFATI y SERVI, *Trattato di procedura penale*, ob. cit., p. 36.

1205 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 146.

1206 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 85; y DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 27.

forma de denegación de justicia que puede generar responsabilidades penales, disciplinarias y civiles¹²⁰⁷.

Igual ocurre en las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria en donde se reconoce al imputado —y a los demás sujetos procesales— la facultad de proponer diligencias y actos de investigación que sean pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación (art. 337.4 del CPP).

En cualquier clase de procedimiento el sujeto pasivo del derecho de probar es cualquier autoridad que conduzca o decida dicho procedimiento, según la ley de la materia.

El alcance de la titularidad del derecho a la prueba lo fija la ley, sustantiva o procesal, que adjudica una serie de competencias y facultades al sujeto que participa en el proceso. Asimismo, cuando la ley no lo precisa depende del interés concreto y la legitimidad para participar de manera completa o parcial en el objeto del proceso.

264

Los órganos de prueba como los testigos o peritos no pueden ofrecer medios de prueba. Sin embargo, una cosa es que los órganos de prueba no puedan ofrecer pruebas y otra muy distinta es que sus declaraciones, o sus afirmaciones, no puedan ser corroboradas a través de otros medios de prueba (v. gr. otros testimonios, documentos, etc.).

7. EL EFECTO IRRADIANTE (VERTICAL Y HORIZONTAL) DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho fundamental a la prueba rige en cualquier clase de proceso, procedimiento o investigación.

265

Su ámbito de aplicación es sumamente extenso y transversal a cualquier procedimiento y/o proceso, sin excepción alguna. Se aplica, en toda su extensión, a cualquier procedimiento de carácter jurisdiccional (penal, laboral, mercantil, civil, etc.), en el procedimiento administrativo, arbitral,

1207 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 27.

militar, en el antejuicio político o en los procesos disciplinarios, cualquiera sea su índole¹²⁰⁸.

Se aplica también en la investigación del delito: diligencias preliminares e investigación preparatoria.

266

El derecho a la prueba posee una eficacia tanto *vertical* y *horizontal*, ya que como derecho fundamental obliga tanto a las instancias públicas como privadas. No solo se ejerce ante las autoridades o los funcionarios públicos, ya que también, por ejemplo, se desarrolla en el derecho disciplinario de las empresas en relación con los trabajadores.

De igual manera, el derecho a la prueba como todo derecho fundamental obliga a todos los poderes públicos: tanto al Poder Legislativo, al Poder Judicial como también a cualquier otra instancia estatal en el que se discutan intereses de una persona (natural o jurídica), sea que se trate de intereses públicos o privados. También se debe respetar este derecho fundamental en cualquier procedimiento privado.

267

El TC peruano sostiene que la Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y a la sociedad en general. El art. 38 de la Constitución establece 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 a aquellas establecidas entre particulares¹²⁰⁹. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privados* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado que pretenda conculcar o desconocerlos resulta inexorablemente inconstitucional¹²¹⁰. En suma, pues, los derechos constitucionales informan y se

1208 BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 84.

1209 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00537-2007-PA/TC*, Lima: 18 de diciembre del 2008; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1124-2001-AA/TC*, Lima: 11 de julio del 2002.

1210 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1124-2001-AA/TC*, Lima: 11 de julio del 2002; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3330-2004-AA/TC*, Lima: 11 de julio del 2005.

irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico —incluidos los referidos a la materia laboral—, pues ellos forman parte esencial del orden público constitucional¹²¹¹.

Los dos elementos caracterizadores del Estado constitucional son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto estos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares¹²¹².

El Estado social y democrático de derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical —frente a los poderes del Estado— y horizontal —frente a los particulares—. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que estos no solo son derechos subjetivos de las personas, sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales —justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros— recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional¹²¹³.

En el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado —*eficacia vertical*— como de los particulares —*eficacia horizontal*—; más

1211 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 976-2001-AA/TC*, Lima: 13 de marzo del 2003.

1212 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6204-2006-PHC/TC*, Lima: 9 de agosto del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2725-2008-PHC/TC*, Lima: 22 de septiembre del 2008; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC*, Lima: 15 de febrero del 2007.

1213 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00474 2016-PA/TC*, Lima: 28 de marzo del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03583-2012-PA/TC*, 7 de agosto del 2013; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02799-2011-PA/TC*, Lima: 31 de enero del 2012.

aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual —*dimensión subjetiva*—, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora —*dimensión objetiva*—¹²¹⁴.

Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o *inter privados*. Tal efecto se deriva, por un lado, del art. 38 de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada.

Negar que los derechos fundamentales puedan tener eficacia en las relaciones entre privados importaría tanto como afirmar, como se hiciera en el siglo XIX, que la Constitución solo es un documento normativo cuyo ámbito de aplicación comprende a las diversas dependencias estatales. Naturalmente, semejante definición no se corresponde con nuestro concepto de Carta Magna, según el cual la Constitución es la ley fundamental de la sociedad y, como tal, vincula y a ella quedan vinculados todos los poderes públicos e, incluso, los propios particulares¹²¹⁵.

268

El TC peruano señala que los derechos fundamentales no solo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, quiere ello decir que estos tienen la capacidad de irradiarse por todo el ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben de interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los

1214 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00085-2008-PA/TC*, Lima: 22 de abril del 2009.

1215 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 410-2002-AA/TC*, Lima: 15 de octubre del 2002.

poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales¹²¹⁶.

La eficacia horizontal también se ha postulado atendiendo a la concepción objetiva de los derechos fundamentales, que impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión; de tal manera que entre los sujetos pasivos de los derechos ya no solo se encuentra el Estado, sino también los propios particulares¹²¹⁷.

El TC peruano ha señalado como casos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales los temas relacionados con derechos laborales¹²¹⁸, salud y medioambiente¹²¹⁹, la protección del honor¹²²⁰ y el debido proceso¹²²¹, entre otros.

El debido proceso se aplica también a las relaciones *inter privados*, pues el que las asociaciones sean personas jurídicas de derecho privado no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora. En tal sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido

269

1216 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 976-2001-AA/TC*, Lima: 13 de marzo del 2003.

1217 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02799-2011-PA/TC*, Lima: 31 de enero del 2012; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00228-2009-PA/TC*, Lima: 22 de marzo del 2011.

1218 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0206-2005-PA/TC*, Lima: 28 de noviembre del 2005.

1219 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04216-2008-PA/TC*, Lima: 6 de marzo del 2013; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 964-2002-AA/TC*, Lima: 17 de marzo del 2003.

1220 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03696-2011-PA/TC*, Lima: 9 de noviembre del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02982-2010-PA/TC*, Lima: 13 de octubre del 2011; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3362-2004-AA/TC*, Lima: 29 de agosto del 2006.

1221 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1461-2004-AA*, Lima: 23 de junio del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4241-2004-AA/TC*, Lima: 10 de marzo del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00644-2006-PA/TC*, Lima: 6 de noviembre del 2008; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1027-2004-AA/TC*, Lima: 20 de mayo del 2004.

proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que establezcan; a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen¹²²².

En el caso de asociaciones privadas si los cargos que se imputan a un asociado no constituyen afectaciones de bienes estatutariamente contemplados, sino que se sustentan en la eventual comisión de ilícitos penales, la posibilidad de expulsar a un asociado sobre la base de ellos constitucionalmente solo puede admitirse si es que judicialmente se ha declarado su responsabilidad penal. Obrar en el sentido inverso, es decir, en el sentido de que la imputación de la comisión de un ilícito penal es razón suficiente para expulsar a un asociado, aun cuando no exista sentencia condenatoria, constituye una manifiesta inversión del principio de presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad, incompatible, desde luego, con la propia Norma Fundamental¹²²³.

170

La afectación al derecho de prueba es posible que provenga tanto de la actividad judicial como de la actividad legislativa. En el primer caso, el juez pese a la relevancia de la prueba decide no admitir o recibir la prueba ofrecida. En el segundo caso, la posible violación surge bien cuando la ley restringe la posibilidad de presentar pruebas relevantes sin que haya una justificación racional o algún fundamento que lo justifique o bien cuando se configura legislativamente una presunción *iure et de iure* de que no se admite prueba en contrario¹²²⁴.

Una disposición legal que restrinja de modo injustificado el ofrecimiento de medios de prueba o la admisión de los mismos en el proceso, sean estos medios de prueba típicos o atípicos, es contraria a la Constitución por afectar de manera directa un derecho fundamental. De allí que, con razón, un sector de la doctrina penal considera que dichas normas al afectar el núcleo de un derecho fundamental deban ser consideradas nulas e inválidas y, por tanto, inaplicables.

1222 *Loc. cit.*

1223 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3312-2004-AA/TC*, Lima: 17 de diciembre del 2004.

1224 *Vid. FERRER BELTRÁN, La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 55.

Pese al rango constitucional del derecho a la prueba se reconoce un ámbito de discrecionalidad del legislador, por ejemplo¹²²⁵:

- (i) Cuando se exige que un determinado hecho sea probado con cierta clase y tipo de medios de prueba y no con otro medio de prueba (v. gr. en el derecho civil determinados contratos solo pueden ser acreditados con documentos o con actos que revistan ciertas formalidades).
- (ii) Cuando se exige que en determinados procedimientos solo puedan utilizarse algunos medios de prueba y no otros (v. gr. en la ejecución civil de títulos valores no puede utilizarse la declaración de testigos).

8. LA CONCEPCIÓN AMPLIA Y LA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA PRUEBA. ¿EL DERECHO A LA PRUEBA SE EXTIENDE A LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA O ES UN DERECHO QUE SE EJERCITA EXCLUSIVAMENTE EN EL JUICIO ORAL?

El derecho a la prueba como *derecho fundamental implícito*¹²²⁶ en el ordenamiento jurídico peruano presenta problemas particulares en cierta clase de procesos. 271

Por ejemplo, a nivel del proceso penal existe una discusión particular de si el derecho a la prueba rige solo en el ámbito concreto y exclusivo del juicio oral o se extiende a todas las etapas del proceso penal, entre la que se incluye en el caso del derecho peruano, por ejemplo, a las diligencias preliminares y a la investigación preparatoria.

Al respecto, se pueden encontrar, en líneas generales, dos puntos de vista.

Un primer punto de vista, de carácter restrictivo, considera que a nivel del proceso penal la noción y el ejercicio del derecho a la prueba cuenta con 272

1225 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 142.

1226 Cfr. CAMBI, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, ob. cit., p. 36; BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 86; y ALFARO VALVERDE, “Derecho fundamental a la prueba. Garantía constitucional de naturaleza procesal”, art. cit., p. 79 y ss.

un ámbito de aplicación que se limita al juicio oral que es el momento estelar en el que se desarrolla la actividad probatoria. La principal consecuencia de este planteamiento es que la inadmisión de una diligencia de investigación no supone la vulneración del derecho a la prueba —salvo el caso de la prueba anticipada—, sino que implica la lesión de otro derecho fundamental, distinto al derecho a la prueba, como es el derecho a la defensa, en la medida que el nacimiento y vigencia de este derecho fundamental se remonta al inicio mismo del proceso penal. En la investigación (o instrucción) del delito no existe propiamente un derecho a la prueba lo que no implica que no cuente con el derecho irrestricto a la defensa¹²²⁷.

En la doctrina procesal penal peruana se considera que el ámbito de aplicación de este derecho se circunscribe a la etapa intermedia y de enjuiciamiento y llega a comprender las solicitudes de prueba anticipada que pueden requerirse en la investigación preparatoria (art. 241.1 del CPP). Se resalta que los actos de investigación no son pruebas 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 procesal¹²²⁸.

En la jurisprudencia peruana esta posición ha sido asumida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, quien ha señalado¹²²⁹:

[L]a materialización del derecho a ofrecer actos de investigación como manifestación extensiva de la garantía de defensa procesal del imputado. Al respecto, cabe distinguir el derecho precedentemente citado sobre el llamado derecho a la prueba, ya que este último tiene un régimen de vigencia circunscripto, en principio, con la alegación

1227 “Pero de acuerdo con la garantía constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba, podría decirse que el sistema de proposición, hoy en día hay que considerarlo abierto hasta el mismo acto del juicio oral en la forma que ya lo permite el procedimiento abreviado (art. 793.2 L.E.Crim.)”. LUIS-ROMÁN PUERTA, Luis, *La prueba en el proceso penal*, en Aldaba. Revista del centro asociado a la UNED de Melilla, n.º 24, 1995, p. 61. Vid. PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en LLUNCH, Xavier Abel y Manuel Richard GONZALES (coords.), *Estudios sobre la prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, vol. I, Barcelona: La Ley, 2010, pp. 29 y 30.

1228 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 756.

1229 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza VILLA BONILLA), *Recurso de Apelación N.º 20-2021-3*, Lima: 22 de septiembre del 2021.

defensiva que postula el imputado una vez conocido el objeto del proceso deducido por el fiscal ante el órgano jurisdiccional competente. Su vigencia no está condicionada de la misma manera en el desarrollo de la investigación, pues en ella —como se ha dicho— rige preferentemente el principio de investigación oficial bajo el criterio de objetividad.

Sobre el particular, PICÓ I JUNOY sostiene que el derecho a la prueba deduce su ámbito de aplicación al juicio oral, ya que es en ese momento donde se desarrolla la actividad probatoria, por lo que solo en él se infringe propiamente el derecho en mención. Consecuentemente, la inadmisión de una diligencia durante la etapa de investigación no supone una vulneración del derecho (salvo que se postule la actuación de una prueba anticipada). No se puede olvidar, en este sentido, que las actuaciones de investigación carecen de naturaleza probatoria. Empero, ello no significa que el imputado carezca del derecho de defensa en esta etapa¹²³⁰.

El Ministerio Público, en efecto, decide la estrategia de investigación, pero se cuida de garantizar en ella el derecho de defensa del imputado, siempre atento a que las diligencias se desarrollen con regularidad (*vid.* art. 65.4 del CPP). El derecho a ofrecer actos de investigación es, de esta manera, una manifestación extensiva de la garantía de defensa procesal del imputado (*vid.* parte *in fine* del art. IX. 1 del CPP).

273

Un segundo punto de vista considera que el derecho fundamental a la prueba debe interpretarse en un sentido amplio y extensivo como un derecho a utilizar la prueba *en todas y cada una de las etapas del proceso penal*; de tal manera que su alcance no se restringe a una sola fase del proceso penal como es el juicio oral.

El derecho a la prueba como derecho fundamental no es un derecho de una sola y exclusiva etapa procesal, sino un derecho dinámico que se presenta en todas las fases del proceso penal. Así, como el derecho a un proceso con todas las garantías se presenta en todo proceso judicial y en cada una de sus etapas el derecho a la prueba también rige en todas las etapas del proceso

1230 PICÓ I JUNOY, “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, art. cit., p. 29.

penal¹²³¹. No hay razón constitucional y legal para restringir los alcances del derecho fundamental a la prueba a una sola etapa del proceso penal.

Las razones que conducen a sostener dicha posición son:

- (i) El art. IX.1 del título preliminar del Código Procesal Penal prescribe como derecho del imputado: “A intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes”. El derecho a la prueba no es un derecho meramente formal, sino material que para que sea efectivo implica que se utilice los medios de prueba (o los actos de investigación) pertinentes en todas las etapas del proceso penal y no en una sola fase.

El derecho a la prueba regulado en el art. IX.1 del título preliminar del CPP no solo rige en una etapa concreta del proceso penal —v. gr. el juicio oral—, sino en todas sus fases, como es el caso de la investigación preparatoria, que comprende las diligencias preliminares (art. 337.2 del CPP¹²³²). La persona tiene derecho a defenderse aportando medios de prueba y actos de investigación desde que existe una imputación en su contra.

La regulación que formula el art. IX.1 del título preliminar del CPP no restringe el ejercicio del derecho a la prueba al juicio oral o la etapa intermedia. Por el contrario, se trata de una regulación que debe interpretarse en un sentido amplio.

Las reglas del título preliminar del CPP rigen para todas las fases, procesos y procedimientos del Código Procesal Penal y de las leyes procesales de carácter penal. Se trata de disposiciones legales

1231 “[E]l imputado debe tener ya durante el procedimiento instructorio un derecho de solicitud de prueba asegurado, que deben existir fundamentos claros para denegar las solicitudes de prueba que puedan ser controlados en forma precisa en caso de que el juez del hecho se haya negado a una solicitud con razón o sin ella”. HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, ob. cit., p. 94.

1232 “Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción”.

que poseen un *rango materialmente constitucional* cuyo alcance es sumamente amplio.

En la doctrina se afirma que hay derechos fundamentales formales de cuyo contenido no se puede predicar que se trate efectivamente de un derecho constitucional; así como hay también derechos fundamentales materiales que no se encuentran reconocidos en la Constitución. Los derechos formal y materialmente fundamentales son los que encuentran su sentido y justificación en la dignidad de la persona humana¹²³³.

Se reconoce que en la Constitución hay disposiciones que son *normas formalmente constitucionales* que integran el documento normativo como también hay *normas materialmente constitucionales* que no figuran en la Constitución, pero que tienen la estructura de una norma de nivel constitucional, tal como ocurre con las normas de interpretación constitucional¹²³⁴ o el contenido de las normas que se recogen en el título preliminar del Código Civil, del Código Penal, del Código Procesal Penal, entre otros.

El ejercicio del derecho a la prueba es esencial a nivel de cualquier proceso o procedimiento (público o privado) en la que se busca realizar y concretar una determinada pretensión y obtener una resolución fundada en derecho. Sin la presentación, admisión y evaluación racional de la prueba no es posible lograr una defensa y una tutela judicial efectiva de las pretensiones de las partes. Asimismo, el hecho de que se busque obtener una resolución fundada en derecho supone como presupuesto el obtener una decisión fundada en prueba. No es posible jurídicamente el sostener la aplicación del derecho sin el apoyo y cobertura de los medios de prueba. En efecto, no puede haber una decisión fundada en derecho si es que no se asienta en la prueba admitida y actuada. Una decisión fiscal o judicial al margen de los medios de

1233 Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, 10.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 100.

1234 Cfr. BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, 5.^a ed., Sao Paulo: Saraiva, 2015, p. 108.

prueba admitidos y actuados en el proceso constituye el ejemplo paradigmático de una decisión arbitraria.

- (ii) El derecho a la prueba como otros derechos fundamentales de carácter procesal —como la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho a conocer los cargos de manera detallada, el derecho al juez imparcial, entre otros— no se limita su ejercicio a una concreta etapa del proceso penal, sino que su alcance y efecto irradiante se extiende a todas las fases del proceso penal.

Así, como se reconoce que el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa nacen desde el momento que existe una imputación de carácter penal, el ejercicio del derecho a la prueba también se debe extender al momento que existe una imputación y la persona debe desplegar la actividad probatoria —entendida en sentido amplio y no estricto— para poder acreditar cada una de sus afirmaciones. Por ejemplo, no se concibe la presunción de inocencia ni la efectividad del debido proceso si a la persona no se le concede la facultad de investigar sobre las fuentes de prueba o también ofrecer y actuar medios de prueba de descargo, desde que exista imputación. El derecho a defenderse probando existe desde el instante que hay una imputación formal (v. gr.: apertura de diligencias preliminares) o material (v. gr.: detención en flagrancia) en el proceso penal. No tiene sentido lógico que se admita, sin mayor cuestionamiento, que el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa surgen desde el momento mismo que existe una imputación en contra de una persona y el ejercicio del derecho a la prueba se postergue y difiera su reconocimiento recién a nivel del juicio oral. El derecho constitucional a la prueba surge también, de manera automática, desde que existe una imputación y su ejercicio se activa de modo paralelo y en simultáneo con el ejercicio del derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

Se opone al sentido del debido proceso y el derecho a una investigación justa el entender que la persona puede defenderse desde que existe una imputación, pero no se reconoce al mismo tiempo el derecho a defenderse probando y a ofrecer diligencias o actos de investigación de descargo.

Si se da por cierto los datos y las estadísticas que arrojan que casi un minúsculo grupo de investigaciones y procesos penales llegan a juicio oral, la pregunta que cabe realizar es si en las investigaciones que se archivan, sobreseen y no se formula una imputación o que no llegan a juicio no se ejercita el derecho fundamental a la prueba.

- (iii) Desde la perspectiva constitucional, si se asume como aquí que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, se debe optar por una interpretación amplia y flexible del mismo, tomando como referencia el principio *pro homine* o *pro persona*. El derecho a la prueba exige que se adopte un criterio no formalista, sino más bien un planteamiento que permita proteger y afianzar los derechos de la persona, lo que supone postular que el derecho a la prueba se extiende desde la primera etapa de la investigación del delito y no solo a nivel del juicio oral.

Una interpretación basada en el principio *pro persona* o *pro homine* permite sostener que el ejercicio del derecho fundamental a la prueba se extiende a todas y a cada una de las etapas del proceso penal y no es correcto interpretar su sentido, limitando su ejercicio al ámbito reducido del juicio oral. La persona tiene el derecho a presentar actos de investigación pertinentes y útiles como manifestación del derecho a la prueba no solo en una etapa concreta y específica del proceso penal, sino en todas y cada una de sus etapas.

La Corte IDH sostiene que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su art. 29¹²³⁵, entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican

1235 “Artículo 29. Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella,
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados,
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza¹²³⁶. La Corte IDH destaca que “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”¹²³⁷ o según el principio *pro homine*¹²³⁸. En dicha línea, sostiene en el análisis de un caso peruano: “A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el art. 29.b) de la Convención —el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos”¹²³⁹.

1236 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*, San José: 24 de noviembre del 2017, párr. 57, solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-21/14*, San José: 19 de agosto del 2014, párr. 54, solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

1237 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, San José: 24 de febrero del 2012, párr. 84; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, San José: 15 de septiembre del 2005, párr. 106; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, San José: 1 de agosto del 2004, párr. 181; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, San José: 2 de julio del 2004, párr. 184; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ricardo Baena vs. Panamá*, San José: 2 de febrero del 2001.

1238 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*, San José: 24 de noviembre del 2017, párr. 70.

1239 Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, San José: 28 de febrero del 2003, párr. 103; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0029-2004-AI/TC*, Lima: 21 de mayo del 2004.

Por su parte, el TC peruano ha indicado:

[L]a Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo estructural (art. 51), como desde el subjetivo-institucional (arts. 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (art. 1 de la Constitución).¹²⁴⁰

El TC peruano ha reconocido que los principios interpretativos *pro homine* y *pro libertatis* permiten que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal (v. gr. afectan al derecho al acceso a la justicia constitucional) se opte por aquella interpretación que conduzca a una alternativa lo menos limitadora posible de los derechos fundamentales, descartando de este modo aquellas que, por el contrario, los restrinjan o limiten su ejercicio¹²⁴¹. El principio *pro homine* informa a la justicia constitucional e impone que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales¹²⁴².

El principio *pro homine*, denominado también “regla de la preferencia”, establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el juez escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio¹²⁴³. El principio *pro homine*

1240 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 0030-2005-PI/TC*, Lima: 2 de febrero del 2006.

1241 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 00252-2009-PA/TC*, Lima: 7 de octubre del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 0075-2004-AA/TC*, Lima: 5 de mayo del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 1003-98-AA/TC*, Lima: 6 de agosto del 2002; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 2054-2006-PA/TC*, Lima: 28 de marzo del 2007.

1242 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 03083-2013-PA/TC* (voto singular del magistrado Blume Fortini), Lima: 13 de septiembre del 2016.

1243 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 08174-2013-PA/TC*, Lima: 29 de enero del 2016; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 2214-2014-PA/TC* (voto singular

procura asumir la interpretación más favorable para el destinatario de la protección, así como del principio *pro actione*, mediante el cual el juez tiene el deber de interpretar y aplicar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable, a fin de obtener una decisión válida sobre el fondo¹²⁴⁴. Dicho principio impone que en lugar de asumir la interpretación restrictiva se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional¹²⁴⁵. Se lo identifica como el principio que impone a los jueces (y a los demás intérpretes) de que en lugar de asumir una interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional se opte por aquella que posibilite al recurrente el ejercicio de dicho derecho¹²⁴⁶.

El principio *pro homine* que promueve optar por la interpretación más favorable para la protección de los derechos fundamentales rige en el ámbito del derecho laboral¹²⁴⁷, en la interpretación de

del magistrado Blume Fortini), Lima: 7 de mayo del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 07123-2013-PA/TC* (voto singular del magistrado BLUME FORTINI), Lima: 11 de mayo del 2015; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 07159-2013-PC/TC* (voto singular del magistrado BLUME FORTINI), Lima: 20 de junio del 2017.

- 1244 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01983-2009-PA/TC*, Lima: 28 de mayo del 2010; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0795-2002-AA/TC*, Lima: 29 de enero del 2003.
- 1245 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02061-2013-PA/TC*, Arequipa: 13 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0795-2002-AA/TC*, Lima: 29 de enero del 2003; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1003-98-AA/TC*, Lima: 6 de agosto del 2002; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0075-2004-AA/TC*, Lima: 5 de mayo del 2004; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2054-2006-PA/TC*, Lima: 28 de marzo del 2007.
- 1246 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01499-2010-PA/TC*, Lima: 13 de julio del 2011.
- 1247 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00513 2016-PA/TC*, Lima: 1 de julio del 2016; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02561-2012-PA/TC*, Lima: 2 de julio del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01499-2010-PA/TC*, Lima: 13 de julio del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03623-2014-PA/TC* (Voto singular del magistrado BLUME FORTINI), Lima: 19 de octubre del 2016; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05082-2015-PA/TC* (Voto singular del magistrado BLUME FORTINI), Lima: 19 de octubre del 2016.

las normas relacionadas con la tutela judicial efectiva¹²⁴⁸ (v. gr.: cuestionamiento de actos administrativos¹²⁴⁹), el acceso a la justicia (v. gr.: las normas sobre competencia se basan en establecer lo más beneficioso para la parte demandante¹²⁵⁰ o que fijan el plazo para interponer una acción de amparo¹²⁵¹) como en el campo del derecho procesal penal (v. gr. las medidas coercitivas¹²⁵²).

La doctrina procesal está de acuerdo en sostener la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de las normas que limitan el derecho a la prueba¹²⁵³. Cualquier limitación debe encontrarse fijada en la ley y debe buscar tutelar un bien o un valor constitucionalmente protegido. En el ámbito de los derechos fundamentales se debe buscar la preservación del contenido esencial por lo que se debe interpretar restrictivamente las limitaciones a los derechos¹²⁵⁴.

- (iv) Otro criterio interpretativo indispensable en la dogmática de los derechos fundamentales —y que abona la extensión del derecho a la prueba en el ámbito de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria— es *el principio de la máxima eficacia y realización de los derechos fundamentales*. En el caso del derecho a la prueba su mayor realización y optimización se concreta de modo más adecuado e idóneo en las etapas tempranas y embrionarias del proceso como es el caso de las diligencias preliminares, la investigación preparatoria; y no solo a partir del juicio oral.

1248 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01499-2010-PA/TC*, Lima: 13 de julio del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01983-2009-PA/TC*, Lima: 28 de mayo del 2010; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00252-2009-PA/TC*, Lima: 7 de octubre del 2009.

1249 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02061-2013-PA/TC*, Arequipa: 13 de agosto del 2014; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1003-98-AA/TC*, Lima: 6 de agosto del 2002.

1250 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01983-2009-PA/TC*, Lima: 28 de mayo del 2010.

1251 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00252-2009-PA/TC*, Lima: 7 de octubre del 2009.

1252 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0320-2006-PHC/TC*, Lima: 28 de febrero del 2006.

1253 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 756.

1254 Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, t. II, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 323.

El derecho a la prueba en materia penal no puede ser considerado como un derecho fundamental tardío, póstumo o que aparece en la última etapa del proceso penal, sino que se configura desde el momento que existe una imputación en contra de una persona y ella necesita defenderse probando, lo cual se comprueba, por ejemplo, con los casos que no llegan a juicio oral y que terminan con el archivamiento de los actuados a nivel de la investigación preliminar.

Los medios de prueba, en sentido amplio, no solo son el aspecto central de las decisiones judiciales, sino también de las decisiones fiscales.

Es injustificable que su contenido esencial y configuración constitucional recién aparezca tardíamente en el juicio oral, y no antes, como cuando se está ante las diligencias preliminares, o se afecta de manera grave otros derechos fundamentales (v. gr. se impone una medida limitativa o se aplica una medida coercitiva de carácter personal o real).

Por ejemplo, una medida cautelar (real o personal) o una medida limitativa de derechos puede considerarse arbitraria tanto si es que no se apoya en un soporte objetivo (actos de investigación) como cuando existe un análisis sesgado de los datos que se recogen en la investigación.

Los jueces y los fiscales, desde la perspectiva de la actividad probatoria, no tienen libertad absoluta antes del juicio oral, sino que deben actuar vinculados a la evidencia recogida y a los datos objetivos y externos, es decir, deben sujetar sus actuaciones y decisiones al respeto al derecho fundamental a la prueba.

En la doctrina constitucional se considera como uno de los principios de interpretación constitucional más importantes al denominado *principio de la máxima eficacia*¹²⁵⁵ y *efectividad*¹²⁵⁶ de la

1255 Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, *Curso de direito constitucional*, 4.ª ed., Sao Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 219.

1256 Vid. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., 19 reimp., Coimbra: Almedina, 2017, p. 1224; SARLET, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 219; y BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de direito constitucional*, 9.ª ed., São

Constitución, denominado también principio de efectividad¹²⁵⁷, principio de eficiencia o principio de interpretación efectiva¹²⁵⁸, por el cual a una disposición constitucional se le debe atribuir el sentido de la mayor eficacia posible¹²⁵⁹. A un precepto constitucional se le debe otorgar el sentido que mayor eficacia le dé o le tiene que ser conferida la máxima capacidad de regulación y de concreción¹²⁶⁰ o que le dote de la mayor aplicabilidad y estabilidad posible¹²⁶¹.

Si bien se trata de un principio que rige la interpretación de cualquier disposición constitucional tiene una importancia especial en el ámbito de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales¹²⁶². Por ejemplo, se aplica en los casos en los que hay una duda interpretativa y por el cual se debe preferir el resultado interpretativo que reconoce la mayor eficacia del derecho fundamental concreto¹²⁶³. En el ámbito de los derechos fundamentales se debe buscar la preservación del contenido esencial como se debe interpretar restrictivamente las limitaciones a los derechos, por ejemplo, se debe considerar el carácter excepcional

Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 461.

- 1257 Vid. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, ob. cit., p. 323; y BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, art. cit., p. 341.
- 1258 Vid. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 1224; SARLET, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 219; BULOS, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 461; y MARRAFON, Marco Aurélio y Ilton Norberto ROBL FILHO, “Constituição e efetividade dos direitos fundamentais: caminhos para superação da perspectiva tradicional do direito constitucional brasileiro a partir do princípio da factibilidade e do desenvolvimentismo”, en *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de direito constitucional*, vol. 6, n.º 11, Curitiba: jul.-dez, 2014, pp. 278.
- 1259 Vid. SARLET, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 219; GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 1224; y SARLET, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 1224.
- 1260 Cfr. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, ob. cit., p. 323.
- 1261 Cfr. BULOS, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 461.
- 1262 Vid. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, ob. cit., p. 323; GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 1224; SARLET, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 1224; y BULOS, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 461.
- 1263 Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 1224; y SARLET, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 1224.

de la suspensión de los derechos¹²⁶⁴ o de la incorporación de un medio de prueba al proceso.

El derecho a la prueba, como todo derecho fundamental, determina y dirige la producción, la interpretación y aplicación de las diversas normas jurídicas que rigen la actividad probatoria, al margen de cualquier especialidad jurídica (laboral, penal, civil, tributaria, etc.) o se trate de una ley general o una ley especial; de tal manera que cualquier disposición legal debe ser interpretada y aplicada en armonía con el ejercicio pleno y efectivo de este derecho fundamental¹²⁶⁵. El reconocimiento de un derecho constitucional a la prueba implica la adopción de un criterio de máxima virtualidad y eficacia por el cual se procura admitir e incorporar las pruebas que sean idóneas y pertinentes que aporten información sobre un determinado hecho o circunstancia relevante, lo que realiza una pretensión de justicia y la solución adecuada del caso concreto¹²⁶⁶.

- (v) Uno de los aspectos más importantes del derecho a la prueba no se produce a nivel del juicio oral, sino más bien en las etapas o momentos anteriores —v. gr. la fase de diligencias preliminares o la investigación preparatoria— tal como ocurre con el *derecho a investigar las fuentes de prueba*. El derecho a investigar las fuentes de prueba supone indagar sobre cualquier elemento probatorio que luego se puede utilizar en un eventual proceso. Dicho derecho forma parte del contenido esencial del derecho a la prueba.

La primera manifestación del derecho de prueba es el reconocimiento a las partes de la facultad de buscar las fuentes de prueba necesarias con el fin de acreditar su pretensión y las afirmaciones que luego se sustentarán en el proceso. Con ello, se manifiesta que el derecho a la prueba no solo posee una dimensión procesal, sino también una dimensión extraprocesal en el sentido de que se admite a las partes el derecho a investigar o recoger las fuentes

1264 Cfr. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, ob. cit., p. 323.

1265 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 112.

1266 Cfr. CAMBI, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, ob. cit., p. 35.

de pruebas fuera del proceso a fin de utilizarlo en un eventual proceso¹²⁶⁷, actual o futuro.

El derecho de conseguir las fuentes de prueba es una facultad que pertenece como regla a las partes¹²⁶⁸. En la doctrina comparada se reconoce e identifica un *derecho a la investigación*¹²⁶⁹ o un derecho a la investigación previa¹²⁷⁰, dado que las facultades de descubrir y conseguir los medios de prueba es condición indispensable y requisito esencial para ejercer de manera adecuada el derecho a la prueba y el derecho de defensa. La búsqueda material y efectiva de los elementos de prueba constituye una función fundamental no solo para el ejercicio de la acción penal¹²⁷¹, sino que representa la parte nuclear del ejercicio del derecho de defensa de las partes en el proceso o en la indagación previa.

- (vi) El TC peruano ha extendido el ejercicio del derecho a la prueba a un nivel anterior al juicio oral, sobre todo, en la aplicación de una medida cautelar tan gravosa como la prisión provisional.

El derecho a la prueba no solo rige a nivel de las resoluciones que ponen fin al proceso, en especial, en el caso de las sentencias, ni rige solo para una clase de resoluciones (v. gr. sentencias condenatorias), sino que su vigencia se extiende a toda clase de resolución judicial en la que se discuta una determinada controversia sobre la base de una cierta pretensión y en donde, además, o junto, a las alegaciones que se promuevan se articulen medios probatorios de la más variada clase¹²⁷² (v. gr. pericias, documentos, inspecciones, reconocimientos, etc.).

El derecho de prueba se expresa también a nivel de las resoluciones judiciales que resuelven, imponen o modifican, medidas cautelares ya sea de carácter real o, sobre todo, las medidas cautelares

1267 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 86.

1268 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 265.

1269 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 86.

1270 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 265.

1271 Vid. FLORIAN, *De las pruebas penales*, ob. cit., p. 276.

1272 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 293.

personales en el proceso penal. La Ley Procesal exige que para dictar prisión provisional, además de ampararse en la verificación del peligro procesal, la misma se base en elementos graves y fundados; de tal manera que toda variación o modificación de las razones de la privación de la libertad basada en hechos objetivos y en determinados actos de investigación debe también producir la modificación de la situación jurídica de la persona imputada.

La regla que rige en este ámbito es que toda prueba (o acto de investigación), al margen de su clase, que incida de manera directa y sea pertinente para decretar, levantar o modificar una medida cautelar, en especial las que afecten la libertad personal, debe ser valorada por el órgano jurisdiccional de manera especialmente motivada, tanto a nivel del órgano judicial de instancia como del órgano jurisdiccional que conoce la impugnación. El derecho a la prueba no solo se ejerce ante el órgano *ad quem*. También el órgano *a quo* que conoce el recurso debe resolver y responder acerca del valor y peso probatorio que se le asigna a una determinada prueba.

El TC peruano declaró fundada una demanda de *habeas corpus* presentada contra una Sala Penal Superior en la que se alegaba que se había vulnerado los derechos a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la libertad personal en un proceso penal que se le siguió al beneficiario (Curse Castro) por el delito de homicidio calificado, al que se le practicó la prueba pericial de ADN, lográndose determinar que las muestras de sangre encontradas en sus prendas de vestir no correspondían al perfil genético de la víctima. Por este motivo, se varió la medida de prisión preventiva por la de comparecencia restringida con detención domiciliaria. Sin embargo, la Sala superior, mediante resolución de fecha 15 de abril del 2005, revocó esta medida y dispuso nuevamente su detención sin tomar en consideración la prueba de ratificación pericial de ADN¹²⁷³, que había sido presentada por la defensa oportunamente ante el órgano superior.

1273 “El demandante afirma que al favorecido, en virtud de la prueba pericial de Biología Forense ADN 072-04, de 10 de diciembre del 2004 (f. 194), se le revocó el mandato de detención por el de comparecencia restringida con detención domiciliaria, mediante

El caso es muy interesante, debido a que la prueba que se presentó ante la sala superior que conoció la apelación a la comparecencia con restricciones que se había decretado por el juzgado no fue el informe o dictamen de biología forense —que fue recién presentado el 22 de abril del 2005 luego de la expedición de la resolución que revoca la comparecencia otorgada¹²⁷⁴—, sino la ratificación pericial de biología forense que fue ofrecido junto a un informe escrito, de fecha 5 de abril del 2005, en el cual se alude al dictamen pericial referido, tanto en el contenido del escrito como en la relación de anexos. En ese sentido, el TC razonó:

[E]ste Tribunal considera que la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa no ha valorado la prueba de biología forense aportada por el favorecido, no obstante haber sido oportunamente introducida en el proceso penal que se le sigue por la supuesta comisión del delito de homicidio calificado; lo que, a juicio de este Colegiado, constituye una vulneración del derecho a la prueba y, por ende, al debido proceso¹²⁷⁵.

Pese a que no se presentó el informe pericial, sino la ratificación de la pericia, en donde se hacía referencia a dicho informe, el TC consideró que debía existir un pronunciamiento motivado y expreso sobre dicha ratificación pericial por parte de la Sala superior; de tal manera que anuló la resolución¹²⁷⁶.

resolución de 28 de diciembre del 2004 (f. 188). No obstante, según el demandante, la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, sin considerar la prueba de ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05, de 18 de marzo del 2005 (f. 50), mediante resolución de 15 de abril del 2005 (f. 55), revocó el mandato de detención domiciliaria por el de detención”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005.

1274 “Por su parte, los emplazados señalan que el Dictamen Pericial de Biología Forense 022-05 fue presentado el 22 de abril del 2005, es decir, posteriormente a la expedición de la resolución antes aludida, que es de 15 de abril del 2005 (f. 82), por lo que la nueva prueba que se acompaña debe ser presentada en el proceso principal para su valoración correspondiente y demás efectos que ella pueda producir (f. 88)”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005.

1275 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC*, Lima: 8 de agosto del 2005;

1276 El TC determinó: “Disponer la NULIDAD de la resolución de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de 15 de abril del 2005, sin que ello conlleve

Desde el momento que el TC peruano reconoce la vigencia irrestricta del derecho a la prueba en todas las etapas del proceso penal sin reducirla ni limitarla al juicio oral optimiza y hace efectiva la vigencia del derecho fundamental.

- (vii) La imputación que formula el Ministerio Público debe valorar los actos de investigación de manera objetiva y razonada a fin de no contravenir el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Las decisiones fiscales (disposiciones y requerimientos) deben apoyarse en datos objetivos, en actos de investigación recogidos y en un análisis individualizado y en conjunto de la evidencia que se incorpora. La obligación constitucional (art. 139.5 de la Const. Pol) y legal de la motivación de las decisiones fiscales (arts. 64.1 y 122.5 del CPP) debe basarse en una evaluación razonada y explícita de los elementos probatorios objetivos que se recaudan en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria.

La Constitución desde el momento que reconoce como derecho fundamental a la motivación de las decisiones fiscales y se admite la vigencia del derecho fundamental a la prueba supone obtener determinadas conclusiones:

- Cualquier decisión fiscal se debe apoyar y basar solo y exclusivamente en datos y elementos (actos de investigación) válidamente incorporados a la investigación.
- Debe analizarse todos los actos de investigación que se recogen, tanto de cargo como de descargo. No puede solo analizarse por parte del Ministerio Público los actos de investigación de cargo, sino también los elementos de descargo.

De nada sirve reconocer la vigencia del principio de objetividad y que se ordene a la Fiscalía recoger tanto los actos de investigación de cargo y de descargo si es que se

la inmediata libertad del procesado, cuya sujeción personal al proceso penal debe ser definida por la citada Sala Penal, mediante una nueva resolución que valore la ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05”.

permite y se da licencia al Ministerio Público a analizar y evaluar a su antojo, sin control racional alguno, la evidencia recogida.

La Fiscalía tanto cuando formaliza la investigación preparatoria como cuando formula un requerimiento de una medida limitativa no puede ni debe realizar un análisis sesgado y unilateral de la evidencia y menos debe tomar en cuenta solo los actos de investigación de cargo; y no los de descargo.

- La decisión fiscal debe ser expresamente motivada tanto en sus argumentos internos como externos. No se puede llegar a determinadas conclusiones sin la existencia y el sustento de las premisas externas de carácter probatorio. Cualquier afirmación que realiza el Ministerio Público debe estar cubierto y sustentado en datos objetivos y actos de investigación, no en conjeturas, suposiciones o frases estereotipadas.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado:

[L]as conclusiones probatorias no pueden ser el resultado de premisas sustentadas en conjeturas, meras especulaciones o presunciones ^[1277]. El juez tiene la libertad para fijar las premisas fácticas sobre la base de las pruebas pertinentes y conducentes que considere útiles, con la única limitación y exigencia de que exprese el razonamiento a partir del cual arribó a las premisas conclusivas sobre los hechos examinados y controvertidos. ¹²⁷⁸

Las mismas exigencias que se plantean se trasladan de manera automática a las decisiones fiscales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *J. C. Perú*, de 27 de noviembre del 2013, ha señalado:

1277 Vid. SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez PACHECO HUANCAS), *Recurso de Nulidad N.º 857-2019*, Lima: 21 de septiembre del 2021.

1278 Vid. SALA PENAL PERMANENTE A (ponente: Sr. juez PRÍNCIPE TRUJILLO), *Recurso de Nulidad N.º 5-2017*, Lima: 7 de marzo del 2017.

[E]n aras de satisfacer dicho derecho (el principio de legalidad) el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del art. 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. (p. 288)

Asimismo, la Corte IDH recuerda:

[P]ara garantizar el derecho a la defensa es necesario que en la formulación de una acusación criminal se *expongan todos los fundamentos probatorios de esta*. La Corte constata que la actual acusación en contra de la señora J. indica los elementos probatorios sobre los cuales se fundamenta. No obstante, este Tribunal nota que dicha acusación no toma en cuenta elementos de prueba producidos durante la primera etapa del proceso que favorecen la versión de la presunta víctima sobre los hechos, tales como la declaración de su padre (respecto a la propiedad de las armas presuntamente halladas en la habitación de J.) o la pericia sobre los manuscritos encontrados que concluye que la escritura no corresponde a la señora J. *Resulta contrario al derecho a ser juzgado con las debidas garantías que en la determinación de una acusación, el Ministerio Público solo tome en cuenta los elementos que incriminan a la persona imputada y no aquellas que pudieran favorecer la versión del imputado*. Al respecto, este Tribunal resalta lo indicado por la representante en el sentido de que hay ciertos elementos de prueba, producidos durante la primera etapa del proceso, que actualmente serían imposibles de reproducción. (p. 293) (el resaltado es nuestro)

- (viii) El derecho a la prueba es un complemento necesario del derecho de defensa y, en especial, del *derecho a conocer los cargos de manera detallada y minuciosa*. Si es que la persona no conoce la imputa-

ción que se dirige en su contra simplemente no podrá defenderse en el proceso y menos podrá presentar pruebas de descargos.

El derecho a la imputación, detallada permite que las partes —y no solo el imputado— puedan presentar medios de prueba (o actos de investigación) que nieguen la existencia del hecho, que establezcan una hipótesis alternativa o que le resten credibilidad o fiabilidad probatoria a la prueba de cargo.

El derecho a ser informado de la imputación si bien debe cumplir con precisar la imputación conteniendo [como un mínimo] la descripción detallada del hecho y la calificación jurídica, no debe limitarse a estos elementos. Es indispensable que posea un grado mínimo de soporte material, en el sentido de que se apoye en evidencia razonable y constitucionalmente legítima. No puede haber desde el punto de vista convencional y constitucional una imputación legítima si es que este carece de evidencia. Por ello, es que se exige que la imputación debe efectuar una descripción precisa de los medios de prueba¹²⁷⁹, de los recaudos de la investigación que permiten arribar a una determinada conclusión incriminatoria¹²⁸⁰. No basta la plena individualización de los autores o partícipes si es que no se incluye la conducta concreta que se imputa y el material probatorio en

1279 Véase las sentencias del Tribunal Constitucional peruano: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1612-2003-AA/TC*, Lima: 23 de septiembre del 2003; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5314-2007-AA/TC*, Lima: noviembre del 2007.

1280 Vid. ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit., p. 96; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*, Madrid: Atelier, 2004, p. 138; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 263; ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 62; ALFONSO, César, “El principio de coherencia y el principio iura novit curia en la jurisprudencia interamericana”, en ELSNER, Gisela, AMBOS Kai y MALARINO Ezequiel (coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (coord.), vol. 2, Madrid: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 34; y TORO LUCENA, Óscar Augusto, “De la imputación penal sustancial a la imputación penal procesal válida. Un diálogo de doble vía”, en *Criterio Jurídico Garantista*, año 3, n.º 6, p. 193. En la doctrina peruana: SAN MARTÍN CASTRO, César, “Correlación y desvinculación en el proceso penal. A propósito del nuevo artículo 285-A CPP”, en *Derecho procesal. III Congreso internacional*, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2005, p. 185; y ÁNGULO ARANA, *La función fiscal*, ob. cit., p. 344.

que se fundamenta¹²⁸¹. Resulta indispensable que la persona y su defensa conozca las *fuentes materiales y formales de la imputación* en su contra a fin de que pueda articular su defensa y oponer evidencia válida a las mismas¹²⁸². El ciudadano no solo debe conocer el hecho, el cual ha de estar fijado de manera precisa o clara. También debe ser informado de los recaudos, pruebas o indicios que permiten llegar a una determinada inferencia fáctica o a la acreditación de un hecho al que se lo vincula como autor o partícipe. Al ciudadano se le debe permitir conocer, por ejemplo, quiénes son los testigos de cargo y el contenido de sus declaraciones¹²⁸³.

Solo así se impiden imputaciones fácticas arbitrarias, insólitas o sin ningún sustento probatorio o indiciario. En efecto, de nada vale exigir la precisión de un hecho si es que no hay de por medio material probatorio que lo sustente o que lo ratifique. De otro modo, se corre el riesgo de incurrir en la fijación de imputaciones sin sustento alguno y que son, a veces más peligrosas, que las imputaciones sin un material fáctico preciso.

El TC peruano destaca que el juez o el fiscal incurren en un acto arbitrario susceptible de control constitucional cuando la imputación que dirigen contra una persona se basa en pruebas inexistentes o en la referencia a un documento de investigación que no se encuentra dentro de los actuados de la investigación fiscal (v. gr. atestado policial¹²⁸⁴). En efecto, fundamentar el auto

1281 “Ello debido a que los derechos de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales imponen en el juez penal la obligación ineludible de que en el auto de apertura de instrucción se lleve a cabo un juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal que se imputa, a fin de no limitar o impedir, ilegítimamente, al procesado un pleno y adecuado ejercicio de su derecho de defensa”. *Vid.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00801-2010-PHC/TC*, Lima: 10 de agosto del 2010.

1282 Cfr. ZAMORA, Miguel y Ciro MILIONE, “El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, Madrid: UNED, 2009, p. 217.

1283 Cfr. KAI AMBOS, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 76.

1284 “[E]l juez demandado consignó, en el auto de apertura de instrucción cuestionado, un inexistente Atestado policial, denotando así la falta de suficiencia probatoria de la imputación”.

de apertura de instrucción (o una denuncia penal) basándose en un elemento probatorio inexistente no constituye un acto sin repercusión jurídica¹²⁸⁵.

9. EL DERECHO DE LAS PARTES A SOLICITAR LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN PERTINENTES Y ÚTILES COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA

a) El principio de iniciativa y/o aportación de parte en materia probatoria

Las partes durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria pueden ofrecer y presentar actos de investigación a fin de que se puedan practicar y llevar a cabo sus pretensiones como expresión del ejercicio del derecho a la prueba¹²⁸⁶. La ley prescribe que “tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes” (art. 337.4 del CPP). Si el fiscal deniega o rechaza la solicitud de acto de investigación, se puede instar al juez de la investigación preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia (art. 337.5 del CPP).

La titularidad de la iniciativa probatoria en el proceso penal corresponde a las partes que intervienen en el proceso impulsando y actuando cada una de sus pretensiones. Para ello las partes plantean sus respectivas solicitudes y propuestas probatorias dentro del plazo y las formalidades previstas en la ley.

tación esgrimida contra los demandantes, lo que revela una decisión judicial arbitraria, pues el hecho de citar un documento policial como material justificatorio de la pretensión punitiva sin que haya existido investigación policial previa, no puede devenir sino en una denuncia manifestamente orientada a que los presuntos autores del hecho sean inevitablemente procesados”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 9544-2006-PHC/TC*, Lima: 26 de agosto del 2007. *Vid.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1132-2007-PHC/TC*, Lima: 22 de noviembre del 2007.

1285 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1132-2007-PHC/TC*, Lima: 22 de noviembre del 2007.

1286 Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Derecho procesal penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2022, p. 52.

La regla que establece el CPP es que la *iniciativa probatoria recae en las partes*, lo que constituye un principio probatorio cardinal del proceso penal¹²⁸⁷. El cuadro probatorio que es utilizado para fundar una decisión fiscal y/o judicial debe introducirse al proceso por un pedido expreso y por acción de las partes. Sin embargo, dicha regla ni es absoluta ni inderogable, ya que el mismo CPP reconoce la iniciativa probatoria de oficio, la cual, como establece la Ley Procesal, debe encontrarse expresamente prevista en la ley¹²⁸⁸ (arts. 158.3 y 385.2 del CPP).

275 Los medios de prueba se introducen al proceso a solicitud de la parte que requiere probar una afirmación o refutar la posición de la otra parte y se sintetiza en la locución de la “disponibilidad de la prueba”¹²⁸⁹, el “principio dispositivo”¹²⁹⁰ o el “principio dispositivo en materia probatoria”¹²⁹¹, según el cual la parte decide y dispone de la iniciativa en la propuesta de los medios de prueba.

A cada la parte le corresponde la tarea de identificar e individualizar el tema, la fuente y el medio de prueba por lo que se habla de un principio de disposición o de iniciativa probatoria. Con ello, se resalta que le atañe a las partes fijar un determinado tema (objeto) de prueba como el identificar una determinada fuente o medio de prueba que una vez admitido y actuado en el proceso puede fundar una concreta decisión fiscal o judicial¹²⁹².

El principio dispositivo tiene tres manifestaciones¹²⁹³:

1287 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 656.

1288 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 410.

1289 Cfr. DALIA, Andrea Antonio y Marzia FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 7.^a ed., Padova: Cedam, 2010, p. 178.

1290 Vid. LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, 8.^a ed., Torino: Giappichelli Editore, 2013, p. 222; SCALFATI y SERVI, *Trattato di procedura penale*, ob. cit., p. 34.

1291 Vid. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., pp. 253 y 255; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 410; y TONINI, y CARLOTTA, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 70.

1292 Cfr. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 410.

1293 DÍAZ CABIELE, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Comares, 1996, p. 1 y ss.; y CAPPETELLI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, Lima: Ara Editores, 2006, p. 34 y ss.

- (i) “Ne procedat iudex ex officio” o “nemo iudex sine actore” por el cual el proceso debe comenzar a instancia de parte como una clara muestra del respeto al derecho de acción;
- (ii) “Ne eat iudex ultra vel extra petitum partium” por quien la determinación del objeto de un concreto proceso le corresponde a las partes. Se alude aquí a la congruencia o vinculación del órgano jurisdiccional con el objeto del proceso determinado por quien introduce la pretensión y formula las hipótesis de trabajo.
- (iii) “Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium” por el cual el juez debe limitarse a resolver y juzgar, según lo alegado y probado por las partes.

El principio dispositivo puro en materia probatoria implica que solo a las partes —y no al juez— le corresponde promover y ofrecer la prueba en el proceso dentro de las facultades que se les reconoce de participación activa. Este modelo ideal del dispositivo puro es difícilmente compatible con la mayoría de las legislaciones procesales vigentes en el mundo. Por su parte, el principio que rige la actividad procesal y probatoria en la mayoría de legislaciones, entre ellas, la peruana, es el *principio dispositivo atenuado*, que admite como regla que las partes cuenten con iniciativa probatoria, pero a la vez autoriza que también el órgano jurisdiccional, excepcionalmente, cuente con poderes y facultades probatorias.

Hoy en día se reconoce la crisis del principio dispositivo puro que se funda en una visión liberal del proceso¹²⁹⁴. En su lugar, desde la perspectiva de un Estado constitucional y social, se permite una participación más activa y decidida del órgano jurisdiccional en el proceso. Se considera que el juez no puede ser solo un espectador pasivo de la actuación de las partes, sobre todo, cuando hay intereses públicos y bienes de inestimable valor en juego.

Por encima de la discusión de otorgar poderes probatorios al juez y de si el juez debe dirigir de manera efectiva el proceso se esconde la necesidad de tomar partido por un modelo de juez y por un modelo de proceso judicial compatible con los principios constitucionales básicos (art. 43 y 44 de la Const. Pol.).

1294 Cfr. DÍAZ CABIELE, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, ob. cit., pp. 9 y 10.

Junto al modelo de juez que para muchos solo debe ser arbitro pasivo de la competencia y la lucha entre las partes a fin de determinar un ganador (concepción deportiva de la justicia); se erige el modelo de juez que busca equilibrar las posiciones de las partes en las que hay una desigualdad estructural (v. gr. un litigio de una empresa transnacional y un trabajador de limpieza); y busca de manera activa que se haga justicia por encima de los intereses en conflicto. Al juez le debe importar que quien gane el proceso sea quien tiene una posición probatoria y jurídica más sólida. La imparcialidad del juez supone la indiferencia frente al objeto del proceso y los intereses de las partes, pero no implica una neutralidad o una indiferencia entre la verdad y la falsedad. La búsqueda de la verdad se debe realizar con independencia y al margen a qué parte beneficie¹²⁹⁵.

En el modelo de proceso se admite, con matices, la posibilidad de dos grandes modelos de proceso¹²⁹⁶. Por un lado, el proceso que se dirige a la resolución de conflictos que realiza una justicia procedimental en donde el juez solo cumple el papel de árbitro y espectador pasivo de una contienda y las partes son las que gobiernan el proceso al determinar su objeto, fijando los hechos en discusión, delimitando los medios de prueba y dirigiendo el debate. Por otro lado, hay un modelo de proceso basado en la implementación de políticas públicas y que requiere que la actividad probatoria se oriente a la búsqueda de la verdad como admita que la función del proceso consiste en la correcta aplicación del derecho vigente. En el primer caso, se trata de un diseño de proceso centrado en las partes, en la gestión de sus intereses y en la satisfactoria resolución de conflictos; mientras que la segunda se sustenta en un modelo publicista del proceso y en el adecuado ejercicio de su función social. El proceso tiende a la aplicación correcta del derecho vigente (normas generales y abstractas) respetando la actividad de las partes, pero al mismo tiempo reconociendo el papel activo del juez. Con ello, se promueve la realización del principio de igualdad y la seguridad jurídica.

277

Las partes son autorizadas por la Constitución y la ley a probar cualquier hecho o circunstancia que forma parte del proceso, ya sea en vía

1295 Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación – Derechos Humanos – Escuela de Formación Judicial, 2022, pp. 82 y 84.

1296 Cfr. DAMASKA, MIRJAN R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 169, 253 y ss.

directa, mediante la solicitud de admisión de un medio de prueba, o en vía indirecta, por medio de la refutación de las afirmaciones que sostiene la parte opuesta¹²⁹⁷. Sin embargo, en el ámbito penal se trata de una regla que se encuentra sujeta a excepciones. Por ejemplo, el CPP prescribe que “la ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio” (art. 155.3 del CPP). Con ello, se consagra la regla que las partes poseen iniciativa probatoria y que solo, por excepción, se admiten pruebas de oficio. La intervención del juez en la actividad probatoria no deroga ni erosiona el denominado principio de disponibilidad de la prueba, sino que lo reafirma al establecer que solo la ley —y no al juez o algún otro poder público— puede conceder la facultad de introducir excepciones a la vigencia del principio de iniciativa de las partes en la actividad probatoria.

El derecho a la prueba consiste en reconocer a las partes la iniciativa en la introducción de la prueba en el proceso a través de la facultad de configuración legal de proponer prueba (órgano y fuentes) a fin de lograr el esclarecimiento del objeto del proceso. El poder ofrecer y presentar los medios de prueba y la determinación de los sujetos que pueden hacerlo se vincula a los principios fundamentales del proceso y a la intervención que realizan las partes (esenciales o secundarias)¹²⁹⁸. La facultad de presentar prueba se encuentra siempre vinculada con la competencia legal de la admisión de la prueba que a nivel de la investigación preparatoria recae en el Ministerio Público y en la etapa intermedia y juicio oral en el órgano jurisdiccional. Si bien desde el punto de vista lógico y jurídico ambas facultades se ejercen por separado es posible que se acumulen y puedan coincidir en un mismo sujeto.

278

Se entiende que un derecho, como el derecho a probar, es disponible cuando su titular es libre de ejercitarlo o de no ejercitarlo. La noción de disponibilidad implica tanto el ejercicio de un derecho como su no ejercicio. Por tanto, ello supone que las partes pueden introducir si así lo deciden los medios de prueba o si es que no quiere ofrecer prueba pueden, sencillamente, no hacerlo. Se discute los alcances de este principio a nivel del proceso penal¹²⁹⁹.

1297 Vid. DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 177; y LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 222.

1298 Cfr. FLORIAN, *De las pruebas penales*, ob. cit., p. 279.

1299 “En el proceso penal la averiguación de la verdad no puede encontrar un límite infran-

El hecho de que la iniciativa probatoria recaiga como regla en el Ministerio Público y los demás sujetos procesales no quiere decir que la naturaleza del proceso penal sea propia a la de un proceso de partes. El interés público que se discute a nivel del proceso penal, la naturaleza indisponible de los bienes jurídicos, el ejercicio obligatorio de la acción penal y la búsqueda de la verdad hace que la búsqueda e incorporación de los medios de los medios de prueba no dependa de elecciones subjetivas y de criterios discrecionales que obstaculizan o llegan a desnaturalizar la reconstrucción de los hechos¹³⁰⁰. El valor justicia y la vigencia del principio de legalidad lleva a que el juez pueda ejercer, excepcionalmente, la iniciativa probatoria a fin de adquirir un patrimonio cognoscitivo necesario en el esclarecimiento de los hechos.

El ofrecimiento o proposición de los medios de prueba es la fase o etapa más importante de la actividad de las partes debido a que de esta forma se incorporan los medios de prueba al proceso. Representa uno de los aspectos fundamentales de la organización política y legislativa del proceso¹³⁰¹.

279

La persona tiene el derecho de poder ofrecer y presentar todas las pruebas necesarias que acrediten su pretensión y/o afiancen su posición jurídica. La consecuencia de ello es que los jueces (y fiscales) deben cumplir con admitir todas las pruebas relevantes que ofrezcan las partes. En el proceso deben admitirse todas aquellas pruebas que, desde el punto de vista *ex ante*, aparezcan como idóneas para aportar información sobre los hechos que deben ser acreditados¹³⁰². La única exigencia que se plantea en este ámbito es que las pruebas deben ser relevantes para acreditar los hechos que se discuten o pretenden acreditar dentro del proceso.

queable en la voluntad de las partes, pues el supremo interés público que en él predomina, requiere que se abran todas las puertas a la investigación de la verdad, y la verdad que es necesario establecer en el proceso penal es la verdad efectiva y real, no la verdad formal, casi siempre artificiosa, no una verdad a medias, acomodaticia, al agrado y para uso de las partes". *Ibid.*, p. 280. *Vid.* DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 178.

1300 DALIA y FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, ob. cit., p. 180.

1301 DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 267.

1302 Cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 69 (nota 15).

Desde el punto de vista formal, el ofrecimiento o la presentación de los medios de prueba constituye la etapa que inicia la actividad probatoria y la primera fase del procedimiento probatorio¹³⁰³.

Una de las manifestaciones más importantes del derecho a probar es el derecho que tiene su titular de ofrecer y proponer los medios probatorios que estime necesarios y pertinentes para acreditar las afirmaciones que forman parte de su tesis y que sirve para probar la existencia o no de los hechos que integran el proceso y el objeto de prueba¹³⁰⁴. El derecho a ofrecer y proponer pruebas está sujeta a determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar, esto es, se trata de presentar la prueba en la estación procesal que corresponda y en la forma prescrita por la ley¹³⁰⁵.

La Ley Procesal establece la facultad de que las partes en la investigación preparatoria (que comprende las diligencias preliminares) pueden solicitar todas aquellas diligencias y/o actos de investigación *pertinentes y útiles* para el esclarecimiento de los hechos. **280**

Los actos de investigación que se promueven para su incorporación a la investigación preparatoria no son actos que carezcan de cualquier formalidad o que estén exentos de requisitos materiales¹³⁰⁶. El CPP establece que todo acto que se incorpore a la investigación deba cumplir primero con las condiciones de pertinencia y utilidad.

La iniciativa probatoria de las partes en la investigación preparatoria debe respetar ciertos requisitos obligatorios para que sean admitidos y puedan incorporarse formal y materialmente a la investigación.

Los aludidos criterios legales de *pertinencia y utilidad* forman parte de las reglas que rigen en la admisibilidad de los medios de prueba y de los

1303 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 266, quien recuerda que el proceso dispositivo no se concibe la prueba judicial sin su proposición y presentación.

1304 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 138.

1305 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 267.

1306 Cfr. HERBEL, L y Carlos REGO, *Investigación penal preparatoria*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 286.

actos de investigación que se encuentran regulados dentro de los preceptos generales sobre la prueba (art. 158.2 del CPP).

281

La pertinencia y utilidad en el aporte y admisión de los actos de investigación se relaciona con la hipótesis que plantea cada una de las partes en el proceso penal. La pertinencia y utilidad si bien se vincula de manera especial con el objeto del proceso penal (o de la investigación) que promueve el Ministerio Público en su imputación o hipótesis investigativa también se relaciona con la hipótesis que plantea el imputado, o su defensa técnica, o con la hipótesis que puede formular el actor civil en la búsqueda de la reparación civil y, en general, con cualquier otra hipótesis que se sostiene en el proceso.

Desde la perspectiva del Ministerio Público, la pertinencia y la utilidad de los medios de prueba deben tender a acreditar cualquiera de las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores a la comisión de cualquier evento delictivo. El CPP prescribe: “Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito” (art. 156.1).

282

La Corte Suprema de Justicia destaca:

[E]l objeto concreto de la investigación preparatoria, desde luego, se enmarca dentro de los límites que define la disposición fiscal pertinente, conforme al art. 336, apartado 2, literal b), del Código Procesal Penal. A su vez, la pertinencia de un medio de investigación está en relación lógica con los aportes informativos que pueda brindar sobre los hechos y circunstancias relevantes objeto de la investigación preparatoria; y la utilidad de un medio de investigación dice de la aptitud que tiene para alcanzar el fin de esclarecimiento que con él se persigue¹³⁰⁷.

Asimismo, ha resaltado que los dos requisitos fundamentales de carácter general de los medios de prueba en segunda instancia son: (i) pertinencia —relación que debe existir entre el hecho que pretende probarse y las afirmaciones que hicieron las partes— y (ii) utilidad —que atiende

1307 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

positivamente al medio en sí mismo considerado y negativamente a su condición de superfluo—. ¹³⁰⁸

La Corte Suprema de Justicia sostiene, con relación a la investigación preparatoria, que “como el modelo de investigación implantado por el código es 'participativo', resulta evidente que, de un lado, el imputado y su defensa, así como las demás partes procesales, deben conocer —ser notificados— de los medios de investigación y demás diligencias de investigación que deben realizarse; y de otro lado, estos tienen el derecho de intervenir en ellas, así como de solicitar otros medios de investigación, si fueran pertinentes y útiles. Es incuestionable, además, que en los marcos de la propia lógica investigativa y de su necesidad y urgencia, las demás partes deben tener la oportunidad de tener un plazo razonable para poder estructurar una defensa idónea y eficaz para la intervención en los actos de investigación correspondientes”¹³⁰⁹.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “En tutela de que el ofrecimiento de actos de investigación sea efectivo, el CPP ha positivizado dicho derecho en el art. 337.4 del CPP, al referir que durante la etapa de indagación, tanto el imputado como los demás intervinientes, podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. Además, para que este mecanismo sea utilizado debidamente por el abogado defensor, en el art. 84.5 del CPP se precisa que este puede aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes. Asimismo, se ha preceptuado que la vigencia de este derecho sea informada al imputado desde el primer instante de su comparecimiento para rendir su declaración (*vid.* art. 87.3 del CPP)”¹³¹⁰.

La Sala Penal Especial también destaca:

[S]e permite al imputado —y a las otras partes procesales— no solo conocer desde un inicio los hechos y las evidencias en su contra (art. 71 CPP), sino también interponer solicitudes de actos o diligencias de investigación e intervenir en la actuación de todas ellas (art. 337.4

1308 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 02-2009 La Libertad*, Lima: 26 de junio del 2010.

1309 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

1310 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza VILLA BONILLA), *Recurso de Apelación N.º 20-2021-3*, Lima: 22 de septiembre del 2021.

CPP), salvo aquellas que por su propia naturaleza y finalidad no deba conocer, tales como la videovigilancia, el allanamiento y el control de comunicaciones (arts. 207.1, 214.1, 226 y 230 CPP), así como las sometidas al secreto sumarial (art. 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.¹³¹¹

De igual forma, resalta:

[T]enemos que el investigado, en ejercicio de su derecho de defensa, tiene la potestad de solicitar actos de investigación sobre los hechos objeto de la misma. Estos actos deben ser evaluados por el fiscal en función a su pertinencia, utilidad y necesidad. Así, mediante disposición fiscal, admitirá o rechazará la petición formulada.¹³¹²

b) El requisito legal de la pertinencia de los actos de investigación

283

En una investigación ajustada a la Constitución y a los tratados de derechos humanos cualquier miembro del Ministerio Público (v. gr. fiscal de la Nación, fiscal supremo, fiscal superior y fiscal provincial) debe cumplir con la ley, lo cual supone que cuando se ordena un acto de investigación se debe especificar y precisar la pertinencia y la utilidad que se pretende alcanzar y obtener con dicho acto. Si es que no se justifica de manera expresa la pertinencia y utilidad de un acto de investigación se incurre en un acto arbitrario que viola el mandato constitucional (art. 139.5) y legal (arts. 64.1 y 122.5 del CPP) de una decisión debidamente motivada.

La pertinencia y utilidad de una diligencia o un acto de investigación que se ordena deriva del objeto de la investigación que se encuentra delimitado y establecido en la disposición fiscal de apertura de las diligencias preliminares o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. El fiscal tiene que respetar el marco fáctico y los hechos que investiga al momento de realizar y/o admitir cualquier diligencia. No puede hacer lo que quiere o se le venga en gana.

1311 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza GROSSMANN CASAS) con cita a SAN MARTÍN CASTRO, *Expediente N.º 14-2020-3*, Lima: 18 de octubre del 2021.

1312 *Loc. cit.*

La actividad del Ministerio Público no solo es un despliegue de poder o de voluntad incondicional que configura determinadas situaciones legales¹³¹³, pues se encuentra sometido al imperio de la ley y el derecho. La obligación constitucional de motivar no solo es un deber que se extiende a una determinada clase de funcionarios o de órganos estatales, en especial los órganos jurisdiccionales y los entes administrativos, sino que se aplica a todos los que ejercen y desarrollan una labor estatal, entre los que destacan los órganos y representantes del Ministerio Público¹³¹⁴.

El CPP establece que toda persona tiene derecho a utilizar los medios de prueba *pertinentes* (art. IX.1 del CPP). Asimismo, la Ley Procesal dispone que solo se podrá excluir aquellos medios de prueba que no sean pertinentes y prohibidos por la ley (art. 155.2). Si mediante una resolución motivada hay una declaración de impertinencia, ella se refiere al medio de prueba y no al hecho o a la afirmación del hecho. En materia probatoria la pertinencia es una característica del medio de prueba propuesto; no del hecho materia de proceso.

Por pertinencia se entiende la relación que guarda el medio de prueba ofrecido con el objeto o tema de prueba que es lo que determina lo que debe ser probado en el proceso¹³¹⁵ y sobre el que debe recaer la actividad probatoria. La pertinencia es el juicio del medio probatorio propuesto y no del enunciado de los hechos del proceso sobre el cual versa la prueba¹³¹⁶. Se trata de una relación lógica que vincula el medio de prueba que se ofrece al proceso

1313 Cfr. AROCENA, Gustavo, “De la acusación, del in dubio pro reo y de la garantía del debido proceso”, en *Temas de derecho procesal [Contemporáneos]*, Córdoba: Mediterránea, 2001, p. 205.

1314 Vid. CHIARA DÍAZ, Carlos, “Los jueces deben garantizar un proceso según la Constitución y no conforme al procedimiento mixto”, en ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, Lima: Jurista, 2007, p. 232.

1315 Vid. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 414; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 245; MARINONI, y MITIDIERO, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 769; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996, p. 45; ABEL LLUCH, Xavier, *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, p. 10. Recuperado de <<https://bit.ly/3FV76Br>>; COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 3.ª ed., 17.ª reimpr., 1993, p. 238; TALAVERA ELGUERA, *La prueba penal*, ob. cit., p. 87; y BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 147 y ss.

1316 Cfr. PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 44.

con los enunciados fácticos (afirmaciones) de las partes que componen el objeto del proceso. La pertinencia se relaciona con los hechos principales (constitutivos) y los hechos secundarios del proceso¹³¹⁷. No es necesario que la afirmación probatoria o el medio de prueba que se propone tenga una relación directa e inmediata con el objeto de prueba, ya que es posible que solo contenga una relación mediata (v. gr. el medio de prueba puede ser pertinente para establecer la credibilidad o no de un determinado testigo)¹³¹⁸.

185 En este ámbito, debe regir el principio de que se debe reunir el elenco más amplio de pruebas o elementos de juicio que corroboren una determinada hipótesis. Sobre la base de este axioma epistemológico las reglas que regulan las pruebas en el proceso deben tender a recoger la mayor cantidad de medios de convicción posible¹³¹⁹. Los errores judiciales disminuyen siempre que el juzgador posea elementos de juicio relevantes. Se parte del principio que la mayor información relevante, desde el punto de vista probatorio, aumenta la posibilidad de una decisión justa.

El juicio de pertinencia responde a una conexión lógica entre un enunciado que expresa un eventual resultado positivo que se espera alcanzar con el medio de prueba y un enunciado referido a la existencia de un hecho litigioso. Hay tres posibles relaciones que se pueden establecer¹³²⁰:

- (i) Si entre el enunciado que se pretende probar y el eventual resultado probatorio que se busca alcanzar con un medio de prueba no hay ninguna relación el medio de prueba debe considerarse irrelevante desde el punto de vista lógico, por lo que no se debe admitir al proceso.
- (ii) Si entre el enunciado que se pretende probar (objeto de prueba) y el resultado que se busca obtener de un enunciado probatorio

1317 Vid. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 3.ª ed., 2009, p. 365; y CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 414.

1318 Vid. UBERTIS, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, ob. cit., p. 117; y LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 181.

1319 Vid. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, ob. cit., p. 414; y FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 68.

1320 Vid. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 365 y 366; *Idem*, *La Prueba*, pp. 39 y 40; PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 47 y ss.; y BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 154.

(medio de prueba) hay la misma referencia empírica, es decir, versan sobre el mismo hecho y la relación lógica es directa, el medio probatorio que se ofrece es pertinente y debe de admitirse. Al respecto, el TC peruano ha destacado que la prueba será pertinente si “guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada”¹³²¹.

- (iii) Si entre el enunciado que se busca probar y el medio probatorio solo hay una relación indirecta de la cual se puede obtener una inferencia sobre el enunciado fáctico principal el medio probatorio se debe admitir al proceso¹³²². Esta inferencia puede acreditar que sobre la base probatoria proporcionada por el medio de prueba se puede obtener una conclusión sobre el hecho materia de proceso.

Por tanto, la determinación de la pertinencia del medio de prueba con el tema de prueba, objeto de proceso, puede ser directa o indirecta. No se requiere que la pertinencia o relevancia sea directa. También la relevancia puede ser indirecta¹³²³. El TC peruano ha señalado que la pertinencia exige que el medio probatorio tenga una *relación directa o indirecta* con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directa o indirectamente con el objeto del proceso¹³²⁴.

1321 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril de 2007.

1322 Cfr. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 367. Este autor alude a una relación hipotética y provisional cuando señala: “Es hipotética porque se basa en la conjetura de la ocurrencia del hecho secundario y de la posibilidad de ella de obtener de ella inferencias significativas acerca del hecho de la ocurrencia del hecho principal, es provisional porque sirve únicamente para establecer si vale o no la pena incorporar la prueba y ni vincula ni predetermina de forma alguna la valoración que se realizará *ex post* en el momento en que la decisión sobre los hechos se formulará efectivamente”. Vid. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 153.

1323 Vid. MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed., Madrid: Wolters Kluwer, 2017, p. 118 y ss.; PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 48; TALAVERA ELGUERA, *La prueba penal*, ob. cit., p. 87; y BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 153.

1324 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre

La Corte Suprema de Justicia recuerda en relación a toda clase de prueba que “la prueba *pertinente* es aquella que está vinculada a los hechos (directos, *indirectos* —*indicios*— o *auxiliares* —*que ayudan a la prueba*—) referidos al tipo delictivo acusado postulados por la acusación y, en su caso, por la defensa —cuando introduce hechos extintivos, impeditivos o excluyentes—; su elemento objetivo es la situación fáctica de la vida, de la cual surgen indicios de una conducta punible; y su elemento subjetivo, es la sospecha que se dirige contra un imputado determinado, todo lo cual forma el objeto procesal. En buena cuenta, *todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial se deben probar*”¹³²⁵ (la cursiva es nuestra).

286 El principio de pertinencia o relevancia cumple en toda clase de proceso y en la investigación de un hecho una *función positiva o de inclusión* y una *función negativa o de exclusión* de los medios de prueba¹³²⁶ o de los actos de investigación.

La función positiva —o de inclusión— del material probatorio sostiene que toda evidencia o medio de prueba relevante es admisible en el proceso, lo cual es una manifestación del principio de racionalidad general en el sentido de que si se necesita esclarecer un hecho se deben poder utilizar todos los elementos probatorios disponibles. El criterio de inclusión plantea el poder incorporar al proceso y/o a la investigación todos los medios de prueba que tengan una relación directa o indirecta con el enunciado sobre los hechos materia de proceso. Todo aquello que resulta útil para determinar y esclarecer el hecho puede y debe ser admitido. La regla es que un medio de prueba relevante debe ser admitido al proceso, salvo que exista un valor o interés constitucional o legal de mayor valor¹³²⁷. La *función de inclusión del derecho a la prueba* se encuentra reconocida en el CPP cuando establece que toda persona tiene derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. IX.1 del título preliminar del CPP) y en el art. 155.2 cuando prescribe que solo se podrán excluir las pruebas que no sean pertinentes y prohibidas por la ley.

del 2005.

1325 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 392-2019 Ancash*, con referencias a VOLK, Klaus; y ROXIN, Claus y Bernd SCHÜNE-MANN, Lima: 30 de noviembre del 2020.

1326 TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 367.

1327 Cfr. CAMBI, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, ob. cit., p. 33.

La función negativa o de exclusión de los medios de prueba es la otra cara de la moneda al plantear la no incorporación al proceso (o a la investigación) de aquellos medios de prueba (o actos de investigación) que no cumplen con ayudar o facilitar de alguna forma el esclarecimiento de los hechos al no contar con una relación directa o indirecta con el tema de prueba del proceso. El material probatorio que no guarde relación lógica alguna con el objeto del proceso no se debe admitir tanto por razones formales (lógicas) como también por razones materiales: no se puede desplegar recursos humanos, técnicos y logísticos en admitir medios de prueba que no son portadores de alguna utilidad en cuanto a la información probatoria. La función de exclusión de las pruebas en caso de que no sean relevantes con los hechos materia del proceso se encuentra regulado en el CPP cuando se prescribe que solo se podrá excluir aquellos medios de prueba que no sean pertinentes y prohibidos por la ley (art. 155.2).

c) El requisito legal de la utilidad de los actos de investigación

Por su parte, la *utilidad* del medio de prueba (o del acto de investigación) se refiere al provecho o al posible rendimiento que puede tener su admisión al proceso, tendiente a lograr el esclarecimiento del hecho que es materia de hipótesis por las partes. Alude al beneficio que se puede lograr si el medio de prueba se admite y se incorpora al proceso en relación al esclarecimiento y capacidad explicativa de alguna circunstancia relevante del material fáctico materia de litigio. En buena cuenta, el medio de prueba es útil cuando presta algún servicio o brinda un aporte y ayuda informativa para esclarecer los hechos principales o accesorios en el proceso¹³²⁸.

Prueba útil es aquella prueba que ayuda, contribuye o favorece el esclarecimiento de los hechos.

La utilidad de un medio de prueba alude a la finalidad pragmática que se le asigna a la actividad probatoria en un determinado proceso y que consiste en brindar una determinada contribución de carácter informativo en la explicación de un suceso histórico. Un medio de prueba —y la actividad probatoria, en general— no tiene una finalidad teórica, sino que busca

1328 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 350.

resolver un problema de la vida real que a modo de un acontecimiento histórico sustenta la hipótesis de un proceso.

288

La prueba que se pretende introducir a un proceso no es un ensayo técnico, teórico o que obedezca al cultivo de una especialidad del arte por el arte. La prueba cumple una finalidad netamente práctica de explicar o ayudar a esclarecer un hecho principal o a alguna circunstancia secundaria vinculada a su existencia o no en el mundo real.

La noción de utilidad, como el de pertinencia, es una noción objetiva que en materia penal se relaciona con el esclarecimiento del hecho delictivo y con la intervención como autor o partícipe de una persona en el hecho. La utilidad no debe analizarse en términos subjetivos, individuales o en lo que una parte considera como útil. Una persona puede considerar útil que en un proceso penal un sacerdote declare como testigo, pero dicho testimonio debe rechazarse si es que no tiene relación —directa o indirecta— con los hechos o su aporte no presenta alguna utilidad o beneficio.

El CPP adopta un planteamiento *objetivo* de la pertinencia y utilidad debido a que la relaciona con “el esclarecimiento de los hechos” (art. 337.4) y no con el convencimiento o persuasión de un concreto juez o fiscal. Hay medios de prueba muy persuasivos para un juez o fiscal (v. gr. una foto de la víctima de un homicidio riéndose, asistiendo a misa, jugando con su familia, etc.), pero que no deben admitirse si es que no aportan algún beneficio o provecho al esclarecimiento de los hechos.

Se debe rechazar la posición que considera que la utilidad del medio de prueba reside en la aptitud o idoneidad para generar la eventual convicción del juez o tribunal¹³²⁹ y que la prueba inútil es aquella que no es apta para formar la debida convicción judicial¹³³⁰.

1329 “[L]a prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir, que debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa o se funda la petición del proceso voluntario o del incidente, esto es, que no sea completamente inútil”. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 350. Vid. PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 29.

1330 PICÓ I JUNOY, “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, art. cit., p. 47.

La noción de utilidad debe interpretarse también en sentido negativo como referido a la “inutilidad” del concreto medio de prueba. Lo inútil es aquello que no sirve o que no trae o produce “provecho, comodidad, fruto o interés” (DRAE).

La falta de utilidad de un medio de prueba debe entenderse como referida a una nula ayuda o contribución a explicar una determinada hipótesis (v. gr. en el proceso penal la hipótesis fiscal o el de la defensa).

Por el principio *pro probationem* en caso de duda acerca de la utilidad del medio de prueba en un supuesto concreto se debe optar por su admisibilidad y no por rechazar el mismo. La posible utilidad debe apreciarse con un criterio muy amplio, de suerte que debe aceptarse su admisión si existe alguna posibilidad de que la prueba, por sí sola o en concurrencia con otras, pueda servir para apreciar o aclarar cualquier detalle de los hechos principales o accesorios¹³³¹. Al respecto, el TS español ha señalado “vale más el exceso en la admisión de pruebas que en su denegación”¹³³².

El TC ha señalado que la *utilidad* de la prueba en materia penal es característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando esta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto¹³³³. Ella se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, más ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y cuando

1331 DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 350.

1332 Primera Sala en las SSTs de 28 de julio de 1994, 27 de junio de 1991, 20 de febrero 1986.

1333 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007.

se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes¹³³⁴.

Un relevante criterio jurisprudencial peruano postula que los criterios de pertinencia y utilidad en la etapa de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria *son más flexibles y amplios* que el control que se debe efectuar de dichos criterios luego de la acusación y la etapa intermedia.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sostiene:

[E]l nivel de exigencia o rigurosidad de los juicios de pertinencia y utilidad no es el mismo —o de igual intensidad— luego de la interposición de la pretensión (formulación de la acusación: procedimiento intermedio) o ya en el plenario (procedimiento principal o de enjuiciamiento), en los que (i) ya culminó el procedimiento de investigación preparatoria y (ii) ya se tiene claro el hecho punible indagado y qué medios de pruebas sirven para sostenerlo en el plenario, por lo que el control de su admisión en estas etapas procesales es pleno. La progresividad de la acción penal explica y fundamenta esta conclusión, pues se investiga para determinar el hecho punible y a su presunto autor, esto es, para preparar el juicio oral (ex art. 321, apartado 1, del Código Procesal Penal). Corresponde al juez de la Investigación Preparatoria en el procedimiento intermedio, con mayor rigor, controlar el ofrecimiento de medios de prueba (ex arts. 350, numeral 1, literal P, y 352, numeral 5, del Código Procesal Penal, concordante con los arts. 155, numeral 2, 156, numerales 1 y 2, del mismo Código) —el rol del fiscal es diferente en sede de investigación preparatoria y en sede intermedia y plenarial—. Distinto es, por cierto, el caso de la determinación y actuación de los medios de investigación, pues su procedencia tiene menores rigores formales y sustanciales —los preceptos citados inicialmente no son tan estrictos como los posteriores—. La razonabilidad de la actuación de un medio de investigación está en función, obviamente, a que de uno u otro modo esté referido a los hechos indagados o materia de

1334 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005.

averiguación, y a que, desde una perspectiva amplia o más flexible, sirva para el fin de esclarecimiento buscado.¹³³⁵

En ambas etapas el fiscal tiene la facultad de decidir sobre las solicitudes probatorias planteados por las partes, cumpliendo con el deber de motivar las decisiones fiscales (art. 64.1 y 122.5 del CPP) tanto cuando ordena determinados actos de investigación como cuando admite o declara inadmisibles los actos propuestos por las partes.

La pertinencia y la utilidad de un medio de prueba (o de un acto de investigación) no se explica por sí mismo ni se debe dar por sobreentendido, ya que se requiere previamente cumplir con una especial carga de la fundamentación por parte de quien busca incorporar un medio de prueba al proceso. En la medida que un medio de prueba pueda brindar un aporte informativo concreto y específico en la solución de una controversia se hace referencia a que dicho medio puede ser útil. **291**

10. LA INVESTIGACIÓN DEFENSIVA. EL DERECHO A LA BÚSQUEDA DE LAS FUENTES DE PRUEBA

El derecho de defensa en la investigación preparatoria en relación con la actividad probatoria se manifiesta en tres aspectos¹³³⁶. **292**

- (i) La solicitud de actos de investigación y de diligencias.
- (ii) La asistencia del abogado defensor a los actos de investigación programados por el Ministerio Público.
- (iii) La realización de la investigación defensiva.

10.1. La búsqueda de las fuentes de prueba

La primera manifestación del derecho de prueba es el reconocimiento a las partes de la facultad de buscar las fuentes de prueba necesarias con el **293**

1335 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Casación N.º 382-2020, del 4 de marzo del 2022.

1336 Cfr. CAPRIOLI, Francesco, *Compendio di procedura penale*, 6.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 576.

fin de acreditar su pretensión y las afirmaciones que la sustentan¹³³⁷. Con ello, se manifiesta que el derecho a la prueba no solo posee una dimensión procesal, sino también una dimensión extraprocesal en el sentido de que se admite a las partes el derecho a investigar (o recoger) las fuentes de pruebas fuera del proceso a fin de utilizarlo en un eventual proceso¹³³⁸, actual o futuro.

La limitación del derecho de defensa en su vertiente de búsqueda de las fuentes de prueba en la etapa de investigación del delito (v. gr. diligencias preliminares e investigación preparatoria) puede traer consecuencias y daños irreparables e imprevisibles en las demás etapas del proceso penal¹³³⁹.

294

El derecho de conseguir las fuentes de prueba es una facultad que pertenece como regla a las partes¹³⁴⁰. En el proceso penal dicha facultad es una tarea que corresponde al Ministerio Público a quien le incumbe cumplir con la carga de la prueba de acreditar la responsabilidad del imputado como condición para lograr imponer la pena y las demás consecuencias jurídicas del delito. En segundo lugar, con el objetivo de refutar la tesis de la acusación le corresponde al imputado la facultad de investigar y recoger la prueba de descargo, sea de eximentes o de atenuantes de responsabilidad, como también identificar y recoger aquellas fuentes de prueba que puedan establecer la no credibilidad o la no atendibilidad de la prueba de cargo¹³⁴¹.

En el proceso acusatorio, que es un proceso de partes, la iniciativa probatoria corresponde a las partes, a diferencia del sistema inquisitivo en el que la actividad probatoria recae en el órgano jurisdiccional que reúne en sus manos los poderes de investigar y juzgar. En el proceso inquisitivo evolucionado la actividad de búsqueda y recojo de pruebas se encargaba a los órganos oficiales de investigación penal (v. gr. Ministerio Público o Policía); en cambio, en el modelo acusatorio el contenido y ejercicio del derecho a la

1337 Cfr. BADARÓ, Gustavo, *Proceso penal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 94; y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 576.

1338 Cfr. GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 86.

1339 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, 5.ª ed., San José: Editora Dominza - Editora Jurídica Continental, 2012, p. 452.

1340 Vid. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 656; BADARÓ, *Proceso penal*, ob. cit., p. 94; y DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 265.

1341 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 245.

prueba se amplía y extiende a las demás partes y sujetos del proceso penal como el imputado, su defensa, el agraviado o el tercero civilmente responsable a fin de obtener el material probatorio que respalde su tesis de defensa¹³⁴².

La elección del modelo acusatorio del proceso penal, que se adopta en el CPP peruano, implica consecuencias relevantes en orden a la facultad de investigar las fuentes y los órganos de prueba. Dentro de este sistema y de la opción asumida por el legislador en el proceso penal peruano, el juez no puede ni debe, como regla, investigar las fuentes de prueba, ya que dicha función y competencia ha sido conferida únicamente a las partes. El juez, como regla, no puede decretar pruebas de oficio, debido a que dicha labor solo puede ser encargada a la iniciativa de las partes. Por ello, se afirma de que en el sistema acusatorio la prueba no es del juez; la prueba es promovida por la iniciativa de la parte en el sentido de que corresponde a estas ejercitar el poder de investigación, la solicitud, la admisión y la asunción de los medios de prueba¹³⁴³.

La búsqueda de las fuentes de prueba está a cargo de quien tiene interés **295** en plantear una determinada pretensión o, simplemente, quiere acudir al sistema de justicia a fin de defenderse y que normalmente coincide —aunque no siempre es así— con las partes del (futuro) proceso.

En el ámbito penal la búsqueda de la evidencia corresponde, en primer lugar, al Ministerio Público, como titular de la carga de la prueba¹³⁴⁴, y a los órganos auxiliares de la justicia penal (v. gr. policía, órganos técnicos de justicia, los laboratorios de criminalística, el departamento de medicina legal¹³⁴⁵, etc.). La Policía ejerce un papel decisivo en la búsqueda de la prueba y de la evidencia en la preparación de la investigación una vez que se conoce la comisión de un delito, tal como ocurre cuando se realiza el examen

1342 Cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, vol. I, 6.ª ed., Lisboa: Babel, 2010, p. 345. Sin embargo, FLORIAN señala que debe investirse de facultades para realizarla solo a los órganos que tienen directa e indirectamente carácter público. FLORIAN, *De las pruebas penales*, ob. cit., p. 276

1343 TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 656; y MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 345.

1344 Cfr. TONINI, y CARLOTTA, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 63.

1345 Cfr. FLORIAN, *De las pruebas penales*, ob. cit., p. 276; y DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 265.

de las huellas y del cuerpo del delito, el recojo de los rastros materiales, la identificación del cadáver.

El juez, como regla, solo puede admitir los medios de prueba a iniciativa de las partes intervinientes y únicamente, de manera excepcional, se puede admitir el medio de prueba de oficio¹³⁴⁶.

A fin de refutar la imputación le corresponde al acusado, o su defensa, el buscar, acopiar y seleccionar la evidencia que le permita sostener la inocencia, construir una tesis alternativa a la imputación formulada por los órganos de persecución, identificar y establecer fuentes de prueba que resten credibilidad a la imputación y a la tesis del Ministerio Público, bien que se tienda a establecer una situación de imposibilidad de comisión del delito (v. gr. coartada), incapacidad normativa de ejecutar el hecho (v. gr. falta de competencia, no asunción del cargo a la fecha del hecho), insuficiencia probatoria o la creación de una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona¹³⁴⁷.

El derecho de defensa se despliega en un conjunto escalonado de pasos que presupone, en primer lugar, el conocimiento de la imputación (derecho de defenderse conociendo los cargos), en segundo lugar, el cumplimiento de la actividad de búsqueda de elementos útiles de disculpa (v. gr. causa de justificación o de inculpabilidad) o la acreditación de la inocencia (derecho de defenderse investigando) y que posee como momento estelar y crucial el ejercicio del derecho de prueba (derecho de defenderse probando) que se entiende como el derecho de admisión, actuación y valoración de la prueba dentro del proceso¹³⁴⁸.

1346 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 656.

1347 De acuerdo con ALVES SILVA, "A atividade prévia da defesa na identificação de fontes de prova certamente lhe conferirá os instrumentos necessários para resistir à pretensão acusatória, apontado a fragilidade da prova produzida pelo Ministério Público, produzindo provas a respeito de determinados fatos ou até mesmo persuadindo o juiz a encarar a dúvida do material probatório". ALVES SILVA, Franklyn Roger, "A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal", en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n.º 1, Porto Alegre: enero-abril del 2020, p. 76.

1348 LORENZETTO, Elisa, *Dal Difensore inquirente al difensore istruttore. Genesi, evoluzioni e involuzioni del diritto di difendersi indagando*, tesis para optar el grado de académico de doctor en con mención en Ciencias Penales, Italia: Universidad de Trieste, 2008, p. 22.

Para poder funcionar nuestro sistema procesal permite a los sujetos involucrados la investigación de las fuentes de prueba, ello debido a que nadie mejor que las partes para comprender cuáles son los elementos que pueden ayudar al esclarecimiento del caso y a mejorar su posición jurídica¹³⁴⁹. El derecho de las partes a investigar los hechos y las fuentes de prueba constituye un aspecto fundamental para configurar el debido proceso. Si el derecho a investigar y recoger las pruebas no fuera reconocido también a los sujetos pasivos se les crearía una injustificada disparidad de tratamiento respecto al Ministerio Público que goza de una amplia y vasta facultad de recoger fuentes de prueba en el curso de la indagación preliminar¹³⁵⁰.

10.2. La investigación defensiva

En la doctrina comparada se reconoce e identifica un *derecho a la investigación o indagación defensiva*¹³⁵¹, un derecho a la investigación previa¹³⁵² o el derecho a la investigación criminal directa por la defensa¹³⁵³, dado que la persona investigada tiene como una de sus facultades el de descubrir y conseguir los medios de prueba como condición indispensable y requisito esencial para ejercer de manera adecuada el derecho a la prueba y el derecho de defensa.

La búsqueda material y efectiva de los elementos de prueba constituye una función fundamental no solo para el ejercicio de la acción penal¹³⁵⁴, sino que representa la parte nuclear del ejercicio del derecho de defensa y, concretamente, un elemento fundamental para preparar y organizar la defensa¹³⁵⁵. Si el derecho de defensa es un derecho fundamental, útil y efectivo, es necesario que se pueda identificar, investigar, recoger y presentar las pruebas que favorecen y sustentan una determinada pretensión. Con ello, no basta

1349 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 245.

1350 LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, ob. cit., p. 223.

1351 Vid. SURACI, Leonardo, *Le indagini difensive*, Torino: Giappichelli, 2014, *passim*; y GOMES FILHO, *Direito a prova no processo penal*, ob. cit., p. 86.

1352 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 265.

1353 Cfr. ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 43.

1354 Vid. FLORIAN, *De las pruebas penales*, ob. cit., p. 276.

1355 Cfr. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 12.

un simple cambio en la concepción del derecho de defensa, sino que desde el punto de vista material se deben crear las condiciones para el ejercicio de la actividad de investigación por parte de la defensa de los distintos sujetos procesales¹³⁵⁶.

La investigación defensiva supone al abandono de la idea del derecho de defensa como una facultad meramente pasiva o de simple resistencia para asumir en su lugar una posición activa, dinámica y de intervención material en la indagación de las fuentes de prueba¹³⁵⁷. La idea del derecho de defensa como un mero derecho pasivo, de resistencia en el que el abogado es un mero acompañante y espectador obedece a una determinada concepción cultural asentada en el sistema inquisitivo y que no logra comprender todavía los alcances y consecuencias de asumir el modelo acusatorio del proceso penal¹³⁵⁸. Cada vez más se supera la idea del abogado penalista como luchador solitario sentado en su escritorio leyendo expedientes en una oficina de un solo hombre y que es remplazado por equipos de abogados altamente especializados que brindan servicios integrales de defensa, lo que incluye a profesionales de otras áreas¹³⁵⁹. El carácter dinámico y proactivo del derecho de defensa cobra un nuevo sentido y que se sustenta en una interpretación dinámica tanto de la Constitución, de las reglas mínimas del debido proceso, del derecho a preparar y organizar la defensa como de las reglas convencionales (CADH y PIDCP) que garantizan al imputado el derecho a una defensa técnica y el derecho a producir y a presentar prueba de descargo de manera legítima¹³⁶⁰. La investigación defensiva implica asumir una elección ideológica dentro del ordenamiento jurídico que se orienta claramente a tutelar a la persona humana de los actos arbitrarios en los que pueden incurrir los órganos estatales.

1356 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 342; y GUEDES VALENTE, Manuel, *Processo penal*, t. I, 3.^a ed., Lisboa: Almedina, 2010, p. 148.

1357 Cfr. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 12.

1358 Vid. TRANCHINA, Giovanni, *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano: Giuffrè, 2011, p. 169; SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 17.

1359 Cfr. BARTON, Stephan, *Introducción a la defensa penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015, 73.

1360 Cfr. ALVES SILVA, "A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal", art. cit., p. 49.

Se trata de una facultad extraprocesal que consiste en la búsqueda, acopio y selección de las fuentes de prueba que luego pueden servir para preparar, organizar y presentar un determinado caso ante la administración de justicia o ante alguna entidad pública o privada. Dicha tarea de búsqueda una vez que se emprenda no necesariamente tendrá un resultado positivo, exitoso o siquiera mínimamente satisfactorio. Se trata de una facultad exploratoria que tiene su punto de partida en el planteamiento de una hipótesis y la necesidad de dotar de base empírica y racional a un determinado interés o a una exigencia de justicia que requiere una persona (natural o jurídica).

Una de las manifestaciones del derecho de defensa es el derecho a contar con la posibilidad de investigar (investigación defensiva) algunos hechos y que se recabe alguna evidencia que demuestre una determinada tesis o posición dentro del proceso (v. gr. en el caso del imputado que se acredite su inocencia), se exima de responsabilidad penal o, sencillamente, que se atenúe la posible responsabilidad penal. **297**

Para que un sistema procesal de tipo acusatorio pueda funcionar de manera adecuada debe aceptar la facultad de que el imputado o su defensa técnica pueda realizar una investigación defensiva lo suficientemente amplia que le permita el investigar las fuentes de prueba, la adquisición procesal de los elementos de prueba y evaluar si las presenta a la investigación o al proceso¹³⁶¹.

En un Estado constitucional se reconoce que hay un derecho de las partes de buscar la evidencia necesaria —al margen de si es suficiente o no— para sustentar sus afirmaciones, ya sean principales o secundarias. Solo a través del reconocimiento a la búsqueda de la prueba es que tiene sentido y se puede ejercer luego el derecho a proponer y ofrecer medios de prueba y encuentra sentido el derecho a la admisión motivada de los medios de prueba como también el derecho a contradecir la prueba y a que se valore la evidencia reunida en el proceso. **298**

Quién tiene interés en acreditar un determinado enunciado fáctico y sus afirmaciones está facultado para acudir tanto a entidades públicas (v. gr. oficinas e instituciones del Estado) y privadas (v. gr. investigadores, la-

1361 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 656.

boratorios, centros de documentación, etc.) a fin de obtener las fuentes de prueba que puedan permitir sustentar y apoyar racionalmente su posición.

299 El derecho a la búsqueda de las fuentes y órganos de prueba es un derecho que se ejercita de manera activa (no pasiva) por cualquiera de las personas que intervienen en un proceso, procedimiento o investigación, sea público o privado.

El derecho a la investigación defensiva no solo rige en una etapa determinada del proceso penal (v. gr. en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria). Su alcance comprende todas y cada una de las etapas del proceso penal, entre las que se incluye el juicio oral¹³⁶².

Incluso, el derecho se extiende a la etapa de ejecución penal, ya que puede que el imputado requiera recopilar fuentes de prueba que permitan una revisión de la sentencia condenatoria¹³⁶³. Por ello, no es correcta la posición que considera que el derecho a la investigación defensiva se limita a la fase de investigación preparatoria y al acopio de información que pueda sustentar el archivo de la causa o una mejor defensa en el juicio oral.

10.3. Las características de la investigación defensiva

300 La investigación defensiva de las partes tiene algunas características relevantes, entre las que cabe destacar:

En primer lugar, se trata de una *facultad discrecional*¹³⁶⁴ de las partes en cuanto lo considere necesario y oportuno realizar para el esclarecimiento

1362 Cfr. ALVES SILVA, "A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal", art. cit., p. 64. Por otro lado, BALDAN indica: "Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial". BALDAN, Édson Luís, "Investigação defensiva: o direito de defender-se provando", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 15, n.º 64, São Paulo: enero-febrero del 2007, p. 269.

1363 Vid. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 171; SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 66; y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 582.

1364 "[L]as investigaciones propias del defensor, a diferencia de la vista de la causa y la en-

de los hechos y en la medida que busca obtener resultados favorables en la recopilación de la evidencia de descargo o atenuatoria. Dicha investigación es facultativa en un doble sentido: por un lado, la indagación defensiva puede o no ser llevada a cabo por alguna de las partes y, por el otro lado, habiéndose realizado dicha investigación es facultad de las partes presentar los resultados obtenidos a los órganos de justicia¹³⁶⁵. No hay ni obligación de realizar una investigación defensiva ni de presentar los resultados al proceso o de utilizarla de alguna forma.

En la doctrina se distingue en algunos casos entre un verdadero deber del defensor de realizar investigaciones propias (v. gr. cuando el imputado refiere la existencia de una coartada que se apoya en prueba testimonial y que requiere efectuar comprobaciones mínimas necesarias) de que en otros casos solo se trata de obtener una ventaja cognoscitiva apreciable de la defensa sobre la fiscalía, el órgano jurisdiccional o las demás partes¹³⁶⁶. Sin embargo, hay quienes consideran que el abogado tiene el deber de resguardar y proteger los intereses de su propio cliente desarrollando una investigación defensiva, la que resulta necesaria para la eficacia del derecho de defensa¹³⁶⁷.

En segundo lugar, la investigación defensiva que efectúa alguna de las partes es una indagación *unidireccional*, *unilateral* y que se orienta a obtener determinados resultados probatorios que favorecen los intereses o la posición jurídica de alguna de las partes. No se trata de una investigación global, exhaustiva y totalizadora, sino más bien de una indagación sectorial y fragmentada que solo pretende recoger una clase de evidencia que interesa y favorece a la parte. Si en la recolección de los elementos que respalda su pretensión la parte encuentra evidencia que le perjudica y beneficia a su parte antagonista no está en la obligación legal de ponerla en conocimiento o de

trevista con el cliente, *no son obligatorias*. De ningún modo ellas son cotidianas para defensor, pueden ser luego necesarias para producir declaraciones en escena propia. De su necesidad puede resultar que el defensor obtenga del cliente o de un tercero, información que puede tener importancia para el proceso". BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., p. 254.

1365 Cfr. CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 595.

1366 Cfr. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., p. 254.

1367 Véase TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 659. Este autor considera que la investigación defensiva constituye al mismo tiempo un derecho y un deber del abogado frente al cliente. Y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 582.

presentarla a las autoridades. A diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, las partes que realizan una investigación defensiva no tienen el deber de revelar y/o entregar la evidencia. Son libres de recoger y presentar solo la evidencia que les favorece. Sin embargo, ello no quiere decir que las partes posean la facultad de destruir, sustraer o manipular la evidencia que encuentran a fin de ajustarla a sus intereses.

En tercer lugar, la investigación defensiva debe respetar la dignidad de la persona humana y el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; de tal manera que deben realizar actos de investigación lícitos. No pueden realizar a allanamientos, intervención de las comunicaciones, registros personales, entre otros.

En cuarto lugar, la investigación defensiva es una indagación territorial y que se realiza en el marco del territorio del Estado peruano. Si se debe recoger información probatoria en el extranjero, la única manera de incorporarla y obtenerla es a través del empleo de los mecanismos y el procedimiento de la cooperación internacional¹³⁶⁸.

10.4. Clases de investigación defensiva

301

La investigación defensiva puede ser de dos clases. La investigación defensiva del propio imputado y la investigación defensiva que realiza la defensa técnica (pública o privada). No solo la defensa técnica puede investigar, sino también la persona investigada.

Desde el momento que la titularidad del derecho de defensa recae en la persona del investigado, o de quién se le atribuye la comisión de un delito, se le reconoce la facultad de investigar de manera independiente, por sus propios medios y recursos, las fuentes y órganos de prueba a fin de analizar cuáles favorecen (o perjudican) su posición y qué elementos de prueba pueden ofrecerse a la investigación y/o al proceso penal. Dicha investigación lo puede desarrollar directamente el imputado o lo puede hacer con ayuda de terceros (v. gr. detective privado, familiares, etc.).

Por su parte, la investigación defensiva técnica es la que desarrolla y controla la defensa (de confianza o pública) del imputado de manera preven-

1368 Cfr. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 70.

tiva o en paralelo a la investigación que adelanta el Ministerio Público. Dicha defensa lo puede llevar a cabo de manera directa el defensor como también el personal técnico que trabaja en su despacho (v. gr. abogados, asistentes, etc.) o personal especializado (v. gr. detectives privados, peritos, etc.).

En el derecho comparado, ya sea *de lege ferenda* (v. gr. Brasil¹³⁶⁹) o *de lege lata* (v. gr. Italia¹³⁷⁰), la facultad de realizar una investigación defensiva se reconoce de modo expreso a los abogados (o a los consejeros técnicos, o a los investigadores privados¹³⁷¹) y no, por ejemplo, de manera directa al imputado o a la víctima. La facultad investigativa del abogado defensor (o de un investigador privado) requiere de un encargo profesional expreso y específico e, incluso, en algunos casos debe ser escrita y justificada¹³⁷².

Cualquier clase de investigación defensiva debe desplegarse con una metodología y finalidad específica, a partir del respeto de las reglas constitucionales, legales y deontológicas del sector profesional correspondiente (v. gr. abogacía, detectives privados, etc.) que permitan esclarecer el hecho y aportar elementos de descargo cumpliendo con los principios de buena fe y lealtad procesal¹³⁷³.

Se destaca que el empleo de los detectives privados desempeña en la práctica un papel mucho menor de lo que se cree o que posee en algunas

1369 “A atividade investigativa se desenvolverá no âmbito de um procedimento denominado inquérito defensivo, conduzido por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil mediante regulamentação do Conselho Federal da OAB, com base no art. 54, V, da Lei 8.906/1994, ou pela Defensoria Pública, por meio de órgão de atuação com atribuição definida pelo seu Conselho Superior, amparado no art. 102, § 1, da Lei Complementar 80/1994. Ambas as normas regulam o poder normativo das instituições de defesa e permitem que haja um regramento mais detalhado do exercício da advocacia e da assistência jurídica em favor do imputado”. ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 71.

1370 Cfr. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., *passim*; y TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., pp. 170 y 172.

1371 Vid. CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 582; SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 92; y CORSO, Piermaria, *Procedura penale*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 2012, p. 427.

1372 Vid. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 172; y SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 93.

1373 Cfr. ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 43.

series policiales, en especial, por el costo que demanda contar con sus servicios. Sin embargo, no puede negarse su importancia en algunos casos en donde por la naturaleza de los hechos, la complejidad del caso o los intereses en juego se requiere su concurso. El detective puede llevar a cabo su investigación cuando el defensor no lo puede realizar por razones de competencia profesional, de tiempo o por la exigencia de determinados conocimientos especiales. Con todo, el despliegue de la actividad profesional de un detective exige respetar los principios y reglas constitucionales como también los criterios deontológicos mínimos¹³⁷⁴.

La investigación defensiva conduce muchas veces a que se recurra a consultas y a entrevistas con expertos, con especialistas en determinada materia (v. gr. médicos, ingenieros, contadores, etc.) a fin de que puedan absolver preguntas sobre determinadas materias o circunstancias de un caso que requieren una experiencia o un conocimiento de una persona entrenada. Dichas consultas no necesariamente van a terminar en la elaboración de una pericia técnica, sino que basta que brinden un panorama explicativo, un informe escrito de uso interno o una proyección de las posibles contingencias del caso.

También la investigación defensiva conduce a considerar el que se convoque a otros profesionales como es el caso de los periodistas que pueden ayudar a un mejor procesamiento de la información, a una mejor explicación de los hechos y de los materiales de defensa con los que se cuenta; así como a proceder al tratamiento de datos y de evidencia, tanto de cargo como de descargo. La perspectiva de otros profesionales y personal especializado en el tratamiento de un caso supone una mejora sustancial en la actividad de la defensa y es el punto culminante del despliegue de la investigación defensiva.

302

La investigación defensiva puede ser una *investigación preventiva* como también puede producirse *luego de formulada una imputación*.

La investigación defensiva puede tener fines preventivos y anticiparse a una posible investigación oficial de la Fiscalía¹³⁷⁵. No se requiere la existencia

1374 Cfr. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., p. 255.

1375 Vid. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 271; TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 173; CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 428; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., pp. 658 y 660; y BALDAN, "Investigação defensiva: o direito

de proceso penal para que se produzca y legitime esta clase de investigación¹³⁷⁶. Ella no solo se realiza cuando se produce una formulación de cargos y el Ministerio Público abre, por ejemplo, una investigación preliminar en contra de una persona. También la investigación defensiva se puede llevar a cabo cuando no existe siquiera imputación y la fiscalía no tiene conocimiento de los hechos que son objeto de investigación de la defensa. Incluso, es posible que nunca el Ministerio Público llegue a abrir investigación o formular cargos en contra de una persona¹³⁷⁷. Por ejemplo, esta clase de investigación es la que realiza una empresa cuando toma conocimiento de la comisión de hechos delictivos por parte de sus trabajadores. También el caso del padre o la madre que necesita saber quién le vende drogas a su hijo y qué tipos de drogas le suministra a fin de poder entablar las acciones legales pertinentes¹³⁷⁸.

La investigación defensiva de carácter preventivo no solo pretende el poder afrontar un proceso —cualquiera sea su clase— con éxito, sino también busca el poder evitar un proceso (v. gr. se busca llegar a un acuerdo conciliatorio), se pretende identificar si la conducta realizada constituye un injusto penal o de otro orden.

La investigación defensiva posterior a la imputación es la regla de esta clase de investigación, la cual se puede producir dentro de la misma investigación fiscal o de manera paralela y autónoma.

303

La investigación defensiva puede ser *pública o privada*¹³⁷⁹.

de defender-se provando”, art. cit., p. 269.

1376 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 658.

1377 Cfr. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 271 y ss.

1378 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 658.

1379 “Assim, na base da teoria, teremos uma distinção formal entre a investigação desenvolvida pela Defensoria Pública, que, pela sua natureza estatal e oficial, terá natureza pública, e a investigação desenvolvida pelo advogado, que, pela sua natureza, ostentará natureza privada. É bem verdade que a natureza pública do inquérito defensivo e dos atos que nele são praticados servirá de pouca utilidade para a sua aplicação prática, considerando que o conteúdo da investigação é que será submetido à valoração durante a fase de investigação criminal e do processo penal, pouco importando se de natureza pública ou privada. Não se evidencia adequado querer atribuir maior valor para formação do convencimento, conforme a natureza da investigação (pública ou privada). O que importa é se os atos praticados se destinam à utilização para a opinião delicti da acusação ou no curso de um processo penal, e se foram praticados observando-se as regras procedimentais de modo a preservar a licitude e a veracidade de seu conteúdo”. ALVES SILVA, “A in-

Es pública cuando la realiza los abogados de oficio —o el personal técnico a su cargo— que brindan defensa legal a las personas de bajos recursos; mientras que la investigación defensiva privada lo desarrollan como regla los abogados de confianza de los sujetos procesales (v. gr. imputado, parte civil, tercero civilmente responsable etc.).

304

La investigación defensiva no solo lo puede realizar el imputado o su defensa técnica, sino también cualquier sujeto procesal (v. gr. parte civil, tercero civilmente responsable¹³⁸⁰). La investigación defensiva no es un derecho que es patrimonio exclusivo del investigado o su defensa técnica.

El principio de igualdad de armas —y el principio de igualdad material— reconoce que el ejercicio del derecho de defensa no solo es una facultad constitucional y convencional de alguna de las partes que intervienen en el proceso penal. Toda persona (natural o jurídica), ya sea de manera directa o a través de su defensa técnica, puede realizar una investigación defensiva que respalde su pretensión o su posición jurídica dentro del proceso.

En la doctrina se admite que la investigación defensiva (género) puede contar con algunas manifestaciones concretas como, por ejemplo: (i) la investigación defensiva del imputado; (ii) la investigación defensiva de los intereses de las víctimas; (iii) la investigación defensiva de las personas jurídicas o de las empresas; y (iv) la investigación defensiva de los colaboradores eficaces¹³⁸¹.

investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 72

1380 Vid. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., pp. 94 y 96; CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 581; CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 426; y TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 172.

1381 “Surge, assim, para o advogado, na área criminal, algumas possibilidades de atuação. Para fins didáticos, portanto, propõe-se a seguinte taxonomia, sendo encarada a investigação defensiva (lato sensu) como um gênero, do qual fazem parte quatro espécies: i) investigação defensiva stricto sensu, ii) investigação defensiva dos interesses das vítimas, iii) investigação defensiva corporativa, e, ainda, iv) investigação defensiva colaboracional”. DIAS, Gabriel, “A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 26, n.º 150, São Paulo: diciembre del 2018, p. 154. Vid. ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 73.

10.5. El fundamento de la investigación defensiva

Un sistema procesal penal democrático regido por el principio de igualdad de armas debe conducir a admitir y reconocer la necesidad de que la defensa pueda realizar una labor de investigación adecuada y eficaz a fin de recoger los elementos de descargo que afiancen la presunción de inocencia del que está premunido al ingresar al proceso penal y preserve la vigencia de los derechos fundamentales. 305

El sostener que solo los órganos de persecución del delito pueden recoger evidencia y realizar una investigación no solo supone incurrir en una concepción autoritaria, antidemocrática y sesgada del proceso penal, sino que, además, supone la afectación de cuando menos dos derechos fundamentales de los que goza toda persona investigada: la presunción de inocencia —de nada vale reconocer que una persona es inocente en cualquier investigación o proceso penal si es que no se le permite recoger la evidencia que le permita afianzar y consolidar dicha inocencia— y el derecho de defensa que debe entenderse en clave de defenderse investigando las fuentes y órganos de prueba de manera eficaz.

El imputado y su defensa no pueden ser tratados como agentes pasivos del proceso penal a quienes se les prohíbe tener contacto, recoger o seleccionar las fuentes de descargo que pueden corroborar o respaldar su posición jurídica. Si la base del sistema constitucional peruano y del ordenamiento jurídico es el respeto de la dignidad de la persona humana (art. 1 de la Const. Pol.), es necesario que se le reconozca a la persona la posibilidad de investigar todos los elementos y las fuentes de prueba que pueden servir a su defensa.

El fundamento de la investigación defensiva se encuentra en el ejercicio irrestricto y amplio del *derecho de defensa* en todo ámbito, estado y grado del procedimiento penal¹³⁸² (art. 139.14 de la Const. Pol.¹³⁸³) que a toda persona le asiste en la tutela de sus intereses. 306

1382 Vid. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 171; y TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 657.

1383 “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

La investigación defensiva forma parte del derecho a defenderse probando¹³⁸⁴ y del derecho a una defensa eficaz¹³⁸⁵, útil y adecuada que no solo de manera formal, sino material busca defender los derechos y la posición jurídica de la persona a nivel de la investigación y en todas las etapas del proceso penal. Dicha actividad puede desarrollarse de manera autónoma frente a cualquier otra investigación que se pueda llevar a cabo por alguna institución pública (Ministerio Público, Policía Nacional) o privada (empresa o persona jurídica). Incluso, dicha investigación defensiva puede desplegarse antes del inicio de cualquier investigación estatal acerca de la comisión de una infracción.

Una defensa eficaz no basta ni gira alrededor de desacreditar argumentativamente la investigación, la imputación o la prueba de cargo que obtiene el Ministerio Público (defensa retórica). Es necesario para una defensa eficaz que se obtenga la información probatoria luego de la búsqueda de las fuentes y órganos de prueba pertinentes y útiles que afiancen su hipótesis alternativa o simplemente su posición. Solo así tiene sentido el planteamiento de que en el proceso penal se configura el derecho a defenderse probando.

La defensa eficaz es una defensa activa (no pasiva) que busca e identifica los órganos de prueba que pueden acreditar su hipótesis alternativa (v. gr. coartada, ausencia de conducta, eximente o atenuante de responsabilidad) que los analiza, interroga y los somete a un examen de credibilidad a fin de ver la oportunidad de presentarlos al proceso penal. Dicha defensa se apoya de manera superlativa en los mecanismos, procedimientos y resultados que puede ofrecer una investigación defensiva eficiente y adecuada.

Una defensa es negligente si es que no aprovecha las oportunidades probatorias o si es que no indaga de manera adecuada los hechos que le son favorables y las pruebas que los sustentan. No basta con conocer los actuados que obran en la carpeta fiscal o el expediente judicial. Una defensa activa y efectiva debe conocer de manera adecuada las fuentes de prueba que se

1384 Vid. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 656; y TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 169.

1385 Vid. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 342; BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 95; y ALVES SILVA, "A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal", art. cit., pp. 57 y 62.

pueden presentar o incorporar al proceso por cualquiera de las partes a fin de evitar daños y reveses que generan perjuicios probatorios irreparables. La improvisación, el actuar a ciegas y el ser sorprendido por una actividad probatoria perjudicial que se pudo evitar no habla a favor de una defensa diligente y cuidadosa.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado:

La alegación de defensa ineficaz cuando se trata de abogados de confianza solo sería aceptable en la medida en que, de modo patente, el defensor vulnera las reglas de la ética profesional o realiza planteamientos absurdos, impertinentes o con grave e indisculpable desconocimiento de los materiales de la causa generadora de una lesión al ámbito jurídico del defendido.¹³⁸⁶

El sustento concreto del derecho a defenderse investigando y recogiendo la prueba se sustenta en el derecho de la persona investigada a quien se le concede “*el tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa*” (art. 8.2.c de la CADH; art. 14.3.b del PIDCP). El hecho de que la libertad del imputado pueda ser restringida a nivel del proceso penal a través de una medida cautelar, dicha afectación no se extiende al derecho de defensa que se ejerce sin restricciones a nivel de todo el proceso penal. **307**

El derecho humano a contar con los medios necesarios para preparar y organizar la defensa es el fundamento convencional clave para emprender y realizar de manera efectiva una investigación defensiva a fin de obtener información que respalde la tesis de defensa y recoja todos los elementos necesarios que la puedan sustentar¹³⁸⁷. A una persona se la puede dejar en estado de indefensión material si es que no se le permite el indagar sobre las fuentes de prueba en general, y en especial, sobre aquellas fuentes de prueba que favorecen su posición o que le permiten desacreditar la prueba de cargo.

No es posible concebir el derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa si es que no se autoriza al investigado y a su defensa el recoger, indagar y analizar las fuentes y órganos de prueba que

1386 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Casación N.º 310-2020 Puno*, Lima: 2 de octubre del 2020.

1387 Vid. CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 582; TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 657; y BADARÓ, *Processo penale*, ob. cit., p. 94.

puede utilizar¹³⁸⁸. En este ámbito se debe distinguir entre la presentación de la defensa y la preparación de la defensa; lo que se garantiza en los tratados internacionales de derechos humanos es contar con los medios necesarios “para la preparación de su defensa”. Si es que no se puede contar con los medios necesarios “para la preparación de su defensa” no es posible presentar una defensa eficaz. De allí que deba afirmarse que el contar con los medios necesarios para la preparación de la defensa forma parte esencial y es un presupuesto directo de la defensa eficaz.

Incluso, es posible sostener de manera tajante que el derecho humano a contar con los medios necesarios para la preparación de la defensa se relaciona de manera directa, al representar su núcleo y contenido esencial, con el derecho a investigar y recoger los fuentes y órganos de prueba que se pueden utilizar en una defensa, actual o futura. En efecto, la existencia de las condiciones y los medios necesarios para preparar la defensa supone el reconocimiento convencional de la facultad de poder desarrollar de manera amplia y efectiva una investigación defensiva. Por ello, es que se sostiene que existe un derecho inviolable de la persona humana a desarrollar una investigación para tutelar su propio derecho fundamental o un derecho subjetivo¹³⁸⁹.

Asimismo, por un razonamiento *a fortiori* y por el principio de interpretación *pro homine*¹³⁹⁰, de rango constitucional¹³⁹¹, si al imputado durante

1388 ALVES SILVA señala: “A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico”. ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 56.

1389 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 658.

1390 *Vid.* HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 39, San José de Costa Rica, 2004, p. 220 y ss; PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997, pp. 163-171; y MONTROYA CHÁVEZ, Víctorhugo y Raúl FEIJÓO CAMBLASO, “El rango de los tratados sobre derechos humanos”, en *Revista Ius et Veritas*, n.º 50, Lima: julio del 2015, p. 341 y ss.

1391 El principio *pro homine*, denominado también “regla de la preferencia”, establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el juez constitucional escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de

su declaración se le reconoce el derecho a “solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba” (arts. 87.3 y 88.2 del CPP) con mayor razón se le debe permitir investigar sobre las fuentes y órganos de prueba, ya que, si no se produce esta indagación previa y necesaria, no se podrá ejercer el derecho a solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba. No se puede pedir actos de investigación si previamente no se conoce el contenido o la información que se puede aportar.

Otro de los fundamentos del derecho a la investigación defensiva es el **308** *principio de igualdad de armas* en la búsqueda, selección y acopio de fuentes de prueba que debe haber entre las partes intervinientes en el proceso penal¹³⁹².

El derecho de defensa exige un tratamiento de respeto y tratamiento igualitario para las partes intervinientes¹³⁹³. Un proceso justo supone que todos los intervinientes en el proceso deben contar con las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación¹³⁹⁴. Si la igualdad de armas y de igualdad de oportunidades en el ejercicio de la defensa no existiera, se estaría volviendo a la época de la autotutela y a la solución arbitraria y violenta de los conflictos.

El principio de igualdad de armas debe ser aplicado según el principio de proporcionalidad y de adecuación; de tal manera que su noción se debe adaptar al tipo de proceso (civil o penal) y a la naturaleza de los intereses (públicos o privados) que cada una de las partes persigue¹³⁹⁵.

los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio. Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2214-2014-PA/TC* (voto singular del magistrado BLUME FORTINI), Lima: 7 de mayo del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 07123-2013-PA/TC* (voto singular del magistrado BLUME FORTINI), Lima: 11 de mayo del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 07159-2013-PC/TC* (voto singular del magistrado BLUME FORTINI), Lima: 20 de junio del 2017; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 08174-2013-PA/TC*, Lima: 29 de enero del 2016.

1392 Cfr. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 171.

1393 Cfr. CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, ob. cit., p. 317.

1394 Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2019, p. 73; y MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, 10.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 33.

1395 Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ob. cit., p. 658.

En un proceso penal de un Estado constitucional se busca parificar la posición jurídica de la acusación (pública o privada) y de la defensa en todos los actos de la investigación y del proceso, generando una igualdad material de armas, lo que implica que la defensa disponga de las facultades y de los medios necesarios —semejantes a los que tiene la acusación— para hacer valer sus derechos y razones¹³⁹⁶. Negar a la defensa la posibilidad de que pueda desplegar una actividad investigativa de las fuentes de prueba supone afectar las reglas mínimas del debido proceso, en especial, implica violar el principio de la igualdad de armas¹³⁹⁷.

El principio de igualdad de armas tiene conexión directa con la vigencia del principio de igualdad que exige tratar igual a los iguales y desiguales a los desiguales. Desde el punto de vista procesal, el principio de igualdad de armas supone el brindar a las partes del proceso un semejante tratamiento por acción de los órganos públicos encargados del proceso penal¹³⁹⁸. Dicho principio deriva de un desarrollo elemental de la idea de justicia aplicable dentro del procedimiento, el cual reclama los mismos derechos, oportunidades y posibilidades para sostener y fundamentar lo que en el caso estime conveniente¹³⁹⁹.

En este sentido, el principio de igualdad de armas posee una faz positiva y otra negativa. La faz positiva del principio se caracteriza por postular una

1396 Vid. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 343. Por su parte, ALVES SILVA indicaba: “Torna-se natural concluir que, por trás da ampla defesa e do contraditório, é possível desdobrar uma série de direitos e garantias, dentre as quais a possibilidade de investigação defensiva como substrato do direito à produção probatória, esse último derivado do devido processo legal e da paridade de armas”. ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 62.

1397 Vid. TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 171; BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 94; y ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 62. Asimismo, se tiene que “[O] direito fundamental à investigação defensiva, portanto, pode ser duplamente fundamentado: (a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em juízo pressupõe prévia atividade investigativa, (b) na garantia da paridade de armas”. MALAN, Diogo, “Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 2, n.º 1, 2016, p. 290.

1398 Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 73 y 75.

1399 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid: Ceura, 1993, p. 54.

igualdad de oportunidades y posibilidades fácticas, probatorias y de alegación para poder incidir con igualdad de medios en la decisión del magistrado¹⁴⁰⁰. La *faz negativa* de este principio proscribire el otorgamiento de determinados privilegios procesales a una de las partes si la otra no tiene las mismas prerrogativas; asimismo, se plantea la proscripción de todo privilegio que carezca de un fundamento objetivo y razonable¹⁴⁰¹.

La faz positiva del principio de la igualdad de armas exige que la defensa no solo tenga igualdad de oportunidades con el Ministerio Público en el ofrecimiento y presentación de diligencias y actos de investigación, sino que se reconozca también la facultad de poder investigar de manera libre, lícita y responsable los hechos y las pruebas que puede presentar en el proceso penal¹⁴⁰². No se trata de promover una igualdad de gabinete, puramente formal, sino de buscar alcanzar una igualdad material de poder investigar de manera amplia las fuentes de prueba que avalen la tesis de defensa.

Tanto la función acusatoria (pública o privada) como la función defensiva (privada o pública) deben contar con facultades para poder investigar y presentar hechos y elementos de descargos que puedan probar las hipótesis de las que parten a fin de realizar y concretar, de manera material, la necesaria igualdad y el equilibrio de armas¹⁴⁰³. El órgano que desempeña una determinada función no puede tener más poderes y competencias que los otros órganos que cumplen una función antagónica.

No se trata de asegurar una mera igualdad formal entre los sujetos (activos y pasivos) en la investigación del delito, sino de encontrar una necesaria *igualdad material o sustancial* en la búsqueda y obtención de los órganos de prueba. La defensa no puede pedir y promover diligencias, actos de investigación o medios de prueba si es que previamente no los identifica o reconoce su sentido. En efecto, para que la defensa presente, por ejemplo, un testimonio debe primero saber si el testigo conoce los hechos, si es una

1400 Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editorial del Puerto, t. I, 2.ª ed., 1.ª reimp., 1999, p. 580.

1401 Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 75.

1402 Vid. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 11; y MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 344.

1403 Cfr. ALVES SILVA, "A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal", art. cit., p. 43.

fuentes creíbles, si es portadora o no de alguna deficiencia psíquica (percepción, memoria o de expresión verbal), si posee algún prejuicio sobre los hechos o sobre alguna de las personas involucradas¹⁴⁰⁴ (v. gr. imputado, víctima u otros testigos).

La desventaja estructural que tiene el imputado con relación al Ministerio Público en cuanto a funciones, poderes y competencias en ámbito de la fijación de los hechos y la actividad probatoria se busca neutralizar y compensar a través del reconocimiento de facultades en la investigación de hechos y fuentes de prueba, realizando el principio de igualdad material y no solo una igualdad formal.

En un Estado constitucional la incorporación de la evidencia a la investigación y al proceso penal como el resultado del proceso no puede ser confiada de manera exclusiva al Ministerio Público, debido a que los valores que se realizan en el proceso penal tienen que ver con la justicia y la determinación de la verdad.

El TC peruano destaca que el derecho de igualdad tiene dos dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que este no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley). En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no solo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales¹⁴⁰⁵. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos

1404 Vid. GUEDES VALENTE, *Processo penal*, ob. cit., p. 149; y MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 344.

1405 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00199-2013-AA/TC*, Lima: 8 de agosto del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02851-2008-PA/TC*, Lima: 3 de marzo del 2010; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0606-2004-AA/TC*, Lima: 28 de junio del 2004.

sujetos no se encuentran en una situación igual. Por tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad¹⁴⁰⁶.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido las dos concepciones de la igualdad al señalar:

El sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.¹⁴⁰⁷

La Corte IDH sostiene que para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal¹⁴⁰⁸. De igual modo, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa

1406 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0606-2004-AA/TC*, Lima: 28 de junio del 2004.

1407 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington D. C.: 20 de enero del 2007, párr. 99.

1408 *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-16/99*, San José: 1 de octubre de 1999, párr. 117, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-18/03*, San José: 17 de septiembre del 2003, párr. 121, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”.

prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹⁴⁰⁹.

309

Finalmente, un fundamento material del derecho a la investigación defensiva reside en la *democratización* de la investigación penal que pasa por implementar una efectiva igualdad de armas entre todos los intervinientes¹⁴¹⁰.

La perspectiva democrática-garantista del proceso penal y de la investigación preliminar reconoce a los sujetos procesales el más amplio margen de participación reconociendo su intervención como esencial en la aplicación del derecho al caso concreto¹⁴¹¹. Un proceso penal democrático se caracteriza por la búsqueda de la decisión justa con base al diálogo, al reconocimiento de la investigación defensiva y a la confrontación de las partes en vez de la solitaria pesquisa del órgano investigador.

Un proceso autoritario y antidemocrático es aquel en que las decisiones estatales se asumen de manera unilateral sin escuchar a las partes, sin atender a una amplia investigación defensiva, o si es que se las escucha formalmente, no se analizan, discuten y refutan los argumentos bien para aceptar o rechazar sus pretensiones.

El TC peruano señala que la democracia se fundamenta, pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (art. 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el

1409 Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-16/99*, San José: 1 de octubre de 1999, párr. 118; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-18/03*, San José: 17 de septiembre del 2003, párr. 121.

1410 Cfr. GUEDES VALENTE, *Processo penal*, ob. cit., p. 151.

1411 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge De, *Direito processual penal*, 1.^a reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 51.

máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales. En el Estado constitucional, si bien se exige el respeto al principio democrático también se exige el control y balance entre los poderes del Estado, si bien se exige el respeto a las decisiones de las mayorías también se exige que tales decisiones no desconozcan los derechos de las minorías, pues el poder de la mayoría solo adquirirá legitimidad democrática cuando permita la participación de las minorías y reconozca los derechos de estas; y finalmente, si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado. La participación del pueblo —y del Parlamento— en el gobierno en un Estado constitucional exige que tal participación sea realizada respetando fundamentalmente los derechos constitucionales y el control y el balance entre los poderes del Estado¹⁴¹².

10.6. ¿La falta de regulación en el CPP impide el reconocimiento y la vigencia de la investigación defensiva?

En el derecho comparado como, por ejemplo, en el derecho norteamericano se reconoce el derecho a una investigación defensiva como parte de un derecho a una defensa técnica efectiva. Incluso, desde el ejercicio del derecho de la abogacía se tiene que llevar a cabo dicha investigación, lo que constituye un deber legal y deontológico. El *duty to investigate*, que es el derecho a ejecutar una investigación, es manifestación del derecho a una defensa efectiva¹⁴¹³.

En la doctrina, se recomienda que para un mejor desarrollo y ejercicio de la investigación defensiva el legislador democrático debe intervenir en su regulación fijando su sentido, límites y alcances. Es necesario que el legislador se vea obligado a materializar el ejercicio de un derecho que

1412 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00005-2007-PI/TC*, Lima: 26 de agosto del 2008.

1413 Cfr. BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 95. Apunta, además, ALVES SILVA: “O duty to disclosure norte-americano e a indagine defensiva italiana contribuem decisivamente para a construção de uma boa defesa, ao permitirem que o defensor e o imputado possam ter um panorama dos elementos que recaem em seu desfavor e, diante dessa conjuntura, realizar diligências no interesse da defesa, as quais servirão para robustecer a atividade probatória realizada na instrução processual”. ALVES SILVA, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, art. cit., p. 61.

deriva del contenido esencial del derecho a preparar y organizar la defensa. Se exige que el CPP o una ley procesal regulen las facultades y la concesión de competencias al imputado o a su abogado defensor de llevar a cabo y materializar una investigación beneficiosa a sus intereses¹⁴¹⁴.

La regulación legal se hace aconsejable a fin de que la investigación defensiva no pase de ser una mera utopía o una expectativa que no encuentra un tratamiento jurídico adecuado en la legislación procesal¹⁴¹⁵.

La reforma legislativa que puede introducir la regulación de la investigación defensiva revela el propósito de romper con el monopolio de la actividad de investigación que se concentra en manos del Ministerio Público, especialmente, cuando la Fiscalía muchas veces no recoge de manera deliberada elementos de descargo o cuando la inactividad de la Fiscalía para incorporar prueba exonerante a la investigación no acarrea la nulidad del procedimiento¹⁴¹⁶.

Con todo, la elección del modelo procesal de la investigación defensiva pasa por tomar en cuenta diversos factores como, por ejemplo, el conceder al abogado defensor (privado o público) la facultad de investigar; el abrir dicha posibilidad únicamente a los investigadores privados (v. gr. detectives, personal especializado) que deben cumplir con un riguroso manual de comportamiento u optar por un criterio mixto¹⁴¹⁷.

311 El CPP peruano se afilia a las diversas legislaciones procesales (v. gr. Portugal¹⁴¹⁸, España, Brasil¹⁴¹⁹) que no regulan de manera concreta y específica a la investigación defensiva.

1414 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 342.

1415 Cfr. GUEDES VALENTE, *Processo penal*, ob. cit., p. 148.

1416 Cfr. ALVES SILVA, "A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal", art. cit., p. 49.

1417 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 345; y GUEDES VALENTE, *Processo penal*, ob. cit., p. 151.

1418 Cfr. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, ob. cit., p. 342.

1419 Cfr. BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 94.

De los diversos arts. del CPP en ninguno de ellos se encuentra un tratamiento legal específico a la denominada investigación defensiva. Los arts. 65¹⁴²⁰ y 84¹⁴²¹ del CPP no aluden la facultad de la defensa de realizar una investigación defensiva autónoma; más bien solo se refieren a la facultad interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos (art. 84.2); participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda (art. 84.4); aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes (art. 84.5).

La regulación del CPP solo comprende la participación interna a nivel de las diligencias llevadas a cabo dentro de la investigación que inicia y

1420 *Artículo 65 La investigación del delito*

[...]

4. Corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso. Programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. Garantizará el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.

1421 *Artículo 84. Derechos y deberes del abogado defensor*

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
7. Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.
10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley. El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

conduce el Ministerio Público, pero no abarca a la facultad que desarrolla la defensa al margen y de manera independiente a la investigación fiscal.

312

En el derecho anglosajón es frecuente que se reconozca a las partes la posibilidad de realizar una investigación defensiva favorable a los intereses que promueve o patrocina. En el sistema del *civil law* son pocas las legislaciones que prodigan un tratamiento legal específico a la investigación defensiva.

Por ejemplo, ello ocurre en el derecho italiano. El art. 38 del CPP italiano regula la investigación defensiva:

1. Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall' articolo 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostitute e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con la persone che possono dare informazioni.
2. L'attività prevista del comma 1 può essere svolta, su incarico del difensore, di investigazioni privati autorizzati.

La Ley N.º 332-1995 de Italia reconoce el derecho del defensor de introducir sus elementos de investigación en el proceso, mediante el requerimiento directo al juez, sin que deba presentarlo al Ministerio Público. Se supera la denominada “teoría de la canalización” por la que todo acto de investigación debería ser presentado al Ministerio Público¹⁴²². En la legislación procesal penal italiana anterior al CPP de 1988, el defensor debía evitar cualquier contacto con las fuentes de prueba y si, por cualquier razón lo hacía, podía incurrir en una falta disciplinaria¹⁴²³. La doctrina italiana sostiene que la entrada en vigor de la Ley N.º 397, de 7 de diciembre del 2000, regula con notable retardo y en la dirección correcta la plena actuación del principio de participación de la acusación y de la defensa sobre la base de la igualdad y paridad de armas en todo grado del procedimiento y que supone un acto de refundación del proceso penal italiano en el que se rediseña el equilibrio entre las facultades que ostenta el Ministerio Público y las facultades de las demás partes¹⁴²⁴. Las preguntas que la regulación de la investigación defen-

1422 Cfr. CONSO, Giovanni y Francesco CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 592.

1423 Cfr. CONSO y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 581.

1424 Cfr. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., pp. 11 y 22.

siva debe responder es si la actividad investigativa del defensor debe quedar documentada y de qué forma, si existe un deber de colaboración de un sujeto (público o privado) en la investigación defensiva, ¿de qué manera la investigación defensiva debe ser puesta en conocimiento del fiscal o el juez para su incorporación al proceso o a las diligencias preliminares?¹⁴²⁵

Se reconoce que en Italia existe un modelo investigativo binario: por un lado, la investigación que realiza al Ministerio Público y, por otro lado, la investigación investigativa que pueden realizar las partes¹⁴²⁶.

El que se reconozca el derecho a realizar una investigación defensiva supone también el advertir limitaciones intrínsecas al ejercicio de dicho derecho. Por ejemplo, hay consenso en admitir que a la defensa no se le permite intimar a un testigo a presentarse a un despacho de abogado o siquiera a aceptar una entrevista voluntaria. Como regla, no existe alguna norma legal que obligue a un ciudadano a prestar una declaración a un particular¹⁴²⁷ (persona natural o jurídica).

En el derecho peruano si bien sería deseable que el CPP regule de manera adecuada y suficiente —y si se quiere minuciosa la investigación defensiva— la constitucionalidad y convencionalidad de esta institución resulta indiscutible si es que se le armoniza con la vigencia del derecho de defensa (art. 139.14 de la Const. Pol.) y la necesidad de contar con los medios y recursos para preparar y organizar la defensa. **313**

En el Perú si es que se quiere dotar al derecho de defensa de un contenido útil y eficaz se debe reconocer, aun en ausencia de una regulación legal específica, el derecho a la investigación defensiva como el instrumento que concreta y efectiviza la vigencia de los demás derechos fundamentales, en especial el derecho de defensa.

Se debe resaltar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, en el CPP peruano una prohibición expresa para la implementación de la denominada investigación defensiva¹⁴²⁸, ni existe una limitación (formal

1425 Cfr. CONSO y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 581.

1426 Cfr. SURACI, *Le indagini difensive*, ob. cit., p. 16.

1427 Cfr. BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 94.

1428 De manera semejante en el derecho brasileño, véase BADARÓ, *Processo penal*, ob. cit., p. 94.

o material) que impida a una persona (natural o jurídica), por cuenta propia o por un intermedio de terceros, el indagar todos los hechos y las pruebas que convenga a sus intereses y el fortalecimiento de su posición jurídica. Se parte de un principio general de libre investigación de los hechos y las pruebas que sustentan el ejercicio de los derechos, libertades y garantías constitucionalmente consagrados (Francisco da Costa Oliveira).

El hecho de que se afirme que mientras no exista una regulación legal específica sobre la investigación defensiva no es posible autorizarla y menos permitirle pasa por alto la aplicación inmediata y ejecución de la Constitución y la vigencia (o plena efectividad) de los derechos fundamentales, entre los que se cuenta el debido proceso legal y el derecho de defensa. En efecto, la ausencia de regulación legal (sea de modo deliberado o por negligencia del legislador) no puede obviar la plena efectividad y vigencia de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales.

Las normas constitucionales que consagran derechos o garantías con naturaleza procesal penal (expresa o tácita) son directamente aplicables (*self-executing*), tienen valor jurídico directamente vinculante conocido también en la doctrina como: fuerza vinculante directa, valor directamente normativo o eficacia directa¹⁴²⁹. Dichas disposiciones no solo pueden, sino que deben ser aplicadas en el proceso penal, así el legislador no las haya desarrollado en normas legales (la inexistencia de normas al respecto no puede impedir su aplicación¹⁴³⁰), e, incluso, por la especial jerarquía del texto constitucional, deben ser aplicadas con preferencia a las leyes ordinarias.

1429 Por todos: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal en el Estado de derecho*, Lima: Palestra, 1999, p. 19; PICÓ I JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 24; FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona: Bosch, 1990, p. 58; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 10; LÓPEZ GUERRA, LUIS, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 113; OROZCO ABAD, Iván y Juan Gabriel GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 2000, p. 113; GÖSSEL, Karl Heinz, "La prueba ilícita en el proceso penal", en *El derecho procesal penal en el Estado de derecho. Obras completas*, Buenos aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 202; y GÁLVEZ MUÑOZ, LUIS, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Pamplona: Aranzadi, 2003, p. 109.

1430 Vid. GÖSSEL, Karl Heinz, "La prueba ilícita en el proceso penal", ob. cit., p. 25; y FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del derecho procesal*, ob. cit., p. 58.

La eficacia directa de los derechos fundamentales supone la posibilidad de aplicación inmediata de las cláusulas de derechos fundamentales, sin necesidad de que haya la intervención del legislador ordinario. Como regla las normas constitucionales por la fuerza y supremacía de la Constitución poseen una eficacia directa sin que se requieran de otras normas para garantizar su aplicación. Se trata de normas autoaplicables o autoejecutables (*self executing*). La naturaleza ejecutiva y la autopositividad de los derechos fundamentales no requiere de una norma legal de segundo orden¹⁴³¹ (ley, reglamento, etc.), para hacerlo efectivo.

Las normas constitucionales que contienen derechos y garantías reflejan una pretensión jurídica individual (derecho subjetivo) a favor de determinados titulares que generan el correspondiente deber jurídico por parte de los destinatarios pasivos. La determinación constitucional (formal y/o material) de su contenido es lo que justifica su aplicación directa, independientemente de mediación concretizadora del legislador y de los poderes públicos¹⁴³². Un derecho fundamental se puede aplicar, incluso, en ausencia o falta de una ley.

El principio constitucional de la aplicación directa de los derechos fundamentales que se relaciona estrechamente con el deber constitucional de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (art. 44) es el que más íntimamente resalta la trascendencia y relevancia de la Constitución en el contexto de un orden jurídico global. Sintetiza y condensa una doctrina de la teoría general de los derechos fundamentales, de las libertades y las garantías constitucionales en un Estado de derecho. Con ello, se establece la fuerza normativa directa de la Constitución y de los derechos contenidos en ella que se deben aplicar directamente en las relaciones particulares y en las relaciones de las personas con los poderes públicos¹⁴³³.

La aplicación directa de los derechos fundamentales no solo significa que los derechos y las garantías fundamentales se aplican independiente-

1431 Vid. GÁLVEZ MUÑOZ, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 59; y EDWARDS, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Córdoba: Lerner, 2000, p. 18.

1432 Por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 401.

1433 Vid. GOMES CANOTILHO, José Joaquim y Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 381.

mente de la intervención legislativa, sino que importa que dichos derechos valen también contra la ley cuando establece limitaciones que no son conformes con la Constitución. La regulación de los derechos fundamentales tiene carácter preceptivo y es de aplicación directa, lo cual supone que los derechos se basan en la Constitución y no en otra norma¹⁴³⁴. Los derechos al fundarse en la Constitución rigen, incluso, directamente en contra del legislador, en particular, cuando se establece restricciones que se oponen a la regulación constitucional¹⁴³⁵. No son los derechos fundamentales los que se mueven en el ámbito de la ley, sino que la ley debe moverse en el ámbito de los derechos fundamentales.

Las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales son directamente aplicables debido a que¹⁴³⁶:

- i) Se conciben como normas que valen constitucionalmente por sí mismas al definir y concretar determinadas posiciones jurídicas. No se trata de simples normas de producción de otras normas jurídicas.
- ii) se aplican sin necesidad de que medien o se interpongan otras entidades como, por ejemplo, el Poder Legislativo a través de la expedición de leyes ordinarias que los regulen.
- iii) Por tanto, constituyen derecho actual, vigente y eficaz que rige todas las relaciones estatales, sociales e individuales y no se trata de directivas jurídicas de aplicabilidad futura.

Por su parte, el reconocimiento de la Constitución como Ley Fundamental genera tres consecuencias relevantes¹⁴³⁷:

1434 Vid. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, ob. cit., p. 307; y BULOS, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 482.

1435 Vid. PIOVESANA, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 14.ª ed., Sao Paulo: Saraiva, 2013, p. 103; y GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., p. 1179.

1436 Vid. GOMES CANOTILHO y MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, ob. cit., p. 382.

1437 Vid. BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, ob. cit., p. 232; SARLET, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 185; BULOS, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 128; y AFONSO DA SILVA, José, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 129.

- i) La Constitución como documento normativo tiene aplicación directa e inmediata a las situaciones y relaciones que regula, lo que significa que las normas constitucionales pasan a ocupar un papel decisivo en la eficacia de los derechos fundamentales y en la fundamentación de las decisiones judiciales.
- ii) La Constitución funciona como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. Dichas normas no deben ser aplicadas cuando son incompatibles con las normas constitucionales (art. 51). Aquí opera el control concentrado y el control difuso de los actos normativos que se reputan inconstitucionales.
- iii) La Constitución con sus principios, reglas, valores y fines es parámetro de interpretación, integración y aplicación obligatoria para todos los poderes públicos y para todos aquellos que aplican el derecho en el momento de determinar el sentido y el alcance de todas las normas infraconstitucionales, aportando la argumentación jurídica a ser desarrollada.

10.7. Las ventajas y beneficios de la investigación defensiva

Las legislaciones y la doctrina del derecho comparado que admite el valor y la necesidad de reconocer la investigación defensiva se apoyan en diversas razones de carácter valorativo y pragmático para afianzar su regulación normativa. Entre dichos argumentos se encuentran: **314**

- i) Las razones de carácter constitucional y valorativo a favor de la investigación defensiva:
 - Permite una mejor optimización, realización y efectividad, tanto el plano valorativo como funcional, del derecho de defensa (art. 139.14 de la Const. Pol.), en especial, del derecho de defenderse probando.
 - Supone una concreción del principio de igualdad de armas al conceder oportunidades semejantes en el plano probatorio a las diversas partes y sujetos del proceso penal, en especial, a los sujetos más débiles y vulnerables en relación con la parte acusadora.

- Realiza el sentido final del principio acusatorio al permitir que haya una posición dialéctica de enfrentamiento y de discusión racional entre la acusación (pública o privada) y la defensa de los sujetos pasivos del proceso penal que pueden identificar, buscar y recoger la evidencia que les favorece; mientras los acusadores reúnen la prueba de cargo.
 - Se realiza y potencia el principio de la presunción de inocencia en atención a que a la persona imputada se le permite acreditar su tesis defensiva como el sostener su inocencia recogiendo a tal fin la prueba de descargo pertinente y útil.
- ii) Los argumentos de naturaleza pragmática:
- Favorece la eficiencia del proceso penal al permitir y asegurar que las partes más débiles del proceso puedan buscar de manera autónoma la evidencia que les favorece respetando la división de roles, intereses y funciones de las partes en el proceso penal.
 - La investigación defensiva tiene la ventaja de concentrar su atención en una sola dirección, focalizando los recursos y metodología en obtener un determinado resultado (unidireccionalidad investigativa); mientras que la investigación que realiza el Ministerio Público por mandato legal posee una pluridireccionalidad investigativa (art. iv.2 del título preliminar del CPP y el art. 61.1 del CPP), al contar con la obligación legal de recoger los elementos de cargo y de descargo.
 - Posibilita que la defensa concrete y especifique con la mayor amplitud su hipótesis alternativa y los elementos de descargo que la apoyan, evitando la posición sesgada y parcial del Ministerio Público que bien puede no tener el interés en recoger elementos de descargo o en desestimar los que se ofrezcan.
 - Una investigación defensiva eficaz conduce a que los órganos de persecución penal (Policía y Ministerio Público) se esfuercen al máximo para lograr un mejor patrimonio

- cognoscitivo, introduciendo al proceso una prueba de mejor calidad que la presentada por la defensa o que, si ello no es posible, se opte por abandonar la tesis imputativa.
- Evita (o compensa) que la fiscalía incumpla con el deber de objetividad en la investigación de los hechos y de la evidencia a nivel de la investigación del delito o del proceso penal.
 - El despliegue de la investigación defensiva puede, incluso, llevar a aceptar que el imputado busque y/o acepte institutos premiales como la confesión sincera, la conclusión anticipada, la colaboración eficaz, entre otros.
 - Desde el punto de vista social y cultural se produce un redimensionamiento del papel que cumplen los abogados (privados o públicos) dentro y fuera del proceso al cambiar su tradicional papel de mero argumentador retórico, que solo repara en las lagunas de imputación o de prueba en las que incurre el Ministerio Público, por el de ser un protagonista central en la formación e incorporación del material probatorio.
- iii) Las razones de carácter probatorio a favor de la investigación defensiva:
- Permite la construcción de la hipótesis alternativa de defensa (hechos alternativos) frente a la imputación formulada por el Ministerio Público una vez que se recojan los elementos que favorecen a la posición jurídica.
 - Posibilita la elaboración y planteamiento de una estrategia defensiva más adecuada y eficaz como favorece la aceptación de las tesis e hipótesis de la defensa por parte de los órganos de persecución del delito o por los órganos jurisdiccionales.
 - Facilita el advertir las zonas de coincidencia y de posible fractura entre el discurso defensivo de las distintas partes en el proceso o de las personas que tiene la misma condición jurídica (v. gr.: coimputados).

- Determina la posibilidad de presentar prueba que refuta la hipótesis de la que parte la imputación de los órganos acusadores (v. gr.: coartada simple o compleja).
- Permite cuestionar la credibilidad o la fiabilidad de la prueba de cargo que sustenta la imputación del Ministerio Público o cualquiera otra parte (v. gr.: se presenta documento que acredita que el testigo ha sido condenado por falsedad, que un documento no es auténtico o que un registro de audio o video ha sido adulterado).
- Posibilita, en suma, un mayor control y rigor de la prueba de cargo y de la imputación que formula la acusación a través de una actitud diligente y la incorporación de elementos que son de descargo. Desde una perspectiva epistemológica, la investigación defensiva permite lograr una labor de testeo y de control de calidad del material probatorio que se recoge en la investigación.
- Aumentan las posibilidades de descubrir la verdad en el proceso al permitir que con los medios recogidos y presentados por la defensa los diversos funcionarios que intervienen (v. gr.: jueces y fiscales) se pueda adoptar una decisión con mayor objetividad y justicia, luego de analizar las pruebas y oír las razones que se presenta tanto por la acusación como por la defensa.

315 En el derecho comparado hay voces que consideran que no es posible avalar ni autorizar investigaciones independientes que los imputados (o las demás partes) puedan realizar de manera paralela a las efectuadas por el Ministerio Público.

Se alega, entre otras razones, que el Ministerio Público monopoliza la investigación estatal del delito, la que no puede quedar en manos de particulares. Asimismo, se sostiene que no es necesario que existan las investigaciones defensivas ya que por mandato del principio de objetividad la fiscalía debe recoger tanto la prueba de cargo como de descargo. Se afirma que el modelo procesal que se adopta por la mayoría de legislaciones en el mundo no es un sistema acusatorio puro que avala las investigaciones defensivas, sino un modelo acusatorio moderado en el que se concede al Ministerio Público,

como un órgano autónomo independiente, y de manera excepcional a los jueces el indagar sobre los hechos y las circunstancias de cargo y de descargo. A diferencia del proceso anglosajón en el que se reconoce a la defensa la carga de la prueba de las circunstancias que eximan o atenúen la responsabilidad penal, muchas legislaciones procesales no reconocen al defensor el derecho y la tarea específica para proceder a realizar una investigación autónoma del material fáctico. Solo se admite la posibilidad de que el defensor pueda realizar sus averiguaciones complementarias, siempre que sea necesario para la función de la defensa¹⁴³⁸.

Las objeciones en contra de la investigación defensiva se responden en el sentido de que esta clase de investigación no sustituye, afecta y menos deroga la investigación del delito que realiza el Estado a través del Ministerio Público, sino que la complementa y tiende a mejorarla. La investigación defensiva, tanto en el plano general como en lo particular, al contar con una hipótesis determinada que debe corroborar busca mejorar el panorama probatorio y fáctico que puede tener de manera unilateral la Fiscalía¹⁴³⁹. El principio de objetividad en la actividad del Ministerio Público se encuentra relativizado por la naturaleza irremediable subjetiva de los juicios humanos y por las distintas formas y modelos de analizar y procesar la información¹⁴⁴⁰.

10.8. La investigación defensiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH recuerda que el principio de igualdad de armas no requiere que la defensa deba tener exactamente las mismas facultades que la fiscalía cuando se trata de la recopilación de pruebas. Las formas en que la defensa y la fiscalía pueden participar en la recolección de pruebas son a menudo

316

1438 Vid. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 488.

1439 Por todos, GUEDES VALENTE, *Processo penal*, ob. cit., p. 148; y GOMES RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA, “Controlo garantístico dos direitos do arguido pelo juiz de instrução”, en *Direito e Justiça*, vol. 13, t. 3, Brasília: enero de 1999, p. 186 [“Por outro lado, se o nosso sistema processual penal é efectivamente acusatório (embora não puro) não vemos razões válidas para se denegar ao defensor uma parificação de meios de descoberta da verdade semelhantes aos do Acusador. Não se trata de ónus de prova. Trata-se de direito de defesa, como direito eminentemente constitucional que é”].

1440 GUEDES VALENTE, *Processo penal*, ob. cit., p. 150.

diferentes¹⁴⁴¹. El hecho de que la fiscalía obtenga un informe pericial sin ninguna intervención de la defensa, como tal, no plantea ninguna cuestión relacionada con la violación a las reglas del debido proceso, o preceptos convencionales, siempre que la defensa posea posteriormente la oportunidad de examinar, cuestionar el contenido y la fiabilidad de la prueba recogida ante los tribunales de justicia¹⁴⁴².

Aquí lo importante es que esas diferencias no coloquen a la defensa en desventaja completa respecto a la fiscalía. Las normas relativas a la práctica de pruebas y la reproducción de ella en el juicio no deben hacer imposible ejercer la defensa que se encuentra garantizada por diversos tratados internacionales¹⁴⁴³. En todo caso, se debe fomentar que la defensa realice un papel activo de protección de los intereses del imputado (defensa activa). Se le debe proporcionar la oportunidad, por ejemplo, de introducir opiniones escritas de sus propios especialistas¹⁴⁴⁴. En efecto, aunque “el art. 6 no va tan lejos como exigir que la defensa posea los mismos derechos que la fiscalía en la práctica de pruebas”¹⁴⁴⁵, el acusado debe tener derecho a buscar y producir evidencia “bajo las mismas condiciones” que la acusación¹⁴⁴⁶. Es evidente que esas “condiciones” no pueden ser exactamente igual en todos los aspectos; así, por ejemplo, la defensa no puede tener los mismos poderes

1441 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirilashvili vs. Rusia*, Estrasburgo: 11 de diciembre del 2008, párr. 225; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matysina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 187; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Oyston vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 22 de enero del 2002.

1442 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 731; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matysina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 187.

1443 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 704.

1444 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 728; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matysina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 200.

1445 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirilashvili vs. Rusia*, Estrasburgo: 11 de diciembre del 2008, párr. 225.

1446 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dombo Beheer B.C. vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 27 de octubre del 1993; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 728; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Peric vs. Croacia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2008, párr. 19.

de búsqueda y captura como la fiscalía. Sin embargo, como se desprende de la idea de juicio justo la defensa debe contar con la oportunidad de llevar a cabo una defensa activa, por ejemplo, llamando a los testigos en su nombre o aduciendo otras pruebas¹⁴⁴⁷.

Se afecta la igualdad de armas cuando se niega en repetidas ocasiones la solicitud de la defensa a contar con un examen pericial alternativo (v. gr.: para determinar la calidad de una droga). Se reconoce de manera amplia el derecho a impugnar y cuestionar las pruebas presentadas por el representante del Ministerio Público; de tal manera que cuando se recorta o limita arbitrariamente dicha posibilidad se priva de la oportunidad de presentar argumentos a su favor en las mismas condiciones que la acusación¹⁴⁴⁸. En determinadas circunstancias puede haber la necesidad de obtener una segunda opinión de un experto en un aspecto importante del caso, de tal manera que la negativa de la corte para obtener la prueba pericial solicitada por la defensa puede volver al juicio injusto¹⁴⁴⁹ (v. gr.: dos de los tres peritos recomiendan un examen pericial complementario y la defensa no había contado con la oportunidad de interrogar y cuestionar al experto principal)¹⁴⁵⁰.

Puede ocurrir también que la prueba pericial se recabe durante la investigación preliminar y provenga de un organismo estatal, al margen de cualquier procedimiento contradictorio y sin la mínima participación de la defensa, incluso, a veces, sin la respectiva orden judicial. En realidad, se trata de pruebas que sirven para que la fiscalía construya su caso, promueva la acción penal y acuse. No se trata de pruebas producidas por un experto

1447 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 728.

1448 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Stoimenov vs. ex República Yugoslava de Macedonia*, Estrasburgo: 4 de mayo del 2007, párr. 42; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Duško Ivanovski vs. ex República Yugoslava de Macedonia*, Estrasburgo: 24 de abril del 2014, párr. 59; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Harutyunyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 15 de junio del 2010, párr. 144.

1449 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *G.B. vs. Francia*, Estrasburgo: 2 de octubre del 2001, párr. 69; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 183; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 725.

1450 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 184.

neutral e independiente, situación que socava la igualdad de armas y el derecho a un juicio equitativo¹⁴⁵¹.

318

Se destaca que en algunas ocasiones las normas sobre admisibilidad de las pruebas a veces pueden ser contrarias a los principios de igualdad de armas y de un procedimiento contradictorio, y con ello pueden afectar a la imparcialidad de los procedimientos¹⁴⁵². En el contexto de la prueba pericial, las normas sobre su admisibilidad no deben privar a la defensa de la posibilidad de impugnar la prueba de cargo, de manera efectiva, en particular mediante la introducción o la obtención de dictámenes e informes alternativos. En determinadas circunstancias, la negativa a permitir un examen pericial alternativo de evidencia material puede considerarse como una violación del principio de igualdad de armas¹⁴⁵³.

Normalmente los informes periciales que se discuten en el juicio oral y que fundan la sentencia son obtenidos en la etapa de investigación del delito. La práctica de un examen pericial debe llevar a conferir a la defensa el derecho a participar en su preparación a fin de sugerir expertos, cuestionar a los nombrados como también debe conducir a formular preguntas en la estación correspondiente. El hecho de que la defensa pueda desempeñar un papel relevante en la preparación del informe en esta primera etapa constituye una garantía procesal importante que asegura el contradictorio y la igualdad de armas. Sin embargo, a veces ocurre que las opiniones de los expertos se han obtenido antes de que a la persona se le otorgara la condición de imputado en la investigación o en el proceso penal. En estos casos es muy difícil, sino imposible, que la defensa pueda cuestionar a los peritos, formular preguntas o utilice otros medios a su alcance en la protección de sus intereses.

1451 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Duško Ivanovski vs. ex República Yugoslava de Macedonia*, Estrasburgo: 24 de abril del 2014, párr. 57.

1452 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 169; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 700 y 728; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tamminen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 15 de junio del 2004, párrs. 40 y 41.

1453 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Stoimenov vs. ex. República Yugoslava de Macedonia*, Estrasburgo: 4 de mayo del 2007, párr. 48; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 169.

A fin de potenciar el derecho de defensa se viene planteando la necesidad de conceder facultades investigativas autónomas y propias al imputado y a su defensa técnica (v. gr.: conseguir un experto independiente a fin de que elabore un informe pericial). Se razona que puede ser difícil de desafiar el informe de un experto sin la ayuda de otro experto en el ámbito correspondiente. Por lo tanto, el mero derecho de la defensa de pedir a la corte el que se pueda producir otro examen pericial no es suficiente. Para ejercer ese derecho de manera efectiva la defensa debe tener la misma oportunidad de presentar su propia “prueba pericial”. Este derecho no es absoluto y las formas en que la defensa podrá solicitar la asistencia de expertos pueden variar¹⁴⁵⁴.

Se reconoce que es legítimo que el legislador nacional pueda regular y establecer algunas normas sobre la forma en que la defensa puede recoger e introducir su propia prueba pericial en el juicio. Sin embargo, en algunos casos para paliar la situación de desigualdad estructural en la que se encuentra la defensa, sumado al hecho de que, por ejemplo, no había intervenido en el nombramiento de los peritos ni se le había corrido traslado de su designación, y la negativa de los órganos de justicia para realizar exámenes adicionales, se considera que es una actividad legítima que la defensa busque la ayuda de especialistas, y pueda presentar el informe escrito de los mismos, peor cuando la fiscalía para acusar se basa justamente en otros informes escritos que fueron recogidos por el investigador en la fase de investigación previa al juicio¹⁴⁵⁵.

Se viola el principio de igualdad de armas si se otorga mayores facultades y poderes a un perito oficial que a un perito aportado por la defensa (v. gr.: se permite al perito oficial interrogar al experto aportado por la defensa y no se confiere a este la misma oportunidad)¹⁴⁵⁶.

Los peritos oficiales —y en general, las pruebas aportadas por la fiscalía— en un proceso que pretenda ser justo y equitativo no pueden tener *ad*

1454 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párrs. 731 y 732; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 187.

1455 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párrs. 193-195.

1456 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bönisch vs. Austria*, Estrasburgo: 5 de junio de 1985, párr. 32.

limine, y en el desarrollo del mismo, un mayor peso e importancia que las pruebas ofrecidas por la defensa, ya que de ser así supondría un claro ejemplo de desequilibrio de armas y un trato desigual en el proceso. Se trataría de un caso de manifiesta irracionalidad por tomar en cuenta y valorar las pruebas según la parte que las aporta. Se ha destacado que las conclusiones aportadas por los peritos de parte no pueden ser ignoradas simplemente porque emanaron de personas que actuaban en nombre de una de las partes en el procedimiento¹⁴⁵⁷.

En muchas legislaciones, la defensa no tiene los mismos derechos que la fiscalía en la obtención de pruebas (v. gr.: obtener opinión de expertos o peritos). La prueba pericial solo puede obtenerse o bien a través de un ente investigador (v. gr.: Fiscalía), que es el principal adversario procesal de la defensa, o por medio de los tribunales de justicia. La defensa solo tiene el derecho de solicitar un examen pericial, sugerir expertos y preguntas. La facultad jurídica de ordenar un examen pericial y para elegir a los expertos, que les proporcione las conclusiones sobre determinados aspectos de la imputación pertenece al investigador o al juez. La fiscalía o el tribunal puede desestimar la solicitud de un nuevo examen pericial de una persona o un objeto sin mucha explicación, (v. gr.: el caso está claro, no existe mayor controversia, etc.). En ocasiones se interpreta que media una prohibición a la defensa de la obtención de opiniones escritas de los especialistas. La única manera es acudir a la fiscalía o al tribunal. Por lo tanto, la defensa no puede obtener y producir opiniones escritas por “especialistas” para desafiar las opiniones escritas de los “expertos” recogidas y presentadas por la fiscalía¹⁴⁵⁸.

320

La admisión de la prueba testimonial también puede recaer en aquellos casos en que es necesario determinar y verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, que puede producirse tanto a través de la prueba pericial correspondiente (psiquiátrica, psicológica, etc.) como también a través de la prueba testimonial que puede ayudar a determinar si una persona se encuentra en condiciones físicas o psíquicas no solo para declarar, sino de percibir un

1457 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kutzner vs. Alemania*, Estrasburgo: 26 de febrero del 2002, párr. 73.

1458 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matytsina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párrs. 187-192.

evento determinado (art. 162.2 del CPP¹⁴⁵⁹) (v. gr.: personal médico puede declarar acerca de las limitaciones, ya sea visuales o auditivas severas del testigo de cargo); o el caso del testimonio de personas que pueden dar cuenta de las patologías psicológicas o de las facultades cognitivas del testigo.

El Comité de Derechos Humanos condenó a Jamaica por no permitir que la defensa acceda a una copia de la supuesta confesión de un tercero, que exculpaba al autor de la imputación formulada en su contra, lo que hubiera permitido el inicio y desarrollo de una nueva línea de investigación y tesis defensiva. En este caso, a juicio del Comité, el hecho de que no se facilitara al Sr. Thomas asistencia jurídica en Jamaica le privó de la posibilidad de realizar investigaciones sobre el asunto y de utilizar los medios jurídicos de que habría podido disponer de conformidad con la Constitución o de otro modo, y ello constituye una violación del apartado d) del párrafo 3 del art. 14, así como del párrafo 3 del art. 2¹⁴⁶⁰.

10.9. El derecho a la investigación defensiva y el peligro de obstaculización

Uno de los principales problemas que se presenta en el ejercicio del **321** derecho a una investigación defensiva es la posibilidad de que se puede alegar por parte del Ministerio Público, la víctima, la parte civil o cualquier otro sujeto procesal (v. gr.: coimputado), la realización de actos de obstaculización probatoria debido a que se tiene contacto y se puede influir en los testigos, peritos y demás fuentes de prueba.

Un primer planteamiento de corte autoritario, estatalista, y opuesto a la licitud de la investigación defensiva, puede ver que toda indagación que haga la persona investigada, o su defensa técnica, sobre las fuentes de prueba, tanto de cargo como de descargo, es un acto de entorpecimiento de la actividad probatoria, sosteniendo que si la defensa quiere incorporar a cualquier testigo o a cualquier órgano de prueba favorable lo puede solicitar al Ministerio Público, sin ningún problema, sobre todo, si por el principio

1459 “Si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el juez”.

1460 COMITÉ INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Comunicación N.º 532/1993*, caso *Maurice Thomas vs. Jamaica*, Jamaica: 3 de noviembre de 1997, párr. 6.4.

de objetividad la fiscalía tiene la obligación de recoger la prueba de cargo y de descargo.

Por ejemplo, la Sala Tercera en el voto 2007-775 del 3 de agosto del 2007 de Costa Rica ha señalado que “un profesional en derecho, cualquiera sea su rol en el proceso, no debe buscar a ningún testigo de la parte contraria sin que el abogado de esa parte se encuentre presente”.

322 Un punto de vista intermedio considera que lo conveniente es que si se ejerce el derecho a la defensa y el buscar las fuentes de prueba, quien lo debe desarrollar no debe ser el imputado o sus parientes, sino más bien su defensa técnica (pública o privada) o los investigadores que se hayan podido contratar a fin de evitar cualquier discusión acerca del peligro de obstaculización¹⁴⁶¹. Esta postura de carácter pragmático, en realidad, lo que busca es evitar que la defensa en el ejercicio de su derecho pueda tener objeciones o cuestionamientos y a fin de que no pueda haber una afirmación de que se está obstaculizando la investigación, lo mejor es cortar por lo sano y encomendar que dicha tarea lo realice la defensa técnica o los investigadores privados.

323 Un tercer punto de vista reconoce de manera amplia el ejercicio del derecho a una investigación defensiva y plantea que el imputado, como parte de su autodefensa, o su defensa técnica, pueden emprender una investigación defensiva buscando las fuentes o los órganos de prueba que afiancen y consoliden su posición o sirva para desacreditar la prueba de descargo, sin que por ello afecte el curso de la investigación que realiza de manera oficial el Ministerio Público o que dichos actos se puedan ver como actos de obstaculización. Tanto el imputado como su defensa técnica (pública o privada) pueden buscar fuentes de prueba que le son favorables, pueden entrevistarse con cualquier testigo (de cargo o de descargo), pueden visitar la escena del crimen, pueden conferenciar con los peritos oficiales o pueden buscar un documento, por diversos medios, que contribuya a su posición de defensa.

Pueden citarse como ejemplos del pleno ejercicio del derecho de defensa a nivel de la investigación y del proceso penal:

1461 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, 5.ª ed., San José: Dominza, 2012, p. 451: “[D]ebe reconocerse que la defensa debe tener mucho cuidado al contactar a testigos, ya que el Ministerio Público no ha visto con agrado esto”.

- La búsqueda de pruebas de descargo (v. gr.: documentos, testigos, peritos, etc.) que sustente la tesis de inocencia del imputado o que establezca circunstancias de atenuación o de eximente.
- La entrevista con eventuales testigos del caso que permitan validar o no una determinada tesis de defensa (v. gr.: preparación de un interrogatorio, etc.). Debe quedar claro que no solo los fiscales cuentan con el derecho de reunirse con los testigos (de cargo o de descargo), sino también las personas investigadas o sus abogados defensores. Las entrevistas con los órganos de prueba, haya o no constancia de ello, son completamente lícitas y usuales. No se requiere ni que el Ministerio Público lo sepa, esté al tanto y menos que lo autorice.
- El diálogo (entrevista) con una fuente de prueba personal (testigo, víctima, coimputado) no puede verse *a priori* y superficialmente como un acto de entorpecimiento de la actividad probatoria, ya que representa el ejercicio de un derecho fundamental: el derecho de defensa en su manifestación de la investigación defensiva.
- En la doctrina comparada hay acuerdo en que los interrogatorios extrajudiciales a testigos (y víctimas) son básicamente legales y compatibles con el ordenamiento jurídico, en especial, con el ejercicio del derecho de defensa¹⁴⁶². Es lícito aconsejar a un testigo que no ejerza la acción penal o que se desista de ella. Con todo, no es posible negar los problemas pragmáticos que encierra las entrevistas extrajudiciales con los testigos (o víctimas), ya que ocurre que los jueces y fiscales le restan credibilidad y valoran menos el contenido de una declaración cuando los testigos han sido interrogados previamente por el defensor¹⁴⁶³.
- La reunión con otros coimputados —o con su defensa técnica— para dialogar sobre los aspectos jurídicos del caso, siempre que no se cuente con alguna restricción o impedimento judicial al respecto. Por ejemplo, el hecho de que se pida a un coimputado para que no declare y más bien haga uso de su derecho al silencio

1462 Vid. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., pp. 202 y 255.

1463 Vid. *Ibid.*, p. 255.

no puede verse como un acto indebido o de entorpecimiento de la actividad probatoria¹⁴⁶⁴.

- La determinación para que una persona se ampare o acuda al ejercicio de un derecho de rango constitucional o convencional no puede calificarse como un acto ilegal y menos de obstrucción a la justicia¹⁴⁶⁵. Lo mismo ocurre cuando se aconseja a una persona a que se ampare en el secreto profesional (v. gr.: de un sacerdote, de un médico, o de un abogado). Algunas personas (o profesionales) tan garantes del deber de guardar silencio lo son también de impedir que terceros puedan acceder a la información que guardan¹⁴⁶⁶.
- Las reuniones o conversaciones con testigos de un caso o con coimputados no puede considerarse y ser visto a la ligera como un acto de entorpecimiento de la actividad probatoria. Lo mismo ocurre cuando se le pide a una persona que declare de una determinada manera si dicha declaración corresponde a la verdad y a cómo efectiva y realmente se dieron los acontecimientos. En efecto, el pretender influir en una declaración no es en sí mismo un acto ilegal, sino el pedir a una persona que mienta o que tergiversar los hechos de una determinada manera.
- El que la persona investigada o su defensa busquen un determinado documento (público o privado) que les favorece y realicen las indagaciones correspondientes en dependencias públicas o privadas no quiere decir que se esté ante un acto de obstaculización probatoria. El que se identifique un documento, el que se pretenda conseguirlo o saber su contenido por medios lícitos no se puede entender como un acto de inquinamiento probatorio, sino como el ejercicio de un derecho fundamental: el derecho a

1464 Vid. SANGUINÉ, Odone, *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, ob. cit., p. 247; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 48 y 50.

1465 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, ob. cit., p. 451.

1466 Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, ob. cit., p. 48.

defenderse investigando y de recoger las pruebas de descargo. La valoración de la conducta no cambia de modo alguno si es que el documento que se pretende obtener sirve para desacreditar o cuestionar la credibilidad de un testigo de cargo, de un coimputado o la declaración de la propia víctima.

Se reconoce que en la investigación defensiva no se puede ni debe realizar algún tipo de amenazas al órgano de prueba, no se le puede ofrecer una dádiva, ventaja o se le puede engañar, como tampoco puede tratar de que falte a la verdad o que no concurra a declarar cuando está obligado a hacerlo¹⁴⁶⁷. 324

El hecho de que se influya en la declaración de una persona no es en sí mismo ilícito. Lo que se prohíbe es que se tuerza la verdad de cómo efectivamente ocurrieron los hechos o que se induzca a mentir o falsear la realidad¹⁴⁶⁸.

La defensa no dispone del poder coercitivo para obligar a los testigos a entrevistarse, no los puede citar compulsivamente, no puede exhortarlos a decir la verdad, ni menos los puede obligar a declarar en tal o cual sentido¹⁴⁶⁹. El ejercicio del derecho a la investigación defensiva es muy estricto y limitado.

10.10. La necesaria licitud de la investigación defensiva

La investigación defensiva de cualquiera de los sujetos procesales puede recoger e incorporar elementos de prueba lícitos como¹⁴⁷⁰: 325

- i) Entrevistarse, recoger y registrar declaraciones.
- ii) Revisar y leer documentación e informaciones sobre los hechos materia de investigación que obren en dependencias oficiales.
- iii) Realizar exámenes y contrapruebas de carácter pericial.
- iv) Visitar y tener acceso lícito a locales en los que habría ocurrido los hechos.

1467 Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, ob. cit., p. 451.

1468 Vid. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., pp. 202 y 254.

1469 Vid. CORSO, *Procedura penale*, ob. cit., p. 427.

1470 Vid. ALVES SILVA, "A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal", art. cit., p. 75.

- v) Acceder y analizar los instrumentos del crimen con el apoyo de especialistas.
- vi) Recoger y registrar las opiniones de los especialistas.
- vii) Tener acceso a bancos de datos de carácter público.
- viii) Tener acceso a información privada de la persona que contrata sus servicios.
- ix) Verificar los datos y demás información de la víctima y de los posibles testigos que obran en registros oficiales o en organismos que brinden acceso a la información.
- x) Toda información lícita que pueda ayudar al esclarecimiento de los hechos.

La adquisición de la información probatoria por la investigación defensiva puede comprender¹⁴⁷¹: i) un diálogo no documentado con las fuentes personales de prueba a fin de indagar si la persona (v. gr.: testigo directo o indirecto, víctima, etc.) posee conocimientos sobre los hechos y las circunstancias; ii) el registro de una declaración a través de un medio escrito, audio o de vídeo en el que constan determinadas atestaciones; iii) una solicitud de información a entidades públicas y/o privadas para obtener determinado conocimiento de documentos, actos, etc. (por ejemplo, se recurre al sistema de registro de deudores alimentarios, de Infocorp, al servicio de inspección técnicos de vehículos automotores, el pedir informes del servicio meteorológico¹⁴⁷², entre otros); iv) el acceso al lugar de los hechos a fin de realizar una inspección ocular o para tomar fotografías, un registro audiovisual, elaborar planos, gráficos, etc. La defensa puede perennizar su visita a través de fotos, vídeos, planos, croquis¹⁴⁷³. Aquí se diferencia de si se trata de un espacio público o privado que requiere, según el caso, del consentimiento del titular o alguna condición específica adicional¹⁴⁷⁴. No basta cualquier forma de ingreso (subrepticio, ilegal), sino de un acceso autorizado y lícito al

1471 Vid. CONSO y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 583; y TRANCHINA, *Diritto processuale penale*, ob. cit., p. 174.

1472 Cfr. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., p. 256.

1473 Cfr. CONSO y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 588.

1474 Cfr. TRANCHINA, ob. cit., pp. 174 y 179.

inmueble público o privado¹⁴⁷⁵. Es común que el defensor, de cualquiera de las partes, realice una inspección en el lugar de los hechos, lo que contribuye a que se obtenga información del ambiente y del contexto para una mejor apreciación de los hechos, de las circunstancias y cómo puede haberse realizado el evento¹⁴⁷⁶ (v. gr.: se puede tener una mejor idea de la iluminación del lugar, de las condiciones de acceso o de salida). La propia inspección del lugar o de la escena del crimen puede arrojar mayores datos y una mejor apreciación a la que puede llegar la fiscalía.

La búsqueda y recolección de las fuentes de prueba debe realizarse en armonía con los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales a fin de preservar la licitud y legitimidad de su obtención¹⁴⁷⁷. 326

Vale recordar que, según lo prescrito en el CPP, “la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código” (art. 155.1) y que los hechos en el proceso pueden acreditarse tanto por los medios de prueba permitidos por la ley, así como pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona (art. 157.1) (v. gr.: aplicación de la tortura o de los malos tratos). En el proceso penal “no pueden ser utilizados, aun 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” (art. 157.3). Expresamente se declara: “[T]odo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo” (art. VIII.1 del título preliminar del CPP).

Las partes en la búsqueda y acopio de las fuentes de prueba no tienen derecho a crear medios de prueba falsos¹⁴⁷⁸, tal como ocurre, por ejemplo,

1475 Cfr. CONSO y CAPRIOLI, *Compendio di procedura penale*, ob. cit., p. 589.

1476 Vid. BARTON indica: “[I]mpresiones auténticas facilitan también comisiones propias del trayecto al lugar del hecho, posibles vías de fuga y, dado el caso, la búsqueda del lugar de hallazgo de los objetos concretos de prueba. Todo esto puede ser únicamente en beneficio, tales esfuerzos encuentran sus límites únicamente en el despliegue vinculado con ello y las costas a imponer”. BARTON, *Introducción a la defensa penal*, ob. cit., p. 255.

1477 Cfr. DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, 1.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 43.

1478 *Loc. cit.*

cuando se fabrica un documento falso (v. gr.: pretende probar la existencia de una deuda) o se adultera uno verdadero (v. gr.: se altera la fecha de un documento de viaje). Tampoco las partes tienen autorización para instigar a determinadas fuentes de prueba a realizar informes o declaraciones falsas ya que de ser así incurrirían en una clara y palmaria responsabilidad penal (art. 409 del CP¹⁴⁷⁹) como incurre también en responsabilidad quien es legalmente requerido en una causa judicial en la que no es parte y expide una prueba o un informe falso, niega o calla la verdad, en todo o en parte (art. 412 del CP¹⁴⁸⁰).

327

La búsqueda de los órganos de prueba debe realizarse respetando los derechos fundamentales de terceros y debe emplear mecanismos lícitos y permitidos. Por ejemplo, no se debe adquirir información probatoria de descargo —o de cualquier otra índole— torturando o golpeando a una persona, violando su derecho a la propiedad (v. gr.: sustrayendo de manera ilegítima cartas o documentos), realizando allanamientos y/o entradas ilegales sin autorización del titular del domicilio o de morada, quebrantando el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, entre otros.

Uno de los casos problemáticos consiste en determinar si configura o no como un supuesto de prueba ilícita el caso en el que, por ejemplo, se produce un hurto¹⁴⁸¹, robo o cualquier atentado contra la propiedad de una

1479 “El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años”.

1480 “El que, legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

1481 *Vid.* CAPPELLETTI, MAURO, “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires: Ejea, 1972, p. 137. Muestra una posición en contra: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “La prueba ilegalmente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 7, Madrid: septiembre de 1989, p. 29: “Ninguna prohibición probatoria expresa se funda en derechos y libertades no tenidos por fundamentales. En particular, se ha venido admitiendo, sin mayores reparos, que la adquisición subrepticia de documentos u otros objetos, en la medida en que vulnera los derechos de propiedad y posesión, podría ser castigada como delito o falta y aun esto es motivo de debate, pero nada obstaría a la utilización, como medio de prueba, de unos y otros”. En la doctrina nacional: PISFIL FLORES, Daniel, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial*

persona por parte de las autoridades o, incluso, particulares, a través del cual se le despoja y/o priva de la propiedad o tenencia de un bien que termina siendo luego utilizado como fuente de prueba en un proceso penal y que acredita la comisión de un delito (v. gr.: la sustracción y apoderamiento de un revólver que fue utilizado en el robo de un banco, en un delito de homicidio, lesiones, entre otros), la sustracción de documentos¹⁴⁸², de una agenda o de papeles privados que prueban determinadas transferencias bancaria que se vinculan con el delito de lavado de activos, con una apropiación ilícita o cualquier otro delito. Creemos que en estos casos la regla de exclusión debe funcionar a plenitud y debe considerarse un caso de prueba ilícita.

Un sector mayoritario de la doctrina constitucional¹⁴⁸³ y procesal¹⁴⁸⁴ se ha decantado, con razón, por la opinión de que también los particulares pueden incurrir en la obtención o producción de pruebas ilícitas (v. gr.: escuchas telefónicas ilegales o sustracción de documentos). En tal sentido, cualquier persona puede incurrir en la práctica o en la obtención de una prueba prohibida. La jurisprudencia española ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este aspecto en la STC 114/1984 al prescribir: “La nulidad

328

y posibles excepciones, Lima: Editores del Centro, 2018, p. 212 se pronuncia por la responsabilidad penal del infractor del hurto o robo.

1482 Vid. BULOS, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 700.

1483 Vid. BULOS, *Curso de direito constitucional*, ob. cit., p. 702.

1484 Por todos, GÁLVEZ MUÑOZ, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 107; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid: Akal, 1989, p. 133. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 27; FERNÁNDEZ ENTRALGO, “La prueba ilegalmente obtenida”, art. cit., p. 27; VEGA TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 1993, p. 124; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la ‘tesis de la desvinculación de la antijuricidad’: una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 9, Valencia: junio del 2011, p. 203 (“[L]a vinculación entre el art. 11.1 LOPJ y el derecho al proceso citado (art. 24.2 CE) parece indubitada: se crea para proteger directamente el proceso, a través de este mandato dirigido —principalmente— a los poderes públicos y —de forma indirecta— a cualquier tercero, cuyo efecto principal es desincentivar al posible trasgresor con la sanción de la expulsión de las pruebas obtenidas por violación de derecho fundamental”); FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “La prueba ilegalmente obtenida”, art. cit., p. 24; SAN MARTÍN CASTRO, César, “Prueba ilícita e inutilización probatoria”, en *Delito & proceso penal*, Lima: Jurista Editores, 2017, p. 73; y PISFIL FLORES, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, ob. cit., p. 206.

radical de todo acto —público, o en su caso privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas por la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución”.

Ni el art. VIII del título preliminar del CPP ni el art. 159.1 del CPP hacen la precisión de que solo los órganos estatales (de persecución penal) pueden afectar los derechos fundamentales de la persona¹⁴⁸⁵. Ambas normas no se pronuncian —ni tampoco excluyen de su ámbito de protección— acerca de si los particulares pueden o no afectar los derechos fundamentales y, por tanto, si sus actos pueden ser considerados como inconstitucionales y de ser presentados a una investigación o un proceso pueden (y deben) ser excluidos. Una interpretación que maximice la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y las normas constitucionales puede concluir fácilmente que también los particulares pueden violar la Constitución y, por tanto, los actos que presentan al proceso puedan estar teñidos de ilicitud por lo que carecen de todo efecto legal.

Los particulares pueden mandar a un tercero a torturar a una persona, pueden allanar un domicilio buscando determinada clase de evidencia, pueden interceptar comunicaciones, pueden violar la intimidad como también, por ejemplo, afectar el derecho a la no autoincriminación de una persona. Ello es mucho más palpable y nítido en el caso de las investigaciones internas empresariales en la que se despliegan una serie de medios, métodos y recursos por parte de las compañías para lograr, por ejemplo, que el empleado confiese la comisión de un hecho y presentar un culpable a la investigación oficial a fin de disminuir o lograr una eximente de su responsabilidad penal¹⁴⁸⁶. También con el empleo de los detectives privados¹⁴⁸⁷ se puede afectar derechos fundamentales, ya que muchas veces para conseguir pruebas en favor de su eventual cliente cometiendo ilícitos (v. gr.: ingresar a vivienda, violar la correspondencia, etc.).

1485 Vid. SAN MARTÍN CASTRO, “Prueba ilícita e inutilización probatoria”, art. cit., p. 73; y PISFIL FLORES, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, ob. cit., p. 206.

1486 Vid. ESTRADA I CUADRAS, Albert, “‘Confesión o finiquito’: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”, en *InDret*, n.º 4/2020, Barcelona: abril del 2020, p. 255. Recuperado de <<https://bit.ly/3E3wSCs>>.

1487 Vid. PISFIL FLORES, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, ob. cit., p. 207.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que en los casos en donde se discute la existencia de prueba ilícita como en la grabación de audio y vídeo:

[N]o es necesario que estos medios se utilicen exclusivamente por la policía o la fiscalía. Un agente privado, como pueden ser la víctima o sus familiares, también pueden hacerlo; y su control o legitimidad, está en función a que no vulnere el contenido esencial de derechos constitucionales. De hacerlo, carece de todo efecto legal, no solo el de una simple prohibición de valoración, porque carencia de efectos —de todo efecto— significa no producir ninguno, ni directos ni indirectos y pronunciarse inmediatamente que es conocida para, precisamente, evitar que los produzca¹⁴⁸⁸.

Por ello se remarca que “no importa quién haya conseguido la prueba inconstitucional, prohibida o ilícita”¹⁴⁸⁹.

También los funcionarios públicos que no se encargan de la persecución del delito pueden incurrir en la obtención o práctica de pruebas ilícitas (v. gr.: militares, funcionarios civiles del Ministerio del Interior, etc.). La distinción entre la obtención de la prueba por particulares o funcionarios públicos ha sido llamada absurda e incongruente¹⁴⁹⁰.

El respeto de los derechos fundamentales no solo recae en los funcionarios públicos, en concreto en aquellos funcionarios encargados de la persecución penal del delito, sino que dicha obligación también se extiende a los particulares. Todos los ciudadanos tenemos el deber de respetar los derechos fundamentales y la Constitución¹⁴⁹¹. No solo los funcionarios públicos, o un grupo particular de los mismos, ostentan dicho deber.

Si lo que se pretende es fortalecer la vigencia de los derechos humanos y la necesidad que la averiguación de la verdad se encuentre sujeta a límites,

1488 Véase SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.º 1640-2013*, Lima: 10 de diciembre del 2013.

1489 *Vid.* SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.º 1640-2013 Del Santa*, Lima: 10 de diciembre del 2013.

1490 Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob. cit., p. 133.

1491 Expresamente en el derecho español: GÁLVEZ MUÑOZ, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 109.

irradiando sus efectos a nivel del proceso penal, carece de todo sustento reducir el alcance de las pruebas ilícitas a las actuaciones planificadas o ejecutadas por funcionarios públicos; debido a que no solo ellos tienen el deber de conducir su actuación según los mandatos constitucionales. No interesa en absoluto la calidad, condición o rango de quien obtiene la prueba con la vulneración de los derechos ciudadanos.

330

La obligación (constitucional) de respeto a la dignidad de la persona humana no solo abarca a los poderes públicos. Se extiende a todas las demás personas, a los grupos y colectivos como a la sociedad en su conjunto. También los particulares (y no solo los funcionarios) se encuentran vinculados a la pretensión de respeto. Las normas constitucionales obligan a los poderes públicos y a todos los ciudadanos¹⁴⁹². Se alude aquí a una eficacia horizontal o social de los derechos fundamentales¹⁴⁹³.

El derecho constitucional se ha impuesto como verdadero estatuto jurídico de lo político y lo social bajo una doble perspectiva: i) como derecho de las relaciones y organización de los poderes públicos, y ii) como “derecho de los ciudadanos”, directamente aplicable no solamente en sus relaciones con los poderes públicos, sino también en las relaciones intersubjetivas privadas¹⁴⁹⁴.

1492 Vid. BENDA, Ernesto, *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 123; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 2006, p. 70; y NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, “La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 9, Lima: diciembre del 2016, p. 70.

1493 Vid. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 5.ª ed., México: Porrúa, 2009, p. 313 (“[E]n una sociedad pluralista, el individuo debe ser especialmente protegido, mediante los derechos fundamentales, contra aquellas asociaciones capaces de amenazar sus libertades desde una posición de poder superior”); STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 1, México: septiembre-diciembre de 1988, p. 266; STARCK, Christian, “Derechos fundamentales y derecho privado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, Madrid: septiembre-diciembre del 2002, p. 65; y SCHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, Madrid: enero-febrero de 1979, p. 21.

1494 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Derecho, derechos; tribunal, tribunales”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época* n.º 60-61, Madrid: abril-septiembre de 1988, pp. 820 y 821. Este autor recuerda el significado de los principios constitucionales: “1) la

Los derechos fundamentales, en cuanto orden objetivo de valores, tienen vigencia en todos los ámbitos del derecho¹⁴⁹⁵.

El fundamento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se encuentra de manera indiscutible en el respeto a la dignidad de la persona humana. El efecto irradiante de este principio no solo comprende a los funcionarios públicos y a las entidades estatales. También alcanza de manera necesaria a los particulares y a todos los miembros de la sociedad. Da lo mismo si la agresión o la violación de la dignidad proviene de una autoridad o de un particular¹⁴⁹⁶.

Los derechos fundamentales no solo deben protegerse de la actuación de los poderes públicos, sino también del abuso que efectúan los demás ciudadanos o, incluso, los propios titulares¹⁴⁹⁷. Los derechos fundamentales se limitan tanto por razones de coexistencia y ordenación de derechos como por la presencia de distintos titulares y por la función social que desempeñan¹⁴⁹⁸.

Por otro lado, debe recordarse que el art. 38 de la Const. Pol. establece que “[t]odos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

El Tribunal Constitucional peruano precisó¹⁴⁹⁹:

Constitución es una ley fundamental jerárquicamente superior, vinculante para todos los poderes públicos, 2) las normas y principios constitucionales constituyen derecho directamente aplicable, y 3) la Constitución vale como ley, pudiendo y debiendo ser aplicada como tal en los casos concretos”.

1495 Vid. STARCK, “Derechos fundamentales y derecho privado”, art. cit., p. 67.

1496 Vid. SARLET, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, ob. cit., p. 92.

1497 Vid. HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima: PUCP, 1997, p. 62; y ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 76.

1498 Vid. ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, ob. cit., p. 76.

1499 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3179-2004-AA/TC*, caso *Apolonia Ccolleca Ponce*, Huamanga: 18 de febrero del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 976-2001-AA/TC*, caso *Eusebio Llanos Huasco*, Huánuco: 13 de marzo del 2003; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 410-2002-AA/TC*, caso *Julia Soledad Chávez Zúñiga*, Arequipa: 15 de octubre del 2002; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1124-2001-AA/TC*, caso *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú*

Esta norma establece 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 [...]. Desde esa perspectiva, si bien los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado, es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones derivadas de cualquiera de los poderes públicos, hoy también esos atributos son susceptibles de titularizarse y tutelarse en el ámbito de las relaciones *inter privados*.

Negar que los derechos fundamentales puedan tener eficacia en las relaciones entre privados importaría tanto como afirmar, como se hiciera en el siglo XIX, que la Constitución solo es un documento normativo cuyo ámbito de aplicación solo comprende a las diversas dependencias estatales. Naturalmente, semejante definición no se corresponde con nuestro concepto de Carta Magna, según el cual la Constitución es la Ley Fundamental de la Sociedad y, como tal, vincula y a ella quedan vinculados todos los poderes públicos e, incluso, los propios particulares. De ahí que el Tribunal Constitucional tenga que señalar que los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico y, en ese sentido, lo hace en forma directa incluso en las relaciones que entre privados pudieran suscitarse, toda vez que su respeto constituye, en el plano sustancial, parte del orden público constitucional. “En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos [...] resulta inexorablemente inconstitucional”.

11. EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA ACREDITACIÓN DE LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA

332

Las controversias judiciales de carácter fáctico pueden ser concebidas como hipótesis explicativas contradictorias —de imputación o de inocencia— que han de ser evaluadas de acuerdo a las pruebas recogidas en el proceso¹⁵⁰⁰. En ese sentido, para que una afirmación que se presenta como

S.A. y *Fetratel*, Lima: 11 de julio del 2002.

1500 Por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona: Trotta, 1997, p. 53; IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima: Palestra, 2014, p. 125; y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción*

hipótesis sea confirmada es necesario que la misma no resulte excluida, falseada o contradicha por otras pruebas disponibles¹⁵⁰¹.

El hecho que se discute en el proceso es un suceso de la vida y como tal debe ser susceptible de explicarse de manera razonable por las partes. La imputación debe no solo apoyar su hipótesis en la evidencia empírica, sino que debe brindar una explicación razonable de los hechos ocurridos: la historia debe ser plausible y verosímil.

La tesis de defensa, sea del imputado o de su abogado, debe ser una hipótesis razonable que sea compatible con los hechos del caso y la evidencia recogida. No puede basarse en hechos imaginarios, imposibles de probar o en simple alegaciones sin apoyo empírico. **333**

El escenario ideal en un proceso es que las partes cuenten con una hipótesis o una explicación adecuada del suceso la que deberá discutirse de manera plausible e idónea¹⁵⁰². Pese a que la hipótesis alternativa —o tesis de la defensa, de descargo hipótesis contraria— no es indispensable que se formule en el proceso, pues ni la ley lo exige ni es necesario por la configuración acusatoria del proceso penal, desde el punto de vista racional y persuasivo, resulta conveniente que se formule y discuta.

Las ventajas de plantear una hipótesis alternativa son:

- i) Posibilita abrir un escenario racional de discusión en el que se analizan versiones distintas y opuestas —sea parcial o totalmente— de los hechos que se afirma han ocurrido.
- ii) Permite confrontar dialécticamente dos historias o dos explicaciones sobre un hecho en el proceso que fortalecen la búsqueda de la verdad.

judicial en el proceso penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 93.

1501 TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 236. Al respecto, GASCÓN ABELLÁN señala: “Por eso justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapruebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas”. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010, 3.ª ed., p. 196.

1502 ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 18.

- iii) Facilita el control de cada una de las hipótesis en conflicto por medio del contraste con la evidencia empírica.
- iv) Posibilita que las partes determinen si existe la suficiente capacidad y fuerza, apoyada en evidencia y en argumentos, para refutar la tesis puesta o la hipótesis contraria.
- v) En caso de que en el proceso penal la imputación no refute de manera adecuada la hipótesis alternativa planteada por la defensa se abre las puertas para la absolución por aplicación del principio de la decisión de condena más allá de la duda razonable.

334

Desde el punto de vista científico, para que una hipótesis quede confirmada debe ser sometida al requisito de la no refutación con el fin de garantizar su consistencia y credibilidad¹⁵⁰³. Si es que no se somete la hipótesis a la exigencia de no refutación su valor será escaso y la garantía que ofrece será provisional, generando una baja confianza sobre su plausibilidad y resultados¹⁵⁰⁴. Por ello, es común la posición que remarca que el nivel de corroboración de una hipótesis será mayor mientras más sean los controles y desafíos de refutación que se realizan¹⁵⁰⁵. Como señala TARUFFO, “para afirmar que una hipótesis ha sido confirmada por pruebas adecuadas es necesario explicar también por qué razones no deben considerarse atendibles las pruebas que contrastan o divergen respecto de ellas”¹⁵⁰⁶.

1503 Vid. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Inferencia probatoria”, en *Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Lima: Palestra, 2005, p. 88; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 196; y ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, ob. cit., p. 94. En el derecho alemán histórico, “existe incertidumbre, subsisten dudas, si al juez se le presentan como posibles varias configuraciones de los hechos, sin que ninguna de ellas sea indudable”. SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Lerner, 2006, p. 209.

1504 “[L]a falibilidad es un motivo más para intensificar los controles empíricos, no un pretexto para bajar el nivel probatorio idóneo para fundar la condena”. FERRUA, Paolo, “Contradictorio y verdad en el proceso penal”, en GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá: Temis, 2008, p. 232. Asimismo, véase ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, ob. cit., p. 94.

1505 Vid. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 86.

1506 TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., p. 272.

En el campo científico se sostiene que una hipótesis o una teoría para que sea aceptada por razonable debe cumplir con el requisito de tolerar y ser resistente a la refutación o crítica que se emprenda contra ella. El estatus científico de una teoría o hipótesis pasa por soportar el test de refutación o de testabilidad. Los elementos confirmatorios de una hipótesis solo deben tomarse en cuenta si son el resultado de un intento serio, pero fallido, de refutarla. Como recuerda POPPER, “una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo), sino un vicio”¹⁵⁰⁷. Se habla aquí que se debe refutar y vencer las hipótesis alternativas de los hechos¹⁵⁰⁸.

La aparición de la hipótesis alternativa puede surgir a partir del planteamiento de las partes del proceso —incluso del supuesto agraviado—, así cómo es posible que fluya de la actuación de cualquier medio de prueba (v. gr.: testigo, pericia, o documento). **335**

La posibilidad de alegar la hipótesis alternativa no es una obligación o una carga que corresponde plantear de manera directa al imputado o a su defensa técnica¹⁵⁰⁹. Ella puede surgir de manera manifiesta del desarrollo de la investigación o del proceso penal cuando, por ejemplo, un testigo advierte que el imputado se defendió de una agresión cometida por el (supuesto) agraviado o cuando una cámara de vídeo recoge la imagen de que el imputado, que se encontraba en el lugar de los hechos, lejos de realizar el apoderamiento violento de los bienes de la víctima le prestó ayuda, luego que esta cayó al suelo. **336**

1507 POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona: Paidós, 2008, p. 61.

1508 Vid. IGARTUA SALAVERRIA, Juan, “Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, ‘in dubio pro reo’”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, Madrid: 2001, p. 479: “[L]a motivación de una decisión condenatoria debe afrontar un doble reto: de un lado, justificar que la hipótesis factual retenida es congruente con los elementos probatorios disponibles y además coherente; de otro lado, desmontar la hipótesis adversa por los datos que deja sin explicar y/o porque la historia (reconstrucción) resultante es inverosímil”; FERRER BELTRÁN, Jordi, “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 15, Valencia: diciembre del 2007, p. 6; y BELTRÁN, Ramón, “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, Santiago de Chile: diciembre del 2012, p. 473.

1509 Vid. FASSONE, Elvio, “Dalla certezza all’ ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano: Giuffrè, 1995 p. 18.

Con todo, lo regular en la investigación o en el proceso es que la hipótesis alternativa sea introducida por el imputado cuando declara ante las autoridades o a través de un documento defensivo. Un momento importante en que el imputado puede introducir la hipótesis alternativa es al momento de prestar su declaración indagatoria. El CPP establece que se le invitará al imputado a que “declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye” (art. 88.2), lo que en buena cuenta supone la posibilidad de introducir en dicho instante una hipótesis y un mecanismo de defensa, distinta a la formulada en la imputación. Al imputado se le reconoce también la facultad de “solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba, a efectuar las aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia” (art. 87.3) y que, además puede indicar “de ser posible o considerarlo oportuno, los actos de investigación o de prueba cuya práctica demande” (art. 88.2), lo que implica reconocerle la facultad de promover actos de investigación y de prueba que permitan sustentar la hipótesis alternativa.

La formulación de la hipótesis alternativa no es incompatible con el ejercicio del derecho al silencio, debido a que el imputado puede postular una hipótesis alternativa, sin necesidad de que preste declaración a lo largo de la investigación y del proceso, como cuando, por ejemplo, dicho planteamiento lo formula el imputado en un documento escrito (sin que declare) o se introduce al proceso en virtud al rol que cumple la defensa técnica (v. gr.: defensor de libre elección o defensa pública).

Al no regular el CPP el procedimiento de cómo y de qué manera se puede introducir la hipótesis alternativa al proceso penal, no se puede limitar dicho acto a una determinada formalidad o al cumplimiento de algún requisito. Ella puede ingresar al proceso de cualquier forma —v gr. declaración de un testigo o por cualquier otro medio de prueba—.

La formulación de la hipótesis alternativa debe generar la apertura de una línea de investigación de la que deriva la obligada realización de actos de investigación y de diligencias tendientes a corroborarla; así lo impone el deber de objetividad de los actos y las diligencias del Ministerio Público.

337

Las reglas legales de pertinencia y utilidad pueden orientarse a acreditar de manera razonable cualquier hipótesis alternativa que plantea el imputado o su defensa como puede ser que otra persona cometió el hecho y no el im-

putado; o se busca probar una coartada simple (v. gr.: no se encontraba en el lugar de los hechos), una coartada compleja (se encontraba de viaje en otro lugar), una causa de justificación o una causa de inculpabilidad. También se pueden promover actos de investigación para acreditar hechos impositivos, modificativos o extintivos de la responsabilidad penal.

La pertinencia y utilidad de las diligencias en la investigación preparatoria no solo debe tomar en cuenta la hipótesis del Ministerio Público tendientes a acreditar la imputación y la relación de autoría, sino también debe analizar obligatoriamente la hipótesis defensiva planteada por el imputado en su declaración, o por su defensa técnica, a lo largo de las diligencias preliminares o la investigación preparatoria.

Constituye un grave error conceptual —y que olvida el sentido genuino del derecho de defensa— el considerar que la única hipótesis que se debe analizar en el juicio de pertinencia y utilidad a nivel de la investigación preparatoria y la etapa intermedia es la hipótesis de trabajo que formula el Ministerio Público. En realidad, para establecer la pertinencia y utilidad de los actos de investigación y de las diligencias se debe tomar en cuenta la hipótesis alternativa que explícita o implícitamente¹⁵¹⁰ formulan las partes pasivas del proceso penal (v. gr.: imputado o tercero civilmente responsable).

Si solo se evalúa la hipótesis del Ministerio Público fijada en la imputación, la consecuencia lógica debería ser el rechazar y desestimar las diligencias y los actos de investigación promovidos por el imputado o su defensa y que no coinciden y no van en la línea de acreditar los hechos que forman parte la hipótesis imputativa. Se debe resaltar que el juicio de pertinencia y utilidad se fija con relación a una hipótesis determinada y en donde la

1510 Vid. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 61-2020 Lambayeque*, Lima: 2 de marzo del 2022: “[E]l juez al amparo del principio *iura novit curia*, en tanto se trata de disminuir los efectos punitivos del delito desde sus propias categorías sistemáticas, y en atención al valor superior justicia material, está en la obligación de analizar la existencia de un error de prohibición pues permitirá determinar si existió el delito, desde sus categorías generales, o si este presenta algunos defectos en su configuración para concluir por una pena disminuida. Por lo demás, el punto es tan manifiesto que incluso cuando se trata de las denominadas “circunstancias” —que importan hechos añadidos a la conducta punible— se autoriza al juez a deducirlas de oficio si con ellas se obtiene un resultado más favorable al imputado, conforme al art. 397, numeral 1, del CPP. Luego, con mayor razón es dable que el juez lo haga en las causales de disminución de punibilidad”.

hipótesis del Ministerio Público es solo una de las que puede concurrir en la investigación preparatoria.

Por ello, se debe criticar la posición de la Corte Suprema de Justicia que considera que el único criterio a tomar en cuenta a la hora de valorar la pertinencia y utilidad de los actos de investigación es la hipótesis del Ministerio Público¹⁵¹¹ pasando por alto que el juicio de pertinencia y utilidad de las partes pasivas debe formularse analizando y valorando la hipótesis alternativa que se plantean en el curso de la investigación. En efecto, representa un error grave el sostener que “la impertinencia se advierte en atención a la falta de relación entre el acto de investigación y la imputación penal postulada”¹⁵¹², ya que el acto de investigación promovida por el imputado o su defensa debe contrastarse con la hipótesis (alternativa) de la defensa y no solo con la imputación fiscal.

El objeto de la investigación preparatoria no solo reside en acreditar “los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito” (art. 156.1 del CPP), sino también los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios de la responsabilidad penal como la posibilidad de cuestionar o refutar la confiabilidad de los resultados de la prueba de cargo.

338 Así como se reconoce al Ministerio Público una facultad amplia en la recolección de la evidencia que permita construir la hipótesis de trabajo sobre la base de extender de manera flexible los criterios de pertinencia y utilidad¹⁵¹³, también debe concederse el mismo criterio y la flexibilidad para

1511 *Vid.* SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabeth GROSSMANN) ha señalado, con relación a la investigación preparatoria, que esta “tiene por finalidad determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Entonces, de conformidad con el modelo procesal penal vigente, es claro que en la etapa preliminar existe una evidente predominancia de la actuación fiscal”, *Expediente N.º 14-2020-3, Resolución n.º 7*, Lima: 18 de octubre del 2021.

1512 *Vid.* SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Inés VILLA), *Expediente N.º 20-2021-3, Resolución n.º 5*, Lima: 22 de septiembre del 2021.

1513 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: San MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

examinar la pertinencia y utilidad de las diligencias promovidas por la defensa de las partes pasivas de la investigación o del proceso penal.

Por la vigencia del principio de igualdad de armas y de objetividad se debe conceder las mismas posibilidades de incorporar las diligencias promovidas por el Ministerio Público —que actúa como director de la investigación y defensor de legalidad— a los actos de investigación promovidos por las partes pasivas del proceso penal, sin que se justifique un tratamiento diferente y discriminatorio. No solo la fiscalía tiene derecho a construir de manera razonable su caso a partir de la evidencia recogida, sino también la defensa del imputado —y de las demás partes— tiene expedito el derecho de plantear y construir su hipótesis y afianzar su posición jurídica.

Como consecuencia del principio acusatorio y el respeto del derecho de defensa el Ministerio Público en la investigación preparatoria no puede correr solo en la construcción de su tesis. También la defensa de las demás partes, especialmente de las partes pasivas, cuentan con la misma facultad como único mecanismo posible de oponerse, refutar y enfrentarse a la hipótesis fiscal y al ente persecutor de manera racional y objetiva.

12. EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA POSIBILIDAD DE CUESTIONAR LA CREDIBILIDAD Y FIABILIDAD DE UN ÓRGANO DE PRUEBA

339

Se considera que en una investigación o en un proceso se pueden acreditar los enunciados probatorios referidos a la fiabilidad, credibilidad o calidad probatoria de un órgano o medio de prueba¹⁵¹⁴, los cuales pueden ser desmentidos o se les puede restar credibilidad por otros medios de prueba,

1514 Vid. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, ob. cit., p. 213; CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, ob. cit., p. 23; TONINI y CONTI, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 45; UBERTIS, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, ob. cit., p. 51; DOMINIONI, *Procedura penale*, ob. cit., p. 244; LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 181; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ob. cit., p. 107 y 108; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, ob. cit., pp. 217 y 219; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 152; CAFFERATA NORES y HAIRABEDIÁN, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 47; y PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 19. En el derecho peruano: BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 139, para quien el derecho a la prueba “incluye el derecho de su titular a ofrecer los medios probatorios que estime necesarios para cuestionar los medios probatorios que han sido ofrecidos contra ella, o cuya actuación ha sido ordenada de oficio por el juzgador”.

por ejemplo, la autenticidad de un documento (v. gr.: vídeo o fotografía), la percepción o la memoria de un testigo.

El derecho a controlar, refutar o cuestionar la credibilidad de las fuentes y los órganos de prueba forman parte del contenido esencial del derecho a la prueba.

En muchas ocasiones, los elementos de prueba que se presentan en el proceso pueden estar distorsionados y falseados; de tal manera que se vuelve indispensable poder cuestionar a dicha prueba con procedimientos claros y a través de evidencia que lo acredite¹⁵¹⁵. También es importante que se permita impugnar a la prueba, ya sea por falsa o por qué tiene problemas de calidad y de escasa confianza a fin de poder decidir sobre los hechos en el proceso. En efecto, frente a la prueba falsa, engañosa, de baja calidad, o escasamente confiable, es necesario que las partes tengan a su alcance la posibilidad de impugnar y atacar las fuentes de información presentadas al proceso. No interesa si dichas pruebas han sido presentadas por el imputado, el agraviado o por la misma fiscalía.

Toda prueba —al margen de su clase y naturaleza— puede ser objeto de cuestionamiento en cuanto a su credibilidad y atendibilidad a nivel de la investigación y del proceso penal¹⁵¹⁶. Se puede objetar y cuestionar a la prueba testimonial, a la prueba pericial, a los documentos o a cualquier clase de medio de prueba. Por ejemplo, una prueba declarativa puede ser impugnada por ser totalmente falsa, por ser parcialmente falsa o por tergiversar determinados sucesos o acontecimientos. La impugnación de esta clase de prueba se puede dirigir tanto al mismo acto narrativo interno (v. gr.: falta de coherencia interna, de verosimilitud) como al discurso narrativo que se ve desmentido por hechos o pruebas que lo refutan.

Se admite que no existen medios de prueba que, de manera general, sean más fiables o que generen mayor certidumbre que otros¹⁵¹⁷. De acuerdo al principio de relevancia todas las pruebas que se admiten al proceso tienen

1515 Vid. DAMASKA, Mirjan, *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 87.

1516 Vid. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, ob. cit., p. 46.

1517 Por todos, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 264.

una aptitud informativa y pueden aportar conocimiento al esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, a partir de su actuación dentro del proceso, del aporte probatorio que realicen las partes —bien para respaldar su conclusión, para refutarla o de las observaciones que se puedan formular, sea de manera general o puntual— es posible tener por desacreditada la información que ofrece dicho medio de prueba.

La credibilidad de una prueba supone responder a la pregunta de qué tanto debemos creer o tener confianza en la información que nos transmite un medio de prueba (testimonio, peritaje, documento, etc.). Si bien, de manera general, todas las pruebas se deben de admitir, siempre que se trate de pruebas relevantes al hecho objeto del proceso, no todas las pruebas tienen, en concreto, el mismo peso y valor, pues ello depende de una serie de factores intrínsecos a cada medio de prueba y al contexto en el que se produce o se plantea.

El cuestionamiento acerca de la credibilidad de la prueba no solo se debe dirigir a los casos de la prueba declarativa, sino también a los casos de la prueba crítico indiciaria. La prueba declarativa puede ser falsa en su totalidad, contener mentiras o simplemente albergar errores voluntarios. En el caso de la prueba indiciaria puede haber alteración de los indicios, huellas, cosas o hechos materiales. Por ejemplo, puede introducirse en la escena del crimen de manera fraudulenta el ADN del acusado, puede adulterarse una grabación de video o un registro de audio.

La jurisprudencia internacional de derechos humanos reconoce que al imputado se le debe dar la oportunidad adecuada para impugnar las pruebas en su contra y debe contar con la oportunidad de confrontarse con los testigos a fin de objetar su declaración o la credibilidad de su testimonio¹⁵¹⁸. 340

1518 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Colac vs. Rumania*, Estrasburgo: 10 de febrero del 2015, párr. 41; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Scholer vs. Alemania*, Estrasburgo: 18 de diciembre del 2014, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gäffen vs. Alemania*, Estrasburgo: 1 de junio del 2010, párr. 164; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hümmer vs. Alemania*, Estrasburgo: 19 de julio del 2012, párr. 38; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Horncastle y otros vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 16 de diciembre del 2014, párr. 131; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ellis, Simms y Martín vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 10 de abril del 2012, párr. 72; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Delta vs. Francia*, Estrasburgo: 19 de diciembre de 1990, párr. 36; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Guillouy vs. Francia*, Estras-

burgo: 22 de junio 2006, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Werz vs. Suiza*, Estrasburgo: 17 de diciembre del 2009, párr. 57; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pesukic vs. Suiza*, Estrasburgo: 12 de junio del 2012, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *W. C. vs. Finlandia*, Estrasburgo: 24 de abril del 2007, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *A.H. vs. Finlandia*, Estrasburgo: 10 de mayo del 2007, párr. 40; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *P.S. vs. Alemania*, Estrasburgo: 20 de diciembre del 2001, caso párr. 21; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *S.N. vs. Suecia*, Estrasburgo: 2 de julio del 2002, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Asch vs. Austria*, Estrasburgo: 26 de abril del 1991, párr. 27; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Windisch vs. Austria*, Estrasburgo: 27 de septiembre de 1990, párr. 26; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mika vs. Suecia*, Estrasburgo: 27 de enero del 2006, párr. 35; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bonev vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 8 de junio del 2006, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Sarkizov y otros vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 17 de marzo del 2012, párr. 55; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 15 de diciembre del 2011, párr. 118; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Lučić vs. Croacia*, Estrasburgo: 27 de febrero del 2014, párr. 72; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vanjak vs. Croacia*, Estrasburgo: 14 de enero del 2010, párr. 49; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kovač vs. Croacia*, Estrasburgo: 12 de julio del 2007, párr. 26; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Insanov vs. Azerbaiyán*, Estrasburgo: 14 de marzo del 2013, párr. 160; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Krivoshapkin vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de enero del 2011, párr. 53; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Damir Sibgatullin vs. Rusia*, Estrasburgo: 24 de abril del 2012, párr. 50; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Aleksandr Valeryevich Kazakov vs. Rusia*, Estrasburgo: 4 de diciembre del 2014, párr. 28; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Suldin vs. Rusia*, Estrasburgo: 16 de octubre del 2014, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Karpenko vs. Rusia*, Estrasburgo: 13 de marzo del 2012, párr. 62; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matysina vs. Rusia*, Estrasburgo: 27 de marzo del 2014, párr. 152; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Melnikov vs. Rusia*, Estrasburgo: 14 de enero del 2010, párr. 65; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Andandonskiy vs. Rusia*, Estrasburgo: 28 de septiembre 2006, párr. 49; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vozhigov vs. Rusia*, Estrasburgo: 26 de abril del 2007, párr. 51; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Polufakin y Chernyshev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de septiembre del 2009, párr. 190; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Klimentyev vs. Rusia*, Estrasburgo: 16 de noviembre del 2006, párr. 124; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Nechto vs. Rusia*, Estrasburgo: 24 de junio del 2012, párr. 115; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khametshin vs. Rusia*, Estrasburgo: 4 de marzo del 2010, párr. 31; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trofimov vs. Rusia*, Estrasburgo: 4 de diciembre 2008, párr. 33; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, del 25 de julio del 2013, párr. 707; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Salikhov vs. Rusia*, Estrasburgo: 3 de mayo del 2012, párr. 111; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kornev y Karpenko vs. Ucrania*, Estrasburgo: 21 de octubre del 2010, párr. 54; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tseber vs. República Checa*, Estrasburgo: 22 de febrero del 2013, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS

A las partes se les debe brindar la oportunidad de impugnar la autenticidad de la evidencia y de oponerse a su uso¹⁵¹⁹. La calidad de las pruebas debe

HUMANOS, caso *Krasniki vs. República Checa*, Estrasburgo: 28 de mayo del 2006, párr. 75; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Z. vs. Letonia*, Estrasburgo: 24 de enero del 2008, párr. 94; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bielaj vs. Polonia*, Estrasburgo: 27 de abril del 2010, párr. 54; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kachan vs. Polonia*, Estrasburgo: 3 noviembre del 2009, párr. 33; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jakubczyk vs. Polonia*, Estrasburgo: 10 mayo del 2011, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pello vs. Estonia*, Estrasburgo: 4 de diciembre del 2007, párr. 25; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Caka vs. Albania*, Estrasburgo: 8 de diciembre del 2009, párr. 101; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Fafrowicz vs. Polonia*, Estrasburgo: 17 de abril del 2012, párr. 53; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chmura vs. Polonia*, Estrasburgo: 3 de abril 2012, párr. 46; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ulki Güneş vs. Turquía*, Estrasburgo: 19 de junio del 2003, párr. 86; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trampevski vs. "La Antigua República Yugoslava de Macedonia"*, Estrasburgo: 10 de julio del 2012, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Solakov vs. ex República de Yugoslavia*, Estrasburgo: 31 de octubre del 2001, caso *Mayali vs. Francia*, Estrasburgo: 14 de junio del 2005, párrs. 31 y 57; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gabrielyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 10 de abril del 2012, párr. 76; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gani vs. España*, Estrasburgo: 19 de febrero del 2013, párr. 38; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kostovski vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 20 de noviembre de 1989, párr. 41; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Haas vs. Alemania*, Estrasburgo: 27 de noviembre del 2005; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Lucà vs. Italia*, Estrasburgo: 27 de febrero del 2001, párr. 40 a 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Isgro vs. Italia*, Estrasburgo: 19 de febrero de 1991, párr. 34; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Calabro vs. Italia y Alemania*, Estrasburgo: 21 de marzo del 2002; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kostu vs. Italia*, Estrasburgo: 9 de marzo de 1999; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *D.T. vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 2 de abril del 2013, párr. 45; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Scheper vs. Los Países Bajos*, Estrasburgo: 5 de abril del 2005; y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *A.G. vs. Suecia*, Estrasburgo: 10 de enero del 2012.

- 1519 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Jalloh vs. Alemania*, Estrasburgo: 7 de noviembre del 2006, párr. 95; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hümmer vs. Alemania*, Estrasburgo: 19 de julio del 2012, párr 38; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Sievert vs. Alemania*, Estrasburgo: 19 de julio del 2012, párr. 58; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pesukic vs. Suiza*, Estrasburgo: 12 de junio del 2012, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 700; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Panovits vs. Chipre*, Estrasburgo: 11 de diciembre del 2008, párr. 82; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Huseyn y otros vs. Azerbaiyán*, Estrasburgo: 26 de julio del 2001, párr. 200; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ellis, Simms Y Martín vs. El Reino Unido*, Estrasburgo: 10 de abril del 2012, párr. 74; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Allan vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 11 de mayo del 2002, párr. 43; TRIBUNAL EU-

ser tomada en consideración, incluyendo si las circunstancias en las que se obtuvo ponen en duda su fiabilidad o exactitud¹⁵²⁰.

El derecho a impugnar y cuestionar la prueba forma parte intrínseca del derecho de defensa que tienen las partes en todo proceso, sea que se trate de la parte demandante o demandada o se trate de la defensa del imputado o de la acusación. El derecho a un juicio justo y con todas las garantías exige que se le conceda a los intervinientes en el proceso el derecho a presentar prueba que les favorece como también se les permita refutar o criticar la prueba que les perjudica.

El principio subyacente es que el acusado en un juicio penal debe tener la oportunidad efectiva de impugnar las pruebas en su contra. Este principio no solo requiere que un imputado debe conocer la identidad de sus acusadores para que esté en condiciones de cuestionar su probidad y credibilidad, sino que debe ser capaz de probar la veracidad y fiabilidad de la evidencia, a través de un examen realizado en su presencia, ya sea en el momento en que el testigo efectúa su declaración o en una etapa posterior del proceso¹⁵²¹. Este derecho no solo supone que en todos los casos las pre-

ROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khan vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 12 de mayo del 2000, párr. 35 y 37; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bykov vs. Rusia*, Estrasburgo: 10 de marzo del 2009, párr. 95; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vjarentsov vs. Ucrania*, Estrasburgo: 4 de noviembre del 2011, párr. 86; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pavlenko vs. Rusia*, Estrasburgo: 1 de abril del 2010, párr. 116; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Heglas vs. República Checa*, Estrasburgo: 1 de marzo del 2007, párr. 86; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Beraru vs. Rumania*, Estrasburgo: 18 de marzo del 2014, párr. 75; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *A.S. vs. Finlandia*, Estrasburgo: 28 de septiembre del 2010, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *P.K. vs. Finlandia*, Estrasburgo: 7 de julio del 2002.

1520 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *A.S. vs. Finlandia*, Estrasburgo: 28 de septiembre del 2010, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gäffen vs. Alemania*, Estrasburgo: 1 de junio del 2010, párr. 164; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vjarentsov vs. Ucrania*, Estrasburgo: 4 de noviembre del 2011, párr. 86.

1521 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Colac vs. Rumania*, Estrasburgo: 10 de febrero del 2015, párr. 41; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 15 de diciembre del 2011, párr. 127; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ellis, Simms y Martín vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 10 de abril del 2012, párr. 74; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pichugin vs. Rusia*, Estrasburgo: 23 de octubre del 2012, párr. 195;

guntas y el interrogatorio se realice de manera directa por el imputado o su abogado, sino que se entiende como la facultad de contar con la oportunidad adecuada para interrogar y cuestionar a un testigo¹⁵²².

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que las circunstancias que han de valorarse en las declaraciones personales (del coimputado, agraviado y testigo) además de la exigencia de corroboración externa es desde la perspectiva subjetiva, la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio¹⁵²³. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá el cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad¹⁵²⁴.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Scholer vs. Alemania*, Estrasburgo: 18 de diciembre del 2014, párr. 50; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Sarkizov y otros vs. Bulgaria*, Estrasburgo: 17 de marzo del 2012, párr. 55; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Sievert vs. Alemania*, Estrasburgo: 19 de julio del 2012, párr. 58; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Hümmer vs. Alemania*, Estrasburgo: 19 de julio del 2012, párr. 38; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Delta vs. Francia*, Estrasburgo: 19 de diciembre de 1990, párr. 37.

1522 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Accardi y otros vs. Italia*, Estrasburgo: 20 de enero del 2005.

1523 *Vid.* SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Iván SEQUEIROS), *Recurso de Nulidad N.º 2312-2017*, Lima: 4 de septiembre del 2018; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Iván SEQUEIROS), *Recurso de Nulidad N.º 816-2017*, Lima: 24 de mayo del 2018; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez José NEYRA), *Recurso de Nulidad N.º 472-2018*, Lima: 3 de julio del 2018; y PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez Jorge SALAS), *Recurso de Nulidad N.º 803-2016*, Lima: 17 de mayo del 2017.

1524 *Vid.* SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Iván SEQUEIROS), *Recurso de Nulidad N.º 2470-2017*, Lima: 25 de julio del 2018; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez José Neyra), *Recurso de Nulidad N.º 2162-2017*, Lima: 25 de junio del 2018; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez José NEYRA), *Recurso de Nulidad N.º 2081-2017*, Lima: 25 de enero del 2018 (“[S]e deben tener en cuenta sus personalidades y la motivación de sus delaciones, que no sean turbias o espurias, y que no tengan una finalidad exculpatoria de su propia responsabilidad”); SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sra. jueza Elvia BARRIOS), *Recurso de Nulidad N.º 2104-2017*, Lima: 27 de agosto del 2018 (“[C]abe precisar que del examen de la declaración inculpativa no se advierten posibles motivaciones turbias o espurias que puedan restarle dosis alguna de credibilidad, puesto que el mismo recurrente afirmó ante el plenario que no tenía ningún problema con el agraviado ni el testigo impropio”); PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez Jorge SALAS), *Recurso de Nulidad N.º 1390-2017*, Lima: 23 de mayo del 2015 (“[R]especto a la perspectiva subjetiva, debe analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con

La Corte Suprema de Justicia remarca que se tiene como requisito negativo de la declaración personal, la ausencia de móviles o motivos que permite valorar dicha incriminación restándole capacidad probatoria, o que el coimputado haya realizado la incriminación por móviles espurios, como odio personal, venganza, obediencia a terceras personas, sobornos, resentimientos o por intereses procesales buscando su exculpación¹⁵²⁵. En este nivel es de analizar la personalidad del delator, en especial, sus relaciones con el sujeto coimputado; los posibles móviles que le llevan a prestar tal declaración; y la finalidad de la declaración —la existencia o no de lógicas exculpatorias de la propia responsabilidad—¹⁵²⁶.

342 Lamentablemente, la jurisprudencia peruana —en clara vulneración al derecho a la prueba y el derecho de defensa— en algunas ocasiones ha rechazado la posibilidad de que en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria pueda cuestionarse la credibilidad de un testimonio (o de una prueba personal) de cargo.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia señala:

[C]abe insistir en que el hecho de que la defensa técnica se encuentre legitimada para articular una proposición de actos de investigación a lo largo del procedimiento preparatorio, incluyendo las diligencias preliminares, importa postular lo correspondiente con base en el propósito de esta primera fase indagatoria, como es la realización de los actos urgentes e inaplazables que permitirán al Ministerio Público decidir si formaliza o no la investigación preparatoria correspondiente. En tal medida, es un requisito insoslayable de la proposición del acto instructor de parte que se demuestre la pertinencia, relevancia y utilidad de la diligencia de cara a la naturaleza del injusto incriminado, así como al carácter de la investigación, todo lo cual, además, debe hacerse con la prudencia que el caso amerita y no con fines dilatorios¹⁵²⁷.

el afectado por su testimonio, sin dejar de examinar los posibles móviles de su delación, que no deben ser turbios o espurios, esto es, cargados de venganza, odio o revanchismo, lo que le restaría credibilidad”); y PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez Jorge SALAS), *Recurso de Nulidad N.º 803-2016*, Lima: 17 de mayo del 2017.

1525 *Vid.* SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Hugo PRÍNCIPE), *Recurso de Nulidad N.º 2871-2017*, Lima: 23 de julio del 2018.

1526 *Vid.* PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Recurso de Nulidad N.º 2138-2016*, Lima: 10 de febrero del 2017.

1527 *Vid.* SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Inés VILLA), *Expediente N.º 20-2021-3*,

En el análisis de un caso particular, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que a pesar de que la defensa pretende acreditar “una posible mentira antecedente del colaborador, como un acto propio que señalaría la posible incredibilidad sobre su declaración; empero, al no ser un evento directamente vinculado con lo que es materia de indagación fiscal en los presentes actuados, dicha situación corresponde ser merituada en la investigación o proceso correspondiente” y que:

[L]a impertinencia se advierte en atención a la falta de relación entre el acto de investigación y la imputación penal postulada en el sub-materia. La respectiva averiguación corresponde, pues, ser tramitada en la forma, oportunidad y competencia definida por el titular de la acción penal. No se debe olvidar que en esta fase de indagación el perfilamiento de la estrategia fiscal está en construcción, motivo por el cual la pertinencia, relevancia y utilidad de los actos investigativos resultan ser extremadamente necesarias¹⁵²⁸.

Creemos que la posición de la Sala Penal especial es errada por diversas razones:

- (i) No toma en cuenta que forma parte del contenido esencial del derecho a la prueba y del derecho de defensa el poder cuestionar o refutar la credibilidad de los diversos órganos de prueba que constituye la eventual prueba (o los actos de investigación) de cargo. Al respecto, se debe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que los órganos jurisdiccionales están obligados a evaluar la credibilidad de los testigos examinando la fiabilidad de las declaraciones de cada uno de ellos de la manera más cuidadosa posible¹⁵²⁹.

El TEDH sostiene que es necesario que los tribunales, en especial los del orden penal, precisen de manera adecuada los razonamientos acerca de la evaluación de la credibilidad y fiabilidad del testimonio y, en general, de las pruebas de cargo, o, incluso, de las posibles razones que podrían llevar a la presencia de un falso

Resolución n.º 5, Lima: 22 de septiembre del 2021.

1528 *Loc. cit.*

1529 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Manucharyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 24 de noviembre del 2016, párr. 58.

testimonio¹⁵³⁰. Más allá de la referencia a pruebas circunstanciales —que siempre se presentan—, los órganos jurisdiccionales deben explicar y sustentar por qué consideran que determinada evidencia es fiable, sobre todo cuando reciben cuestionamientos de las partes. Los jueces deben tomar en cuenta todo lo que le fue actuado durante el procedimiento, comprobar la credibilidad de las pruebas cuando se decide usarlas y responder a las objeciones que la defensa puede hacer acerca de la credibilidad de un testigo¹⁵³¹.

El TEDH sostiene que la calidad de las pruebas debe ser tomada en consideración, incluyendo si las circunstancias en las que se obtuvo ponen en duda su fiabilidad o precisión¹⁵³². La evidencia relevante que se debe analizar no es solo la evidencia directamente relacionada con los hechos del caso, sino también la evidencia que podría vincularse con la admisibilidad, confiabilidad e integridad de otras pruebas¹⁵³³.

Se sostiene que las pruebas de cargo contra el acusado podrían ser “intencionadamente falsas o simplemente erróneas”, y que es importante que la defensa deba poseer información que le permita, a través de repreguntas, poner a prueba la fiabilidad del autor o plantear dudas sobre su credibilidad¹⁵³⁴. En pocas palabras, se

-
- 1530 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Sievert vs. Alemania*, Estrasburgo: 19 de julio del 2012, párr. 65; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Präjină vs. Rumanía*, Estrasburgo: 1 de julio del 2014, párr. 58.
- 1531 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tseber vs. República Checa*, Estrasburgo: 22 de febrero del 2013, párr. 67; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trampevski vs. “La Antigua República Yugoslava de Macedonia”*, Estrasburgo: 10 de julio del 2012, párr. 48.
- 1532 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Stephens vs. Malta* (N.º 3), Estrasburgo: 14 de enero del 2020, párr. 65; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Haxhia vs. Albania*, Estrasburgo: 8 de octubre del 2013, párr. 129; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *A.S. vs. Finlandia*, Estrasburgo: 28 de septiembre del 2010, párr. 52; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gäffen vs. Alemania*, Estrasburgo: 1 de junio del 2010, párr. 164; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vyerentsov vs. Ucrania*, Estrasburgo: 4 de noviembre del 2011, párr. 86.
- 1533 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Matanović c. Croacia*, 4 de abril del 2017, párr. 161; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mirilashvili c. Rusia*, Estrasburgo: 11 de diciembre del 2008, párr. 200.
- 1534 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kostovski vs. Países Bajos*, Estrasburgo: 20 de noviembre de 1989, párr. 42.

sienta la regla de que dada la evidencia presentada en contra de la credibilidad de un testigo, y, en general, la fiabilidad de una prueba resulta esencial que dicha credibilidad deba estar abierta a la crítica y al cuestionamiento a través del interrogatorio¹⁵³⁵.

Cuando la confiabilidad de la evidencia está en discusión, la existencia de un procedimiento justo para examinar la admisibilidad o credibilidad de la prueba adquiere una importancia mayor¹⁵³⁶. En un proceso penal se debe examinar si el imputado y su defensa han podido impugnar la prueba incriminatoria a lo largo del proceso, tanto ante el Tribunal de primera instancia como ante el tribunal de apelación¹⁵³⁷.

El Comité de DH determinó la violación al art. 14, párrs. 3 e) y g), en atención de que el Tribunal no comprobó la credibilidad de la declaración del testigo principal, por lo que consideró que se había dado una ventaja injusta a la acusación¹⁵³⁸, como

-
- 1535 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pichugin vs. Rusia*, 23 de octubre del 2012, párr. 209; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tseber vs. República Checa*, 22 de febrero del 2013, párr. 59; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Delta c. Francia*, 19 de diciembre de 1990, párr. 37.
- 1536 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Huseyn y otros vs. Azerbaiyán*, Estrasburgo: 26 de julio del 2011, párr. 200; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gäffen vs. Alemania*, Estrasburgo: 1 de junio del 2010, párr. 164; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bykov vs. Rusia*, Estrasburgo: 10 de marzo del 2009, párr. 95; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Nikolitsas vs. Grecia*, Estrasburgo: 7 de marzo del 2014, párr. 37; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Allan vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 11 de mayo del 2002, párr. 47; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Oyston vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 22 de enero del 2002.
- 1537 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bykov vs. Rusia*, Estrasburgo: 10 de marzo del 2009, párr. 95; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Oyston vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 22 de enero del 2002.
- 1538 “La autora afirma que se han vulnerado los derechos que asisten a su hijo en virtud del art. 14, párrafo 1, porque el tribunal no ha tenido en cuenta pruebas y hechos exculpatórios, no ha abordado la cuestión de la falsificación y alteración de las pruebas por el instructor y no ha comprobado la credibilidad de la declaración del testigo principal, por lo que ha dado una ventaja injusta a la acusación. Asimismo, se consideró a su hijo culpable en varios documentos de la investigación. El Comité observa que las alegaciones de la autora se refieren principalmente a la evaluación de los hechos y las pruebas y recuerda su jurisprudencia en el sentido de que en general no le corresponde a él, sino a los tribunales de los Estados partes, examinar o evaluar los hechos y las pruebas, a menos que pueda demostrarse que el desarrollo del juicio o la evaluación de los hechos y las

también no se había examinado de manera adecuada las contradicciones de los testigos ni la relación entre los hallazgos de unos explosivos en una ciudad y la perpetración de un atentado en otra¹⁵³⁹.

Como es lógico, para poder analizar los cuestionamientos a la credibilidad de un órgano de prueba, es necesario que primero se permita admitir e incorporar formal y materialmente los cuestionamientos que se formulan en su contra como la evidencia que lo sustenta. Si es que no se admite, por ejemplo, la prueba documental o personal que se presenta a la investigación y que acredita el pasado criminal (v. gr.: antecedentes penales) o las mentiras probadas del órgano de prueba no se podrá refutar su credibilidad.

- (ii) Se debe permitir al imputado o a su defensa —como al tercero civilmente responsable— el poder acreditar de la manera más amplia posible que el concreto órgano de prueba ha mentido o que posee tendencia a mentir; ello es válido tanto para restar credibilidad a la declaración de un coimputado, del agraviado como de cualquier fuente de prueba. La impugnación de la credibilidad de cualquier acto de investigación y de cualquier medio de prueba puede producirse no solo a través de alegaciones oportunas, sino fundamentalmente por cuestionamientos documentales o la declaración de otras fuentes de prueba de carácter personal.

La credibilidad y fiabilidad de la fuente de prueba es un factor relevante y a veces decisivo al momento de evaluar la declaración o el aporte informativo, lo cual supone, desde el punto de vista

pruebas fueron manifiestamente arbitrarios o equivalieron a una denegación de justicia. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no ha examinado el fondo de las reclamaciones de la autora, sino que se ha limitado a afirmar, en términos generales, que la culpabilidad de su hijo se determinó debidamente sobre la base de declaraciones y otras pruebas corroborativas. En vista de la documentación que obra en el expediente y teniendo en cuenta la conclusión del Comité de que hubo una violación del art. 7 y el art. 14, párrafos 3 e) y g), del Pacto, el Comité considera que, al examinar el caso del Sr. Shchetka, los tribunales no observaron las debidas garantías, violando con ello el art. 14, párrafo 1, del Pacto 14". COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación N.º 1535/2006, caso *Shchetka vs. Ucrania*, Ginebra: 19 de julio del 2011, párr. 10.5.

1539 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comunicación N.º 1545/2007*, caso *Gunan vs. Kirguistán*, Ginebra: 25 de julio del 2011, párr. 6.3.

lógico, que se admita toda la evidencia que tienda a cuestionar la falta de confianza y la ausencia de credibilidad del órgano de prueba.

El principio de igualdad de armas, el derecho de defensa, el derecho a la prueba y el contradictorio en el proceso penal permite que se cuestionen por las partes tanto la prueba de cargo como la prueba de descargo, atacando su confiabilidad o integridad. No solo a la defensa del imputado le asiste el derecho de rebatir y cuestionar la confianza de las pruebas de la acusación o que lo sindicaran como autor de un hecho punible, sino también a las demás partes del proceso penal. Por ejemplo, al Ministerio Público le asiste el derecho de poder cuestionar o rebatir las pruebas de descargo, su credibilidad o la confianza a nivel del proceso penal.

Los cuestionamientos a la prueba se pueden llevar a cabo tanto a través del ofrecimiento y la actuación de medios de prueba como a través de la formulación de observaciones u objeciones al contenido de las pruebas, al sentido y a la eficacia de las mismas.

- (iii) Las observaciones sobre la fiabilidad o credibilidad de cualquier órgano o fuente de prueba no solo se producen en la etapa del juicio oral, sino a lo largo del proceso penal e, incluso, de la investigación del delito debido a que las deficiencias internas o extrínsecas de un órgano de prueba afectan de manera directa su confianza en la acreditación de los hechos o la intervención de una persona. Los vicios o defectos estructurales de ciertos actos de investigación deben ser evaluados oportunamente y no recién cuando se ingresa a una determinada fase del proceso. El creer que el análisis de la fiabilidad de la prueba solo tiene sentido en la parte final del proceso, y no en las etapas previas, es como sostener que la calidad de un producto (probatorio) solo debe tomarse en cuenta cuando se va a adquirir de manera final y no es necesario su evaluación en las distintas etapas de la cadena de producción de las pruebas.

La fiabilidad y la credibilidad de un acto de investigación o de un elemento de prueba tiene que ver, por ejemplo, con la sinceridad o la honestidad de un testigo, la autenticidad o no documento,

la capacidad del perito y del informe pericial lo que requiere que toda decisión judicial debe examinar los aspectos relacionados a la fiabilidad de un medio de prueba y en el que se debe emplear un necesario rigor¹⁵⁴⁰.

Las reglas generales y específicas sobre la prueba no solo rigen en el ámbito del juzgamiento, sino a lo largo de todas y cada una de las etapas del proceso penal, sobre todo, en aquellas etapas en las que se restringen derechos fundamentales como la intimidad, el secreto de las comunicaciones el domicilio y la libertad personal. Las reglas probatorias que se encuentran recogidas en los preceptos generales sobre la prueba (arts. 155 a 159) poseen un ámbito de aplicación sumamente amplio que se extiende a las medidas de coerción (v. gr.: la prisión provisional) y a las medidas que limitan derechos fundamentales. Resulta irracional y contrario al sistema de protección de los derechos fundamentales que se considere que la regulación de los principios y de las reglas de la actividad probatoria solo son de aplicación en la etapa final del proceso penal (v. gr.: juicio oral) y no cuando se restringen de manera drástica derechos humanos de inestimable valor como la libertad personal.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la posibilidad de que se pueda discutir la credibilidad del declarante (v. gr.: testigo) al momento resolver la apelación que cuestionaba dicha denegatoria sosteniendo que “si bien el JSIP señala que no podría realizar un juicio de valor sobre los elementos de convicción, este es un error en la concepción de la labor del juez, pero, en modo alguno, pone en evidencia que el JSIP haya dejado de valorar algún elemento de convicción, por lo que solo es un error formal sin incidencia en la resolución del caso”¹⁵⁴¹.

1540 Vid. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Los indicios tomados en serio”, en *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Santiago de Chile: Olejnik, 2018, p. 77.

1541 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sr. juez José NEYRA), *Expediente N.º 21-2019-2*, Lima: 31 de marzo del 2021. Sin embargo, señaló en el análisis del caso que “la defensa no ha presentado medio de prueba alguno que pueda sustentar su afirmación de la existencia de animadversión en tal grado que puede influir en la mentira del declarante”.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado la necesidad de examinar los testimonios en la prisión provisional y la exigencia de fiabilidad probatoria¹⁵⁴²:

Cuadragésimo sexto. Por otro lado, para el análisis respecto a la valoración probatoria del testigo¹⁵⁴³ cabe acudir —según sea pertinente— a los preceptos generales del Acuerdo Plenario número 2-2005/CU-116, del que se desprende que, desde una perspectiva subjetiva, se analiza la credibilidad del testigo (relaciones personales con el imputado, su motivación para el sentido de su declaración, etc.), su fiabilidad (en torno a la coherencia y solidez de su relato) y la persistencia incriminatoria (a lo largo del procedimiento)¹⁵⁴⁴.

Mientras que, desde un aspecto objetivo, se exige la corroboración de la declaración del testigo, es decir, que existan otros medios de prueba que permitan consolidar su incriminación¹⁵⁴⁵ y que aquella no se erija como la única fuente relevante para, en este caso, sostener que existe sospecha grave para dictar la prisión preventiva.

Esto es, se requiere información adicional, que provenga de otros medios, que corrobore de manera suficiente el dato incriminatorio proporcionado por el testigo (sea respecto a la configuración del hecho o de la participación del imputado en este).

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado la necesidad de tomar en cuenta la credibilidad de la declaración de una persona

1542 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Hugo PRÍNCIPE), *Casación N.º 358-2019*, Lima: 9 de agosto del 2019.

1543 En la SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (STEDH), Estrasburgo: 27 de febrero del 2011, caso *Lucá vs. Italia*, se indicó en el fundamento 41 que “la circunstancia de que las declaraciones provengan de un coencausado, como en el presente caso, y no de un testigo, no es importante [...]. Desde el momento en que una declaración, tanto si es efectuada por un testigo *stricto sensu* o por un coencausado, puede justificar, de manera importante, la condena del acusado, constituye un testimonio de cargo y le son aplicables las garantías previstas por los arts. 6.1 y 6.3 d) del Convenio [referidos a la publicidad del proceso y a su derecho a interrogar a testigos de cargo]”.

1544 Como ha resaltado esta Corte en múltiples pronunciamientos, es posible admitir matizaciones respecto a los dos últimos aspectos: coherencia, solidez y persistencia incriminatoria en el relato, conforme a las circunstancias del caso en concreto.

1545 En sentido similar, aunque con los términos de “coherencia interna y externa”: SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 1394-2017 Puno*, Lima: 26 de julio del 2018, f. j. 5.

en la prisión provisional (v. gr.: familiar del imputado)¹⁵⁴⁶. Asimismo, las versiones contradictorias que brindan los imputados puede analizarse como un indicio de mala justificación.

En la audiencia de prisión provisional la regla es que las partes puedan formular observaciones y cuestionamientos a los actos de investigación planteados por la parte contraria, los cuales deben ser respondidos de manera adecuada y suficiente por la resolución judicial. Las cuestiones de credibilidad y fiabilidad probatoria pueden generar que un elemento grave de prueba pierda dicha condición por haber evidencia que lo desacredita.

Desde el punto de vista del proceso contradictorio y de igualdad de armas es posible que el órgano jurisdiccional formule cuestionamientos de oficio a un acto de investigación y objeto, por ejemplo, su credibilidad y confianza¹⁵⁴⁷.

13. EL CONTROL JUDICIAL DEL RECHAZO DE UN ACTO DE INVESTIGACIÓN PROPUESTO POR LAS PARTES COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA

13.1. Introducción

343

El Ministerio Público ante la proposición de ciertos medios de investigación realizado por el investigado o su defensa en el marco del ejercicio del derecho a la prueba, como por cualquier otra parte procesal, puede admitir y ordenar la incorporación del acto de investigación a las diligencias preliminares (o la investigación preparatoria) o pueden también inadmitirlo o rechazarlo.

En el caso de que la Fiscalía rechace a cualquiera de las partes los actos de investigación o diligencias propuestas, se puede promover una acción ante el juez de la investigación preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia (art. 337.5).

1546 “[C]abe precisar que la mencionada testigo sería madre del investigado y por lo tanto la versión que aquella brinda se toma con la reserva del caso”. SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Iván GUERRERO), *Expediente N.º 00007-2019-1-5001-JS-PE-01*, Lima: 31 de enero del 2019.

1547 *Loc. cit.*

La legislación y la doctrina¹⁵⁴⁸ comparada reconocen el derecho de la parte afectada de acudir a las mismas autoridades del Ministerio Público (art. 183 del CPP chileno¹⁵⁴⁹) en los casos que se deniegue la admisión y/o actuación de la diligencia solicitada; mientras que otras legislaciones (v. gr.: el CPP peruano) permiten controlar la decisión de inadmisión de las diligencias del Ministerio Público acudiendo al control judicial efectivo. Sin embargo, hay legislaciones (v. gr.: el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) en las que se reconoce el derecho de las partes a que puedan solicitar al fiscal los actos de investigación pertinentes, pero frente a su rechazo o denegatoria no se regulan mecanismos de revisión de las decisiones del Ministerio Público¹⁵⁵⁰, lo que supone un lamentable vacío en la tutela del derecho a la prueba.

El CPP peruano prevé de manera expresa el control judicial facultativo 344 frente a la inadmisión de un acto de investigación que se considera pertinente y útil y que se rechaza de manera arbitraria por parte del Ministerio Público. Dicho control judicial se denomina “reexamen de procedencia de actos de investigación”, “pronunciamiento judicial por rechazo o falta de pronunciamiento fiscal sobre la actuación de actos de investigación”¹⁵⁵¹,

1548 GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Didot, 2018, p. 240.

1549 “Proposición de diligencias. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes a la solicitud y ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

Si el fiscal rechazare la solicitud o no se pronunciare dentro del plazo establecido en el inciso anterior, se podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, dentro del plazo de cinco días contado desde el rechazo o desde el vencimiento del señalado plazo, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia”.

1550 HERBEL y REGO, *Investigación penal preparatoria*, ob. cit, p. 287.

1551 Véase la Resolución N.º 6 del 25 de febrero del 2019 en el Expediente N.º 00202-2018-1-5001-JS-PE-01. Por su parte, el juez supremo de la investigación preparatoria en la Resolución N.º 11 del 15 de marzo del 2019 en el Expediente N.º 00202-2018-1-5001-JS-PE-01 ha señalado: “[E]l juez debe ser ajeno a la incorporación o introducción al proceso de los actos de aportación de hechos —tanto los instructorios como los de prueba—, pues su actividad de juzgar; a él, como consecuencia de las exigencias del sistema acusatorio, no le incumbe aportarlos, sino a las partes. Investigar, por lo tanto, no es una función inherente a la potestad jurisdiccional. En definitiva, el modelo procesal penal vigente atribuyó al Ministerio Público la dirección o conducción de la investigación y asignó al juez un rol de control de la legalidad de sus actuaciones y de

control de “inadmisión de diligencias sumariales”¹⁵⁵² o “recalificación de actos de investigación”¹⁵⁵³.

salvaguardar los derechos fundamentales” y que “respecto a los derechos fundamentales del imputado y demás participantes en la investigación preliminar hace imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Dos líneas de intervención judicial se presentan: por un lado, la decisión sobre medidas provisionales o instrumentales restrictivos de derechos, para garantizar el procedimiento de ejecución y el procedimiento de conocimiento, respectivamente y, por otro, la garantía de otros derechos vinculados al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a la tutela jurisdiccional tales como el debido acceso a la investigación por los interesados (imputados, ofendidos, terceros intervinientes), al control del plazo de la investigación —vinculados al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas—, y a la legalidad de las actuaciones de la instrucción y al derecho de petición de los intervinientes, en especial de intervención en los actos de investigación”.

- 1552 Véase la Resolución N.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el Expediente N.º 20-2021-3 de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Inés VILLA); la Resolución N.º 10 del 10 de septiembre del 2020 en el Expediente N.º 00029-2017-50-5002-JR-PE-01 de la PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Juan GUILLERMO).
- 1553 Véase la Resolución N.º 2 del 25 de junio del 2021 en el Expediente N.º 0012-2019-9-5002-SP-PE-01 expedido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria Nacional: “2.1. Es en aquel contexto dogmático jurisprudencial que se inserta la figura de la recalificación de los actos de investigación que prevé el art. 337.5 del CPP, mediante la cual todo aquel que intervenga en una investigación fiscal o policial puede acudir al órgano jurisdiccional competente, instando la recalificación de los actos de investigación que le hubieren sido denegados por el Ministerio Público, únicamente por inconducentes. En efecto, el imputado o su defensa técnica pueden solicitar al fiscal la realización de las diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, pero este debe admitir las que considere conducentes, esto significa que el único filtro que debe realizar el fiscal para calificar los actos de investigación propuestos está referido a la conducencia e idoneidad de los mismos, pues la pertinencia y utilidad de los mismos pueden no concurrir desde su particular posición incriminatoria. Si el titular de la investigación rechazare dicha solicitud, la defensa puede acudir al juez de la investigación preparatoria instando su pronunciamiento acerca de la procedencia de la diligencia de investigación. 2.2. Si bien es verdad que, conforme al art. 159.4 de la Constitución y a los arts. IV y 61.2 del CPP, corresponde al fiscal definir el objeto del proceso penal y, por ende, conducir la investigación practicando u ordenando practicar los actos de investigación que considere conducentes para el esclarecimiento de los hechos, pues según el diseño procesal adoptado por nuestro ordenamiento adjetivo, la defensa no tiene la facultades indagatorias o investigadoras que le permitan corroborar su respectiva hipótesis defensiva; sin embargo, esto no tiene por qué restar o menoscabar el derecho de esta parte procesal para intervenir en la actividad probatoria, proponiendo al fiscal del caso la práctica de actos de investigación que considere pertinentes y útiles para acreditar su hipótesis defensiva, con mayor razón si esta incorpora hechos extintivos, impositivos o excluyentes”.

El CPP ha establecido la posibilidad de un control judicial facultativo sobre el rechazo que hace el Ministerio Público de los actos de investigación solicitados por las partes a lo largo de la investigación preparatoria, lo que incluye las diligencias preliminares. Se trata de cautelar no solo los derechos de carácter *infra* legal de las partes, sino los derechos fundamentales que pueden estar involucrados¹⁵⁵⁴ como el respeto al derecho a la prueba y el derecho de defensa.

El artículo 337.5 no constituye un precepto de origen inquisitivo **345** dentro del diseño del proceso penal peruano¹⁵⁵⁵, pues solo autoriza al juez a ordenar las diligencias solicitadas por alguna de las partes que han sido rechazadas por el Ministerio Público frente al requerimiento de la parte afectada por la decisión denegatoria. El juez no puede dictar u ordenar de

1554 Véase la Resolución N.º 3 del 14 de marzo del 2022 en el Expediente N.º 0003-2019-19-5001-JS-PE-01, expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria: “En la etapa de investigación se realizan diversos tipos de actuaciones, y algunas de ellas requieren una decisión jurisdiccional, en la que importa la intervención del juez en garantía de los derechos fundamentales, entre ellas, la decisión sobre medidas provisionales y medidas instrumentales restrictivas de derechos, o para afirmar la protección de derechos procesales constitucionalizados (v. gr.: el derecho al plazo razonable de instrucción, el derecho de defensa a la tutela jurisdiccional), en nada obsta que el diseño y ejecución de la estrategia de la investigación, la realización concreta de los actos de averiguación y la decisión sobre el tipo y la oportunidad de medidas jurisdiccionales que se requieran para cumplir ese cometido le sea atribuido al Ministerio Público, mientras (a) se reconozca legalmente la objetividad, la investigación y la imparcialidad del fiscal, (b) se incorporen principios de actuación de carácter orgánico que garanticen la autonomía del fiscal investigador, (c) se admita, en cuanto corresponda, la intervención contradictoria de los demás sujetos en los actos de investigación, y (d) se controle su legalidad por el juez. Respecto a los derechos fundamentales del imputado y demás participantes en la investigación preliminar hace imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Dos líneas de intervención judicial se presentan: por un lado, la decisión sobre medidas provisionales o instrumentales restrictivas de derechos, para garantizar el procedimiento de ejecución y el procedimiento de conocimiento, respectivamente, y, por otro, la garantía de otros derechos vinculados al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a la tutela jurisdiccional tales como el debido acceso a la investigación por los interesados (imputados, ofendidos, terceros intervinientes), al control del plazo de la investigación —vinculados al derecho un proceso sin dilaciones indebidas—, y a la legalidad de las actuaciones de la instrucción y al derecho de petición de los intervinientes, en especial de intervención en los actos de investigación”.

1555 En el caso chileno, “se elimina, en el nuevo sistema de justicia criminal, toda facultad de investigación de oficio por parte de los jueces, a fin de evitar cualquier recaída ‘inquisitiva’ de los mismos y separar rigurosamente las funciones de investigación y de tutela de las garantías”. HOROVITZ, María Inés y Julián LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno*, t. 1, Santiago de Chile: Chile, 2003, p. 498.

oficio determinadas diligencias necesarias por más pertinentes y útiles que sean. Su facultad solo se extiende a controlar los actos de denegación expresa o tácita de las diligencias que realiza la fiscalía¹⁵⁵⁶ que se solicitan de manera formal por la parte perjudicada.

Con ello, el legislador ha querido cautelar el principio de objetividad a nivel de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria a fin de preservar el contenido esencial del derecho a la prueba y el derecho de defensa de las partes involucradas¹⁵⁵⁷.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “[C]omo quiera que en algunas ocasiones se pueda presentar el rechazo de la diligencia ofrecida, el remedio procesal de la inadmisión de diligencias sumariales se instituye en un incidente de discusión acerca de la razonabilidad de la desestimación fiscal”¹⁵⁵⁸.

13.2. Las características del control judicial por el rechazo de los actos de investigación

346

El control judicial del rechazo de los actos de investigación promovidos por las partes posee las siguientes características:

- (i) Se trata de un acto de control judicial facultativo (no obligatorio) que solo se realiza a instancia de parte como consecuencia del principio rogatorio. La ley no prevé la posibilidad de que haya un control judicial de oficio frente al rechazo de los actos de investigación.
- (ii) Se requiere que la parte que lo promueva en ejercicio de su derecho de acción y de la prueba cuente con la legitimidad procesal correspondiente v. gr. debe ser promovido por la parte que so-

1556 Vid. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 240.

1557 Vid. HOROVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., p. 498; y GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 240.

1558 Véase la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabet GROSSMANN), *Resolución N.º 7. Expediente N.º 14-2020-3*, Lima: 18 de octubre del 2021; y SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Inés VILLA), *Resolución N.º 5. Expediente N.º 20-2021-3*, Lima: 22 de septiembre del 2021.

licitó el acto de investigación y recibió el rechazo del Ministerio Público.

Pese a que el CPP no establece ninguna condición en cuanto a la legitimidad para promover el acto se entiende que la lógica vinculada al ejercicio del derecho a la prueba y su titularidad conduce a sostener que solo puede ser promovida por la parte perjudicada con el rechazo.

No creemos que pueda ser promovida por cualquiera otra parte distinta a la que instó el acto de investigación rechazado. No rige aquí el principio de mancomunidad de la prueba o si se quiere el principio de mancomunidad del rechazo.

Si otra parte considera que el acto de investigación le favorece o puede obtener algún beneficio con su admisión y/o actuación puede promover el petitorio a la fiscalía e instar el control judicial luego del rechazo correspondiente.

13.3. Los requisitos formales del control judicial

Los requisitos formales que se deben verificar en la admisibilidad del control judicial del rechazo de los actos de investigación son: 347

- (i) Que haya una solicitud de alguna de las partes activas o pasivas de la investigación preparatoria (distinta al Ministerio Público) que promueve un concreto y específico acto de investigación.

La solicitud del acto de investigación concreto y específico puede formularse de manera oral o escrita. El imputado puede pedir durante su declaración determinados actos de investigación en ejercicio de su derecho de defensa (arts. 87.3 y 88.2 del CPP). También se puede solicitar por escrito dentro de un documento general de defensa, cuando, por ejemplo, se deduce una nulidad o cuando se pide específicamente y de manera independiente una diligencia o actos de investigación.

No se requiere que el pedido de la diligencia o del acto de investigación se presente de manera autónoma o separada en relación con otros pedidos que se formule. Puede haber un pedido específico o un pedido junto a otras solicitudes.

- (ii) Que exista un rechazo del concreto acto de investigación que se solicita se admita o actúe. El rechazo de la diligencia solicitada puede ser formal o material.

El rechazo es formal cuando el Ministerio Público de manera expresa y específica desestima, inadmite o declara la improcedencia del pedido del acto de investigación. El rechazo es material cuando la Fiscalía omite pronunciarse sobre el pedido del acto de investigación o de la diligencia, tal como ocurre cuando ha transcurrido un lapso prudente de tiempo y no existe pronunciamiento alguno al respecto. También cuando se formulan varios actos de investigación y no existe pronunciamiento fiscal sobre uno o varios actos de investigación solicitados. Aquí hay la admisión (o rechazo) de algunos actos de investigación y se guarda silencio sobre otros.

Hay también rechazo material cuando se desestima una diligencia o un acto investigación que se reconoce su pertinencia y utilidad argumentando que el acto se puede realizar en otra etapa del proceso penal, v. gr. investigación preparatoria y no en las diligencias preliminares.

En el caso de rechazo material el juez debe verificar el tiempo transcurrido desde que se formuló el pedido de la diligencia, la expedición de diversas providencias y de disposiciones fiscales, entre otros factores. Aquí puede haber una dilación maliciosa y deliberada del acto de investigación como un retardo injustificado de pronunciamiento. El juez en este ámbito puede, incluso, detectar un incumplimiento funcional y derivar copias al órgano de control interno del Ministerio Público en función de la gravedad del hecho o puede remitir copias al Ministerio Público por la comisión del delito de omisión de funciones.

Otra forma de rechazo material del acto de investigación se produce cuando se admite formalmente dicho acto, pero hay una demora injustificada en la ejecución o actuación de la diligencia. Por ejemplo, puede ocurrir que se ofrezca una declaración testimonial relevante y se admita la misma, pero que no se llame a declarar ni se obtenga la citación del órgano de prueba (*ut infra*).

El TC español ha destacado que: “si el órgano judicial ordinario estima pertinente y admite la práctica de un determinado medio probatorio y la parte insta su ejecución, se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes de prueba para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique y siempre y cuando dicha omisión, no atribuible a la parte recurrente, produzca indefensión, pues, como este Tribunal tiene declarado, la ‘indefensión’ que proscribe la Constitución ha de ser material [...]; lo que conlleva la necesidad, en el caso que nos ocupa, de que tal inexecución no ocasione la mecánica aplicación de las reglas materiales de distribución de la carga de la prueba con claro perjuicio, por esa sola causa, al recurrente en amparo” (STC 246/1994).

Incluso, la jurisprudencia de la Sala Penal de Apelaciones ha extendido el control judicial regulado en el art. 337.5 del CPP a los casos en los que la Fiscalía ha admitido el acto de investigación promovido por la defensa pero que no ha cumplido con programar fecha y hora para la recepción de las diligencias ordenadas. La Primera Sala de Apelaciones Nacional Permanente especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios ha señalado lo siguiente¹⁵⁵⁹:

[E]l Colegiado Superior debe precisar que si bien el artículo 337.5 del CPP, prescribe que se podrá instar al juez de investigación preparatoria para obtener un pronunciamiento judicial sobre la procedencia de la diligencia, solo si la solicitud fuere rechazada por el fiscal, esto no debe llevarnos a concluir que este rechazo solo se produce cuando el fiscal no admite la solicitud de realizar las diligencias solicitadas por la defensa del imputado —vertiente formal—, criterio que como es de verse, es asumido en la resolución venida en grado; sino también, el rechazo a que se refiere el 337.5 del CPP, se verifica cuando, pese a haber sido admitido formalmente la solicitud de practicarse diligencias de descargo, pese al tiempo transcurrido, el titular de la acción penal no habilita día y hora para su materialización —vertiente material—. Último supuesto que se presenta en el presente incidente y que, a criterio de esta Sala Superior, resulta

1559 Véase la Resolución N.º 4 del 6 de octubre del 2020 en el *Expediente N.º 00046-2017-108-5002-JR-PE-01* de la PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Sr. juez Ramiro SALINAS).

razonable de ser reclamado a través del procedimiento seguido por la defensa del imputado. En concreto, los agravios planteados por el recurrente son de recibo.

Desde la perspectiva constitucional, una vez admitidos los medios de investigación la Fiscalía debe programar fecha y hora para su actuación. Solo así se entiende el cumplimiento y la plena efectividad del derecho a la prueba. Justamente, con base en el art. 337.4 del CPP la Sala Penal de Apelaciones ha señalado:

A raíz de tal disposición que sin duda tiene su sustento en el derecho a la prueba que le asiste a todo investigado y procesado en el proceso acusatorio garantista con ciertos rasgos adversariales, al imputado y a los demás intervinientes les corresponde no solo proponer elementos de convicción mediante solicitud al titular de la acción penal, sino una vez admitidas las diligencias propuestas por estimarse conducentes, les corresponde exigir que se programen y realicen en fecha cierta, contando para tal efecto con la intervención del proponente. No puede permitirse razonablemente que el fiscal responsable de la investigación acepte la propuesta efectuada por la defensa del imputado de practicar elementos de convicción de descargo, sin que luego señale fecha para materializar la diligencia solicitada y aceptada. No resulta razonable, permitir que el derecho de defensa se quede en el limbo¹⁵⁶⁰.

Asimismo, agrega:

Si las diligencias solicitadas por la defensa resultan conducentes y por ello se aceptan practicarse, lo normal y natural es que se habilite día y hora para materializarlo. Tomando en cuenta para tal efecto, un tiempo razonable y de acuerdo a la complejidad de la investigación que se viene realizando. No obstante, el tiempo que debe transcurrir entre la fecha que se acepta realizar los actos de investigación propuestos por la defensa y la realización del acto investigatorio, lo fija solo el titular de la investigación del delito¹⁵⁶¹". Por ello, se resalta que el Ministerio Público encargado constitucionalmente de conducir la investigación del delito desde su inicio según el artículo

1560 *Loc. cit.*

1561 *Loc. cit.*

159.4 de la Constitución Política del Estado, no puede alegar falta de logística para tomar declaraciones de testigos con la finalidad de cumplir con su atribución constitucional. El simple argumento de falta de logística no puede servir para justificar omisiones en el cumplimiento de una atribución constitucional. En todo caso, de ser cierto que en estos tiempos la Fiscalía encargada de la investigación al recurrente, carece de logística para realizar su atribución constitucional de investigar el delito, no se verifica que se hayan agotado las vías de coordinación administrativa correspondientes para los efectos de que le brinden la logística necesaria¹⁵⁶².

13.4. Los requisitos materiales del control judicial

Los requisitos materiales que se deben verificar en la procedencia del control judicial son: **348**

- (i) Que la solicitud de diligencia o acto de investigación que se rechaza cumpla con especificar las razones de pertinencia y utilidad que sustentan su pedido, tal como lo ordena el art. 337.4 del CPP.

El juez de investigación preparatoria debe comprobar si la parte que promovió la diligencia que se rechaza ha cumplido con la especial carga de la fundamentación, especificando la utilidad y pertinencia del acto de investigación que se promueve.

Es posible que el acto de investigación que se propone no cumpla con justificar las razones de pertinencia y utilidad y, por tanto, sea la razón del rechazo fiscal.

- (ii) Que la decisión fiscal que rechaza formalmente la solicitud de acto de investigación no sea un acto arbitrario o carente de jus-

1562 *Loc. cit.*: “[E]n el presente incidente, se verifica que si bien la solicitud de la defensa técnica de tomar las declaraciones de testigos de descargo, en un primer momento, ha sido admitida por parte del Ministerio Público, lo concreto es que a la fecha, no se ha habilitado día y hora para su ejecución, esto es, no existe fecha cierta para tomar la declaración de los testigos de descargo, pese a haber transcurrido más de diez meses desde su aceptación por el titular de la acción penal, lo cual, a criterio de esta Sala Superior, evidencia poner dificultades al derecho de defensa del recurrente en la investigación preparatoria que se viene efectuando, o en su caso, resulta notorio que se le viene limitando. Situación que no puede aceptarse como legítimo”.

tificación y razonamiento, esto es, que cumpla con analizar las razones que se esgrimen para sustentar la impertinencia y la inutilidad del acto de investigación planteado.

El rechazo de la diligencia propuesta en la medida que se relaciona con el ejercicio (y posible) afectación de un derecho fundamental: a la prueba debe cumplir con expresar una motivación cualificada o más intensa (*ut infra*). Se exige que el fiscal justifique de manera expresa las razones y argumentos referidos a la pertinencia y utilidad que la parte sostiene al proponer el concreto acto de investigación que finalmente se rechaza. No basta una motivación genérica o que se aluda de que el acto de investigación no es pertinente o útil al objeto de la investigación.

El juez debe cuidar de controlar la legalidad, la logicidad y la justificación de la decisión fiscal a fin de que ella responda a los criterios jurídicamente previstos para desestimar un acto de investigación que no es otro que las razones de pertinencia y utilidad. Así, por ejemplo, si la Fiscalía rechaza el acto de investigación propuesto por la dificultad en su realización, la demora del acto, la complejidad del mismo dichas alegaciones no son razones atendibles ni se ajustan a la legalidad probatoria fijada en el CPP. Aquí deben tomarse en cuenta que no interesa la complejidad del acto de investigación promovido; solo la pertinencia y la utilidad.

La Corte Superior Nacional de Justicia penal especializada ha señalado:

[L]a inadmisión del acto de investigación propuesto por el imputado debe efectuarse de manera fundamentada y explicando razonablemente el porqué de su rechazo, caso contrario, representará una vulneración al derecho de defensa —que no al derecho a la prueba— que, conforme al artículo ix.1 del CPP, se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. Además, se debe destacar que uno de los derechos de los que goza el abogado defensor del imputado es el de aportar los medios de investigación y de prueba que se estimen pertinentes (artículo 84.5 del CPP)¹⁵⁶³.

1563 Véase la Resolución N.º 10 del 10 de septiembre del 2020 en el *Expediente N.º 00029-2017-50-5002-JR-PE-01*, de la PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Sr. juez Juan GUILLERMO PISCOYA).

13.5. El control judicial de la ampliación de diligencias rechazadas por el Ministerio Público

El control judicial del rechazo (formal o material) de las diligencias o del acto de investigación propuesto por cualquiera de las partes intervinientes en la investigación preparatoria puede recaer en la desestimación de un acto de investigación que recién se propone como también en la solicitud de ampliación de una diligencia realizada con anterioridad cuya práctica o realización se pide v. gr. ampliación de declaración de un testigo, de un coimputado, de un agraviado, de un perito; o se solicita la ampliación de un informe pericial o la precisión de una prueba de informes (art. 188 del CPP). 349

Se recuerda que el CPP establece que los actos de investigación llevados a cabo en las diligencias preliminares no pueden repetirse una vez que se formalice la investigación, en la medida que diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria¹⁵⁶⁴. La ampliación de un acto en la investigación preparatoria supone cumplir ciertos requisitos materiales. Uno de ellos es que la ampliación de la declaración solo procede si resulta indispensable para el esclarecimiento de los hechos siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción (art. 337.2 del CPP)¹⁵⁶⁵.

El art. 337.2 del CPP prohíbe que se repita una diligencia que se ha realizado en la etapa preliminar; sin embargo, tiene como únicos supuestos de procedencia, para permitir la ampliación de diligencias preliminares, que el fiscal en su disposición las considere indispensables, indicando con fundamentos sólidos que han ocurrido cualquiera de estas dos hipótesis: 350

- Que la diligencia practicada (anteriormente), presente graves defectos al momento de su actuación, lo cual debe ser advertido;

1564 Vid. NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, Lima: Idemsa, 2015, p. 457.

1565 “Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción”.

- Que ineludiblemente resulte imprescindible como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.

La parte que pide la ampliación de la diligencia ya realizada debe cumplir con acreditar una mayor carga en la argumentación si es que la diligencia que se llevó a cabo “presenta graves defectos al momento de su actuación”. Por ejemplo, debe precisar en qué consiste los graves defectos en la realización del acto, v. gr., si se trata de defectos de relevancia constitucional o legal. La especial argumentación deberá destacar no tanto la existencia de los defectos, sino si tiene la condición de graves. La ley en este supuesto no alude a los defectos en la admisión de la diligencia, sino más bien en la actuación de la misma. Un caso de grave defecto de actuación es cuándo en un interrogatorio de una prueba personal (víctima, testigo o coimputado) no se le pregunta acerca de las circunstancias de tiempo, modo de lugar en el que sucedió el hecho y se requiere una ampliación de la declaración.

Asimismo, en el otro supuesto de ampliación de la diligencia la ley alude a que ineludiblemente resulte imprescindible para el esclarecimiento de los hechos derivado de la incorporación a la investigación de nuevos elementos de convicción. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se admiten e incorporan a la investigación vídeos, audios o documentos que desmienten o desacreditan la declaración de un testigo (víctima, testigo propio o impropio, etc.) y que es necesario contar con la ampliación de su declaración para que precise algunos aspectos relevantes.

351 Los requisitos materiales que se describen para la ampliación de la diligencia, cualquiera que sea su clase, deben cumplirse tanto si el acto es solicitado por una de las partes como si es ordenado por iniciativa de la propia fiscalía¹⁵⁶⁶.

1566 Véase la Resolución N.º 3 del 5 de agosto del 2019 en el *Expediente N.º 7-2019-6* de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sr. juez Iván GUERRERO): “2.4 En primer lugar, es necesario mencionar que, con la información proporcionada por las partes y especialmente por el propio Ministerio Público en la audiencia, se ha aclarado que Del Águila Zarate (padre del denunciante), al igual que su hijo, ya tenía declaraciones dentro de las investigaciones precedentes. Por lo tanto, en lo que se refiere a estos dos testigos, estamos centralmente ante supuestos en que debería sustentarse factico jurídicamente la realización de las ampliaciones, pues el inciso 2 del art. 337 del CPP, por un criterio razonable de eficacia procesal y garantías establece que ‘las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria’ y que ‘no podrán repetirse una vez formalizada la investigación’, salvo dos supuestos excepcionales que son: a) Que se advierta un grave defecto en

13.6. El control judicial del rechazo de las preguntas formulado por una de las partes en un interrogatorio fiscal

El control judicial por el rechazo del acto de investigación también debe prosperar desde una interpretación *pro homine* o *pro persona* si la Fiscalía, por ejemplo, en el marco de un interrogatorio de un testigo o de un agraviado deniega la realización de una pregunta (o de preguntas) que la defensa de una de las partes considera pertinentes y necesarias en el esclarecimiento de los hechos. 352

Tan grave como rechazar la admisión de una diligencia, el admitir el medio de investigación, pero no actuarlo o no programarlo, lo constituye el admitir y el actuar el acto de investigación solicitado (v. gr.: interrogatorio de un testigo o de una declaración personal) y se rechaza formal (o materialmente) algunas preguntas pertinentes y necesarias en el esclarecimiento de los hechos y el objeto de la investigación o el proceso penal.

su actuación (original) o, b) que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción. 2.5 Evaluados los contenidos de las Disposiciones Fiscales N.º 3 y N.º 4 (folios 30 a 33 de este incidente), se advierte que en ningún momento se analiza positiva o negativamente la circunstancia fáctica consistente en que el denunciante y su padre antes aludidos ya tenían declaraciones, y cuál sería el supuesto legal excepcional para procesar a sus declaraciones ampliatorias, lo que ha sido reconocido por el propio Ministerio Público en la audiencia. En ese sentido, la DFIP es del 14 de enero del 2019 (folios 163-174 reverso), mientras que la ampliación de las declaraciones del denunciante Del Águila Mendoza (folios 149-157) y de su padre Del Águila Zarate (folios 144-148) son del 27 y 28 de marzo del 2019 respectivamente; es decir, con fecha posterior a la DFIP, en mérito a la Disposición Fiscal N.º 4 del 18 de marzo del 2019 (folios 32 y 33). No obstante, ni en la Disposición Fiscal N.º 3, que declaro el secreto de las diligencias por el plazo de doce días hábiles ni en la Disposición N.º 4, que decide recabar las declaraciones de Del Águila Mendoza y otros, se ha indicado adecuadamente respecto de cuál sería el grave defecto en actuaciones precedentes o si ineludiblemente debía completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción. Las citadas disposiciones solo han invocado el art. 324.2 del CPP referido al secreto de las actuaciones. Al no haberse sustentado entonces la viabilidad excepcional contemplada en el numeral 337.2 del CPP, se ha incurrido en causal de nulidad prevista en el art. 150.d del acotado texto adjetivo, pues, su bien el Ministerio Público tiene determinadas atribuciones dentro de la investigación, ello debe realizarse con la debida motivación y respetando el principio de proscripción de la arbitrariedad, contenido implícitamente en el art. 43 de la Carta Magna. En la resolución impugnada y especialmente en su décimo quinto considerando, se ha cometido el error de no haber efectuado las constataciones correspondientes en este extremo”.

Aquí no solo se afecta el sentido genuino del derecho a la prueba, sino el derecho convencional de interrogar a los testigos, formulando preguntas pertinentes y relevantes. Dicha denegación por afectar el núcleo esencial de un derecho fundamental requiere un exhaustivo control judicial como el regulado en el art. 337.5 del CPP.

Por tanto, el objeto del control judicial por rechazo de un acto de investigación, o de una diligencia, no solo comprende la denegación total de dicho acto, sino también el control parcial cuando se deniega, por ejemplo, en un interrogatorio la realización de preguntas pertinentes y útiles.

13.7. El control judicial por el rechazo de un acto de investigación y el principio de proscripción de la arbitrariedad de los actos del Ministerio Público

353

El juez en su decisión judicial (auto debidamente motivado) debe realizar un control de legalidad en relación con el juicio de pertinencia y utilidad del ofrecimiento del acto de investigación que se deniega formalmente por la Fiscalía. Con ello, se busca prevenir y erradicar la arbitrariedad de las decisiones o de la actividad del Ministerio Público en el ejercicio de su actividad y en la confrontación con los derechos fundamentales de la persona.

Se reconoce en el derecho comparado que el juez de garantías no cuenta con facultades para reemplazar la estrategia de investigación del fiscal por otra opción que considere mejor. El juez de la investigación preparatoria solo puede evaluar la legitimidad constitucional y legal de los actos del Ministerio Público, pero no su conveniencia o su oportunidad¹⁵⁶⁷.

La decisión judicial se trata —según la Sala Penal Especial— de lo siguiente:

[L]a intervención judicial es un acto de control a fin de evitar una posible arbitrariedad, y su decisión estará enfocada a examinar, conforme a ley, la pertinencia, necesidad y utilidad del acto de investigación bajo el principio de razonabilidad, respetando la estrategia de la investigación con base en el hecho objeto del mismo y el principio de objetividad que rige la actuación fiscal¹⁵⁶⁸.

1567 Vid. SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 62.

1568 Véase la Resolución N.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el *Expediente N.º 14-2020-3* de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabeth GROSSMANN).

Los actos de investigación en las diligencias preliminares y la investigación preparatoria no pueden escapar al control constitucional, convencional y legal. Los actos del Ministerio Público no pueden ser arbitrarios sin que al mismo tiempo se afecte los derechos fundamentales.

En un Estado constitucional no existen zonas exentas de control jurídico (o zonas de indefensión¹⁵⁶⁹), ya sea legal o constitucional¹⁵⁷⁰, en la que pueda autorizarse la comisión de actos arbitrarios. En efecto, no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, con el pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos¹⁵⁷¹.

El TC peruano ha precisado que cualquier:

[P]oder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31, *in fine*, de la Carta Fundamental¹⁵⁷².

Para el TC peruano, la arbitrariedad o lo arbitrario:

1569 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2409-2002-AA/TC*, caso *Diodoro Antonio Gonzales Ríos*, Lima: 7 de noviembre del 2002.

1570 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0009-2007-PI/TC* y *N.º 0010-2007-PI/TC (Acumulados)*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00291-2011-PA/TC Arequipa*, caso *Mauro Pari Taboada*, Lima: 17 de julio del 2011: “No puede pues alegarse ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o a la protección de los derechos humanos, toda vez que la limitación que señala el art. 142 de la Constitución —como la prevista por el numeral 154.3— no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado constitucional de derecho se pueden rebasar los límites que impone la Constitución, como que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda impedirlo”.

1571 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2366-2003-AA/TC Ica*, caso *Juan Genaro Espino Espino*, Lima: 6 de abril del 2004.

1572 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5854-2005-PA/TC Piura*, caso *Pedro Andrés Lizana Puelles*, Lima: 8 de noviembre del 2005.

[A]pareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica¹⁵⁷³.

En tal sentido, la arbitrariedad de los poderes públicos posee un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo¹⁵⁷⁴.

355

La arbitrariedad, según el *Diccionario de la Lengua Española*, es un acto o proceder contrario a la justicia, a la razón, a las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. Desde el punto de vista normativo, se trata de un concepto jurídico indeterminado¹⁵⁷⁵ de alcance muy amplio que comprende

1573 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0090-2004-AA/TC*, caso Juan Carlos Callegari Herazo, Lima: 5 de julio del 2004.

1574 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3194-2004-HC/TC*, caso Nicanor Carreño Castillo, Lima: 28 de diciembre del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0090-2004-AA/TC*, caso Juan Carlos Callegari Herazo, Lima: 5 de julio del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC*, caso Fernando Cantuarias Salaverry, Lima: 28 de febrero del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6358-2008 PHC/TC*, caso Azalea Esmeralda García Zegarra, Lima: 30 de junio del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00218-2009-PHC/TC*, caso Roberto Contreras, Lima: 11 de noviembre del 2010.

1575 Vid. LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad* (traducción de Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso), Madrid: Marcial Pons, 2013, p.159 y ss., con indicaciones sobre el adjetivo arbitrario; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid: Civitas, 1998, p. 52: “El lado malo de los términos y conceptos indeterminados (p. ej. el de arbitrariedad, sin ir muy lejos) es que admiten varias interpretaciones, pero al menos tienen de bueno que no permiten *cualquier* interpretación”; GRANADO HIJELMO, Ignacio, “La interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos”, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Madrid: Civitas, 1996, p. 136 y ss.; DESDENTADO DAROCA, Eva, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid: La Ley,

los actos injustos, irrazonables o los actos ilegales que se basan en una pura relación de poder, de autoridad o en la pura voluntad que son cometidos por los funcionarios, sin que medie justificación racional o normativa alguna¹⁵⁷⁶. Se sostiene que la arbitrariedad es algo que no solo no constituye derecho, sino que, además, representa su radical negación¹⁵⁷⁷.

La noción de arbitrariedad posee varios significados; todos ellos son portadores de una connotación negativa¹⁵⁷⁸.

De manera general, se sostiene que la arbitrariedad es algo que se opone y es contrario a lo justo; de tal manera que la injusticia manifiesta puede entenderse como un caso de arbitrariedad¹⁵⁷⁹. Se sostiene que la arbitrariedad

2010, p. 180. Incluso se llega a sostener que “mientras no se tenga un concepto medianamente preciso de la arbitrariedad resulta imposible razonar objetivamente un juicio de arbitrariedad respecto a una decisión anterior, porque —a falta de consenso o aceptación general— será siempre rigurosamente subjetivo, llegándose con ello a la paradoja de que los juicios de arbitrariedad han de ser inevitablemente arbitrarios al carecer ellos mismos de parámetros objetivos de referencia”; y NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Madrid: Ariel, 2000, p. 365. En el derecho peruano: VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima: Palestra, 2012, p. 36.

1576 De manera amplia: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima: Palestra, 2006, p. 131 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 196; y DE LOS RÍOS, Fernando, *Obras completas. Escritos guerra civil y exilio*, t. v, Madrid: Anthropos, 1997, p. 412. Este último autor señala: “[L]a arbitrariedad es el mandato coactivo, esto es, provisto de imperium, llevado a cabo por órganos de poder, fuera de las leyes”.

1577 Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 5.ª ed., Barcelona: Bosch, 1979, p. 630 (“[L]a arbitrariedad es, pues, la negación del derecho en tanto que legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir, por el propio poder público y sus distintos órganos”); RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 15.ª ed., México: Porrúa, 2001, p. 213; y DESDENTADO DAROCA, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, art. cit., p. 182.

1578 Vid. LUZZATI, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, ob. cit., p. 160.

1579 En sentido distinto: RECASENS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 214 (“[A]rbitrario no significa lo mismo que injusto”); y LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 632 (“La arbitrariedad no ha de confundirse con la injusticia. El derecho puede ser considerado como injusto, pero no puede ser arbitrario”. Luego señala: “[U]n acto arbitrario no necesita ser injusto. Al contrario, puede haber actos arbitrarios justos o injustos. Un acto de arbitrariedad es justo cuando la negación del derecho en un caso dado tiene en el sentido de establecer una solución más justa para el mismo [...] Es posible que, en ese caso concreto, la justicia quede mejor satisfecha con el acto de arbitrariedad. Así, cuando Federico el Grande revocó la sentencia -legal pero injusta- del juez del Berlín, cometió un acto de arbitrariedad justa”).

es contraria a la razón y a sus manifestaciones más importantes: lo racional y lo razonable. Todo acto de poder que no es compatible con la razón es arbitrario¹⁵⁸⁰. Se considera que en el derecho la arbitrariedad forma parte de la irracionalidad jurídica, afirmándose que la decisión arbitraria si bien puede llegar a ser justa no es racional¹⁵⁸¹. Asimismo, se estima que arbitrario es todo lo que carece de fundamentación objetiva o que es incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base para toda decisión¹⁵⁸².

El control constitucional de los actos de los poderes del Estado es una parte y una manifestación a su vez del control jurisdiccional que como garantía jurídica de los ciudadanos se tiene en un Estado de derecho a fin de evitar los actos que suponen la desviación de poder y la violación de los derechos fundamentales.

356 13.8. El control judicial debe ser presentado ante el juez competente

El escrito a través del que se pide el control judicial del rechazo (formal o material) del acto de investigación debe ser presentado al juez competente, en cuanto a jerarquía y especialidad, en relación con la Fiscalía que rechaza o deniega el pedido.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema ha señalado que para que haya un control judicial y se produzca de manera efectiva el análisis del caso “se pone de manifiesto algunos presupuestos que deben cumplirse, y que, vinculados al caso concreto, están referidos a: i) que exista un pedido ante el fiscal que tramita la investigación; y ii) que haya sido rechazado”¹⁵⁸³. La

1580 Vid. FERNÁNDEZ, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, ob. cit., p. 139, quien afirma que la arbitrariedad es el reverso o el negativo de la justicia o el derecho. Sin embargo, hay quienes expresamente excluyen la referencia de *irracionalidad* como sinónimo de arbitrariedad y en su reemplazo aluden a lo *absurdo*; véase GRANADO HIJELMO, “La interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos”, art. cit., p. 150; y VIGNOLO CUEVA, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, ob. cit., pp. 48, 50 y 51.

1581 Vid. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 246.

1582 Vid. DESDENTADO DAROCA, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, art. cit., p. 182: “[C]uando el ejercicio del poder discrecional es arbitrario da lugar a una decisión ausente de explicación, carente de motivos, con una clara falta de fundamentos”.

1583 Véase la Resolución N.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el *Expediente N.º 14-2020-3*, de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabeth GROSSMANN).

competencia fiscal se constituye en el primer presupuesto que amerita el pronunciamiento judicial; y está referido a la facultad que tiene el Ministerio Público, a través del fiscal responsable del caso, para conocer del requerimiento formulado por la parte y emitir la decisión sobre el mismo. El rechazo del fiscal se constituye en el segundo presupuesto para que el juez de JSIP emita un pronunciamiento judicial sobre el requerimiento de la parte¹⁵⁸⁴.

Dicha Sala penal especial sostiene que debe existir un pronunciamiento por parte de la Fiscalía, de manera clara y concreta en función de los requisitos señalados. La Fiscalía puede admitir la diligencia o en su caso rechazar la misma. A partir de este último supuesto corresponde al juez del JSIP emitir un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia solicitada por el imputado, en la que evalúe con base al principio de razonabilidad, la necesidad, pertinencia, utilidad y conducencia de la misma¹⁵⁸⁵.

13.9. La necesidad de que el juez resuelva de inmediato el control judicial

357

El CPP prescribe que “el juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el fiscal”.

La necesidad de que haya un control judicial inmediato se debe al reconocimiento de la importancia de que se respete por parte del Ministerio Público el derecho fundamental a la prueba y los actos de promoción de medios de prueba a nivel de la investigación preparatoria. Dicho control no puede postergarse ni dilatarse en el tiempo; la tutela judicial efectiva frente a la posible vulneración de un derecho fundamental requiere de una actuación y una decisión rápida. Asimismo, se resalta la idea de que en un Estado constitucional están proscritos los actos arbitrarios y las decisiones carentes de justificación racional y jurídica.

El juez puede resolver de manera inmediata con el mérito de los actuados que le proporcione la parte al momento de plantear su solicitud de control o también puede solicitar la carpeta fiscal a fin de mejor resolver. En todo caso, la decisión debe adoptarse en el menor tiempo posible y sin dilaciones indebidas.

1584 *Loc. cit.*

1585 *Loc. cit.*

Es incorrecto e innecesario de que el juez pida un informe al fiscal, más allá de la providencia o disposición que deniega el acto de investigación, solicitándole explicaciones adicionales o que conferencie informalmente, ya que con ello se viola la garantía de la imparcialidad judicial.

13.10. ¿Se requiere de audiencia para resolver el control judicial de los actos de investigación rechazados por el Ministerio Público?

358

Uno de los temas interesantes alrededor del control judicial de la decisión fiscal que determina el rechazo de las diligencias propuestas por las partes reside en determinar si debe haber audiencia judicial o se puede prescindir de ella.

Un criterio doctrinal importante considera que el rechazo a la admisión o realización de una diligencia determina la intervención del juez de la investigación preparatoria, la cual no requiere de la convocatoria a una audiencia¹⁵⁸⁶. Un sector de la jurisprudencia peruana asume este criterio de manera particular¹⁵⁸⁷.

Sin embargo, creemos que la relevancia de los temas en discusión en donde se plantea una posible violación a un derecho fundamental de crucial importancia en la etapa de la investigación como es el derecho a la prueba debe llevar a convocar de manera inmediata a una obligatoria audiencia en la que se analicen los problemas planteados y se escuche tanto a la defensa

1586 Por todos, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2.^a ed., Lima: INPECCP, 2020, p. 406.

1587 Véase la Resolución N.º 3 del 14 de marzo del 2022 en el Expediente N.º 0003-2019-19-5001-JS-PE-01 expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria: “[E]n cuanto a su tramitación, según la norma procesal penal, el juez de la investigación preparatoria debe emitir pronunciamiento inmediatamente, sin necesidad de audiencia, basta con el mérito de los actuados proporcionados por la parte y en su caso el fiscal; ello es así, porque no es necesario debate oral alguno, ya que se trata de la revisión de los argumentos dados por el fiscal a cargo de la investigación —plasmados en la disposición o providencia fiscal respectiva—, para denegar o rechazar diligencias solicitadas por las partes, los mismos que se contrastan con los argumentos expuestos por la parte procesal en su escrito que incoa este procedimiento. En todo caso, de ser necesario —en caso de requerir información de la carpeta fiscal—, se correrá traslado al representante del Ministerio Público. Así, San Martín Castro, sostiene que “[e]l rechazo a la realización de una diligencia determina la intervención del juez de la investigación preparatoria: no se requiere audiencia”.

de la parte a quien se le rechazó la diligencia y al Ministerio Público a fin de facilitar el contradictorio. Con ello, se respeta el derecho convencional y constitucional a ser oído (art. 8.1 de la CADH y el art. 14.1 del PIDCP), el derecho de defensa y el derecho a la prueba, además, concreta el control al principio constitucional de la proscripción de la arbitrariedad.

La jurisprudencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de Apelaciones Nacional Permanente especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios ha adoptado este punto de vista¹⁵⁸⁸.

La Corte IDH ha sostenido que el derecho a ser oído protegido en el art. 8.1 de la Convención comprende el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones¹⁵⁸⁹, el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera

359

1588 Véase la Resolución N.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el *Expediente N.º 14-2020-3*, de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabeth GROSSMANN); la Resolución N.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el *Expediente N.º 20-2021-3*, de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Inés VILLA); la Resolución N.º 6 del 25 de febrero del 2019 en el Expediente N.º 00202-2018-1-5001-JS-PE-01 (ponente: Sr. juez Jorge SALAS). También, véase: el Juzgado Supremo de la investigación preparatoria en la Resolución N.º 11 del 15 de marzo del 2019 en el Expediente N.º 00202-2018-1-5001-JS-PE-01; la resolución N.º 10 del 10 de septiembre del 2020 en el Expediente N.º 00029-2017-50-5002-JR-PE-01 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (ponente: Sr. juez Juan GUILLERMO); la Resolución N.º 3 del 11 de marzo del 2020 en el Expediente N.º 00003-2017-18-5002-JR-PE-02 de la Primera Sala de Apelaciones Nacional Permanente especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios (ponente: Sr. juez Ramiro SALINAS); la Resolución N.º 4 del 6 de octubre del 2020 en el Expediente N.º 00046-2017-108-5002-JR-PE-01 de la Primera Sala de Apelaciones Nacional Permanente especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios (ponente: Sr. juez Ramiro SALINAS); la Resolución N.º 03 del 15 de enero del 2020 en el Expediente N.º 00019-2018-26-5002-JR-PE-03 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (ponente: Sr. juez Juan GUILLERMO); la Resolución N.º 03 del 27 de marzo del 2019 en el Expediente N.º 14-2017-0 de la Sala del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios (ponente: Sr. juez Ramiro SALINAS); la Resolución N.º 2 del 25 de junio del 2021 en el Expediente N.º 0012-2019-9-5002-SP-PE-01 expedido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria Nacional.

1589 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, San José: 30 de junio del 2015, párt. 228; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, San José: 13 de octubre del 2011, párt. 120; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, San José: 28 de agosto del 2013, párt. 181; CORTE INTERAMERICANA

oral¹⁵⁹⁰. Asimismo, al pronunciarse sobre la observancia de las garantías del debido proceso en la investigación de violaciones de derechos humanos, la Corte ha indicado que implica el deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan “amplias posibilidades de ser oídos” “en todas las etapas de los respectivos procesos¹⁵⁹¹, (de manera que) puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios, y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”¹⁵⁹².

La Corte IDH se ha ocupado del alcance del derecho a ser oído, establecido en el art. 8.1 de la Convención Americana. Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama con apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la

DE DERECHOS HUMANOS, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, San José: 5 de agosto del 2008, párr. 72; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bayarri vs. Argentina*, San José: 30 de octubre del 2008, párr. 101; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, San José: 26 de noviembre del 2010, párr. 140; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, San José: 29 de enero de 1997, párr. 74.

1590 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, San José: 13 de octubre del 2011, párr. 120; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, San José: 5 de agosto del 2008, párr. 75.

1591 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, San José: 30 de junio del 2015, párr. 228; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, San José: 28 de agosto del 2013, párr. 181.

1592 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, San José: 28 de agosto del 2013, párr. 181; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, San José: 30 de junio del 2015, párr. 228; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, San José: 13 de octubre del 2011, párr. 120; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *De las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, San José: 1 de marzo del 2005, párr. 63; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, San José: 16 de agosto del 2000, párr. 129; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, San José: 4 de julio del 2006, párr. 193; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *La masacre de La Rochela vs. Colombia*, San José: 11 de mayo del 2007, párrs. 193 y 195; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de Ituango C. Colombia*, San José: 1 de julio del 2006, párr. 296; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Baldeón García vs. Perú*, 6 de abril del 2006, párr. 146.

aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre el planteamiento deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido¹⁵⁹³.

13.11. La jurisprudencia acerca del control judicial de los actos de investigación rechazados por el Ministerio Público

La jurisprudencia peruana en diversas decisiones judiciales ha reconocido de manera amplia el control judicial frente al rechazo de los actos de investigación planteados al Ministerio Público y que se promueve por los sujetos procesales ante el juez de investigación preparatoria. 360

Por ejemplo, admite la necesidad de que concurran a declarar a la investigación preparatoria los peritos que habían suscrito los informes periciales de cargo que había incorporado el Ministerio Público como prueba de cargo que sustentaron el requerimiento fiscal de prisión preventiva con el fin de conocer el procedimiento que han seguido para su realización¹⁵⁹⁴, se ordena obtener la declaración del ingeniero de sistemas que fue autor de diversos informes de análisis digital¹⁵⁹⁵; la declaración de dos abogados defensores¹⁵⁹⁶; se recabe la declaración de dos testigos: un empresario y pe-

1593 CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, San José: 13 de octubre del 2011, párr. 122.

1594 Véase la Resolución N.º 10 del 10 de septiembre del 2020 en el Expediente N.º 00029-2017-50-5002-JR-PE-01 de la PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Sr. juez Juan GUILLERMO), quien reconoció: “[D]ichos informes preliminares tienen la naturaleza de un informe pericial; y consecuentemente, los autores de estos, la condición de peritos, corresponde determinar si procede disponer el examen o interrogatorio correspondiente”.

1595 Véase la Resolución N.º 3 del 14 de marzo del 2022 en el Expediente N.º 0003-2019-19-5001-JS-PE-01 expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

1596 Véase la Resolución N.º 2 del 25 de junio del 2021 en el Expediente N.º 0012-2019-9-5002-SP-PE-01 expedido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria Nacional.

riodista¹⁵⁹⁷; la diligencia de búsqueda de información pública para verificar la existencia de la información publicada en algunos portales web y la diligencia de escucha y transcripción de los audios publicados en algunos reportajes periodísticos¹⁵⁹⁸; o que declaren tres médicos que “participaron en la Junta Médica Penitenciaria que evaluó el estado de salud de Alberto Fujimori en la petición de indulto humanitario”¹⁵⁹⁹.

También se acepta el control judicial luego de verificar que “si bien la solicitud de la defensa técnica de tomar las declaraciones de testigos de descargo, en un primer momento, ha sido admitida por parte del Ministerio Público, lo concreto es que a la fecha, no se ha habilitado día y hora para su ejecución, esto es, no existe fecha cierta para tomar la declaración de los testigos de descargo, pese a haber transcurrido más de diez meses desde su aceptación por el titular de la acción penal”¹⁶⁰⁰.

13.12. El control judicial de los actos de investigación y la tutela de derechos

361

El CPP brinda un tratamiento diferenciado al caso en que la Fiscalía rechaza los actos de investigación propuestas por las partes del caso en que la fiscalía no justifica ni motiva la pertinencia y utilidad de los actos que ordena *ex officio*.

Frente al rechazo (formal o material) de las diligencias y/o los actos de investigación propuestos por las partes lo que corresponde es presentar un control judicial para que el juez verifique la legalidad o arbitrariedad de la decisión del Ministerio Público.

1597 Véase la Resolución del 11 de abril del 2022 en el Expediente N.° 0003-2019-25-5001-JS-PE-01 expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

1598 Véase la Resolución N.° 03 del 11 de marzo del 2020 en el Expediente N.° 00003-2017-18-5002-JR-PE-02 de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (ponente: Sr. juez Ramiro SALINAS).

1599 Véase el Juzgado Supremo de la investigación preparatoria en la Resolución N.° 11 del 15 de marzo del 2019 en el Expediente N.° 00202-2018-1-5001-JS-PE-01.

1600 Véase la Resolución N.° 4 del 6 de octubre del 2020 en el Expediente N.° 00046-2017-108-5002-JR-PE-01 de la Primera Sala de Apelaciones Nacional Permanente especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios (ponente: Sr. juez Ramiro SALINAS).

Por su parte, en el caso de que el Ministerio Público ordene de oficio la actuación de diligencias y/o actos de investigación sin la justificación de la pertinencia y la utilidad correspondiente lo que debe presentarse para controlar la constitucionalidad y la legalidad de lo ordenado de incorporar a las diligencias preliminares o a la investigación preparatoria es la tutela de derechos por violación al principio de legalidad de los actos de investigación que establece su pertinencia y utilidad (art. 337.1 del CPP) y el deber de justificar el juicio de pertinencia y utilidad (art. 139.5 de la Const. Pol., en concordancia con los art. 64.1 y art. 122.5 del CPP). 362

En dicha línea, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la vía correcta es la tutela de derechos para discutir los casos en que la fiscalía no justifica ni motiva la pertinencia y utilidad de los actos que ordena *ex officio*¹⁶⁰¹.

13.13. El derecho a la admisión de los actos de investigación, como manifestación del derecho a la prueba, no es ilimitado

El control judicial al rechazo fiscal de un acto de investigación propuesto por las partes no es ilimitado ni indiscriminado. 363

El juez debe respetar los principios constitucionales que rigen la actividad del Ministerio Público, en especial, el principio acusatorio, el principio de oficialidad y el principio de la investigación integral. No puede ni debe sustituir las funciones constitucionales y legales asignadas al Ministerio Público.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido al principio de oficialidad como:

[E]l ejercicio de la acción penal y la formulación de una pretensión punitiva son prerrogativas ejercidas a instancia privativa del Ministerio Público, como órgano constitucional autónomo. Las atribuciones de este último no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, al no existir norma constitucional que habilite un supuesto de excepción¹⁶⁰².

1601 Vid. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

1602 Véase el *Recurso de Nulidad N.º 1029-2020*, Lima: 9 de agosto del 2021, de la SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Jaime COAGUILA).

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

[A]l respecto, es claro que el pronunciamiento judicial que se dicte no puede, bajo ningún aspecto, negar la vigencia del principio de oficialidad de la investigación ni es una excepción al principio acusatorio como régimen estructural diferenciado de roles y funciones de los intervinientes en el proceso penal. La intervención jurisdiccional está limitada a examinar la relevancia, necesidad y razonabilidad de la diligencia bajo un enfoque de control e interdicción de una posible arbitrariedad en la función fiscal¹⁶⁰³. El órgano jurisdiccional está obligado a respetar la estrategia de la investigación y la perspectiva de indagación con base en la naturaleza del hecho punible y la imputación postulada por el titular de la acción penal. Tanto más cuando la causa se refiera a un delito contra la administración pública, cuando esta se encuentra informada por la necesidad de documentación, examen especializado de actuaciones e indagación circunstanciada de la noticia criminal¹⁶⁰⁴.

También destaca la Sala Penal Especial que, según lo que dice el sistema acusatorio garantista, “la norma faculta al representante del Ministerio Público para ordenar la ejecución de las diligencias solicitadas o para contrariamente rechazarlas; en este último caso, se faculta también a la parte a instar al juez de la investigación preparatoria a fin de que se obtenga del mismo un pronunciamiento judicial”¹⁶⁰⁵.

Además, agrega:

[E]n el Código Procesal Penal del 2004, en cambio, es el fiscal quien, en su calidad de director de la investigación, actuará las diligencias que este considere necesarias o que el imputado o los demás intervinientes en el proceso le propongan (artículo 337.4). Sin embargo, y como una garantía frente a la posible parcialidad del fiscal, en caso

1603 Véase la Resolución N.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el *Expediente N.º 14-2020-3* de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabeth GROSSMANN); la Resolución N.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el *Expediente N.º 20-2021-3* de la SALA PENAL Especial (ponente: Sra. jueza Inés VILLA).

1604 La Resolución N.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el *Expediente N.º 20-2021-3* de la SALA PENAL Especial (ponente: Sra. jueza Inés VILLA).

1605 Véase la Resolución N.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el *Expediente N.º 14-2020-3* de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabeth GROSSMANN), con cita a San Martín Castro.

se deniegue una diligencia de investigación se solicitará al juez de la investigación preparatoria que resuelva la procedencia o no de la medida solicitada (artículo 337.5)¹⁶⁰⁶.

364

Ha de quedar claro que el derecho a la prueba no supone ni debe degenerar en un derecho ilimitado a la admisión de todo medio de prueba¹⁶⁰⁷. El *ius postulandi* de los medios de prueba debe cumplir con los requisitos formales y materiales previstos en la ley¹⁶⁰⁸. Este derecho no quiere decir que todo pedido de prueba o de actuación de una evidencia deba admitirse de manera obligatoria en el proceso. No hay un derecho a admitir cualquier medio de prueba o cualquier acto de investigación. El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público de admitir todos los medios probatorios que han sido ofrecidos¹⁶⁰⁹. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos¹⁶¹⁰. El derecho a la prueba es el derecho a presentar y que se admiten medios de prueba pertinentes.

Tanto en la doctrina y jurisprudencia se reconoce que el juez —o el Ministerio Público en el caso de los actos de investigación— admite los medios de prueba con base a cinco criterios¹⁶¹¹.

1606 Véase la Resolución N.º 7 del 18 de octubre del 2021 en el *Expediente N.º 14-2020-3* de la SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sra. jueza Elizabeth GROSSMANN), con cita a Oré Guardia.

1607 Vid. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, ob. cit., p. 123; UBERTIS, Giulio, *Il processo penale. La verifica dell'accusa*, Bologna: Il Mulino, 2008, p. 46; CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 170; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., p. 31; BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 106.

1608 Vid. SCALFATI, ADOLFO Y DILETTA SERVI, *Trattato di Procedura Penale*, vol. II, t. I, Torino: UTET, 2009, p. 35.

1609 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00288-2012-PHC/TC*, caso *Milla Uceda*, Lima: 3 de mayo del 2012.

1610 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, caso *Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana*, Lima: 17 de octubre del 2005

1611 Vid. TONINI, PAOLO, *Manuale di procedura penale*, 18.ª ed., Milano: Giuffrè, 2017, p. 245; TONINI Y CONTI, *Il diritto delle prove penali*, ob. cit., p. 64 recoge cuatro criterios;

- (i) Los medios de prueba deben ser pertinentes, es decir, deben guardar relación con la existencia del enunciado fáctico, con la autoría o participación de una persona, con uno de los elementos de la imputación o puede buscar el rebatir la credibilidad de una prueba.
- (ii) El medio de prueba no debe estar prohibido por la ley, ya sea por afectar la libertad y autodeterminación de la persona o por violar en núcleo esencial de los derechos fundamentales. La ley procesal peruana prescribe que solo se podrán excluir los medios de prueba que no sean pertinentes y prohibidos por la ley (art. 155.2).
- (iii) Los medios de prueba no deben ser sobreabundantes o superfluos en el sentido que no deben suponer la adquisición de un resultado cognoscitivo ya obtenido a través de otros medios de prueba. La admisión y actuación de los medios de prueba debe ser racional por lo que evita el desgaste de tiempo y recursos en la admisión de medios de prueba inútiles cuyo resultado posible ya ha sido logrado a través de otras pruebas.
- (iv) El medio de prueba debe ser relevante o útil en la acreditación del hecho en el sentido de que el resultado probable debe ser idóneo para demostrar la existencia del hecho a probar.
- (v) No se deben admitir aquellos medios de prueba de imposible obtención al interior del proceso. La prueba de imposible consecución es aquella que no podrá obtenerse por concurrir una causa objetiva (antecedente o sobreviniente) que lo impide v. gr. se pretende llamar a declarar a una persona fallecida, se pide hacer una autopsia a un cadáver completamente calcinado.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado¹⁶¹²:

BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 103.

1612 La Resolución N.º 5 del 22 de septiembre del 2021 en el *Expediente N.º 20-2021-3*, de la SALA PENAL Especial (ponente: Sra. jueza Inés VILLA).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el derecho a ofrecer actos de investigación no supone un incondicionado derecho a su admisión y práctica durante la fase indagatoria. No es, en sí mismo, un ofrecimiento probatorio. Por lo demás, es claro que la inadmisión de diligencias sumariales no supone, como ya se dijo, vulneración al derecho a la prueba, pues este cobrará vigencia en la oportunidad y forma prescrita por la ley. La posibilidad de evaluar el rechazo de la diligencia sumarial busca afianzar únicamente el carácter objetivo de la investigación fiscal.

14. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE QUE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN ORDENADOS A INICIATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO SEAN PERTINENTES, ÚTILES Y SE ENCUENTREN SUFICIENTEMENTE JUSTIFICADOS

La Corte IDH ha señalado que la autoridad encargada de la investigación debe velar para que se realicen las diligencias requeridas y, en el evento de que esto no ocurra, debe adoptar las medidas pertinentes conforme a la legislación interna¹⁶¹³. 365

La obligación a cargo del Estado de actuar con la debida diligencia en la práctica de una investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para que sea posible alcanzar los objetivos de una investigación, por lo que deberán brindar al juez, fiscal u otra autoridad judicial toda la información que requiera¹⁶¹⁴ y deben abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo¹⁶¹⁵. El Estado frente a la solicitud

1613 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Prieto y otros vs. El Salvador*, San José: 20 de noviembre del 2007, párr. 112.

1614 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, San José: 16 de febrero del 2017, párr. 292; caso *Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 251 y 327.d; caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 257; caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 308; caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 244; caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, San José: 31 de agosto del 2011, párr. 185.b.

1615 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gudiel Alvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, San José: 20 de noviembre del 2012, párr. 251 y 327.d; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*,

de información de los órganos de justicia (fiscalía, juzgados) debe atender de manera pronta dichos requerimientos y en su caso debe fundamentar la negativa a proveerlos. Asimismo, debe demostrar que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía¹⁶¹⁶. Por ello, se condenó a un Estado por no justificar su negativa de proveer la información solicitada ni describir las medidas que adoptó para obtener la información solicitada¹⁶¹⁷.

El Estado debe realizar las investigaciones pertinentes en relación con los hechos del caso, con el objeto de que el proceso y las investigaciones sean conducidas en consideración de la complejidad de los hechos y el contexto en que ocurrieron, evitando omisiones en la recolección de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación¹⁶¹⁸. Debe, además, investigar

San José: 16 de febrero del 2017, párr. 292; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*, San José: 20 de noviembre del 2014, párr. 308; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 195; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Prieto y otros vs. El Salvador*, San José: 20 de noviembre del 2007, párr. 112; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, San José: 31 de agosto del 2011, párr. 185.b; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 257; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, San José: 4 de septiembre del 2012, párr. 194; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, San José: 31 de agosto del 2011, párr. 171; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, San José: 24 de noviembre del 2009, párr. 144; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, San José: 30 de noviembre del 2016, párr. 212.

1616 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gomes Lund Y Otros (Guerrilha Do Araguaia) vs. Brasil*, San José: 24 de noviembre del 2010, párr. 211; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 195; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 257.

1617 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 195.

1618 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, San José: 20 de noviembre del 2013, párr. 373; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *La Masacre de la Rochela vs. Colombia*, San José: 11 de mayo del 2007, párr. 158; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, San José: 25 de octubre del 2012, párr. 257; CORTE

con debida diligencia abarcando de forma integral los elementos que configuran la grave violación a los derechos humanos (desaparición forzada¹⁶¹⁹, tortura, homicidio, etc.) y deben evitarse omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación¹⁶²⁰, de tal forma que se pueda garantizar el debido análisis de las hipótesis de autoría surgidas a raíz de la misma¹⁶²¹. En este sentido, a los fines de determinar si un Estado ha cumplido con su obligación de investigar a todas las personas penalmente responsables, la Corte ha referido que es necesario analizar (i) la existencia de indicios sobre la participación de los presuntos responsables, y (ii) si hubo una actuación diligente o negligente en la indagación de tales indicios¹⁶²².

La Corte IDH ha establecido que cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la

INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, San José: 4 de septiembre del 2012, párr. 194; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, San José: 27 de febrero del 2012, párr. 285.a; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 244.a; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, San José: 31 de agosto del 2011, párr. 185.a.

1619 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, San José: 27 de febrero del 2012, párr. 285.b; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, San José: 26 de noviembre del 2013, párr. 244.b.

1620 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, San José: 28 de noviembre del 2018, párr. 292; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *La Masacre de la Rochela vs. Colombia*, San José: 11 de mayo del 2007, párr. 158; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala*, San José: 22 de agosto del 2018, párr. 85.

1621 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, San José: 28 de noviembre del 2018, párr. 292; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, San José: 3 de abril del 2009, párr. 96; caso *Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala*, San José: 22 de agosto del 2018, párr. 85.

1622 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gómez Virula y otros vs. Guatemala*, San José: 21 de noviembre del 2019, párr. 78; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, San José: 28 de noviembre del 2018, párr. 292; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Pacheco León y otros vs. Honduras*, San José: 15 de noviembre del 2017, párr. 94; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Omeara Carrascal y otros vs. Colombia*, San José: 21 de noviembre del 2018, párrs. 240 a 242.

investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, y en su caso, la sanción de los responsables de los hechos¹⁶²³.

166

Uno de los problemas que se plantea en el ámbito de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria es determinar si los actos de investigación (declaraciones, documentos, pericias, informes, etc.) que ordena realizar el Ministerio Público deben estar debidamente motivados o no es necesario cumplir con esta exigencia.

Un primer criterio considera que el Ministerio Público como director y señor de la investigación no requiere de forma alguna justificar los actos de investigación que de manera directa y a su iniciativa promueve. Su poder es tan amplio que no se le reconoce límites para recabar los elementos de convicción que estime necesarios en su tarea de indagación de los hechos y las circunstancias de relevancia penal. Se trata del ejercicio de una facultad discrecional que comprende la recolección de lo que el fiscal considere relevante para el esclarecimiento de los hechos que investiga. El control sobre la investigación y el diseño de la estrategia lleva a conceder al fiscal una facultad vasta y amplia en la ordenación y la incorporación de los actos de investigación que no requiere ser justificada de modo alguno.

La posición glosada se refleja en algunos pronunciamientos judiciales y fiscales relevantes.

Por ejemplo, la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado¹⁶²⁴, al responder el agravio de la parte impugnante en el sentido de la supuesta vulneración de la garantía de imparcialidad en la que habría incurrido el titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Crimen Organizado al concluir que la Fiscalía no estaría obligada a indicar la pertinencia, conducencia y

1623 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, San José: 19 de mayo del 2014, párr. 220; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, San José: 19 de noviembre del 2015, párr. 143; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cantoral Huamantí y García Santa Cruz vs. Perú*, San José: 10 de julio del 2007, párr. 131.

1624 Véase la Resolución N.º 12 de 28 de octubre del 2019 del Expediente N.º 00067-2017-16-5001-JR-PE-01.

utilidad de los actos de investigación que dispone, lo que podría vulnerar el principio de igualdad de armas, ha señalado:

El Tribunal estima infundado este argumento del apelante por cuanto se fundamenta en un concepto errado de igualdad procesal sin considerar que dentro del proceso penal, es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba de la responsabilidad penal y civil (cuando no hay actor civil constituido) del imputado, mientras que la defensa no tiene que probar la inocencia de su patrocinado porque esta se presume por el mandato contenido en el artículo 2.24.e de la Carta Magna. En ese marco constitucional, el artículo 65.4 del Código Procesal Penal establece que es el fiscal quien decide la estrategia de investigación, programando y coordinando con quienes corresponda los diversos actos de investigación sin más exigencia que garantizar el derecho de defensa y demás derechos fundamentales del imputado; es decir, en su calidad de conductor de la investigación, el fiscal actúa con independencia de criterio al momento de practicar u ordenar, mediante providencias, los actos o diligencias de investigación tendientes no solo a comprobar la imputación sino, de ser el caso, a determinar la exención o atenuar la responsabilidad del imputado, sin necesidad de fundamentar o motivar la pertinencia, conducencia y utilidad de los actos de investigación que disponga, pues no hay exigencia legal para ello. En efecto, el inciso primero del artículo 122 del referido ordenamiento adjetivo prevé que el Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta disposiciones y providencias, y formula requerimientos. Los incisos segundo, tercero y cuarto del referido dispositivo legal diferencia en qué consisten las disposiciones, las providencias y los requerimientos, precisando que las providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación. Finalmente, el inciso quinto del mismo artículo 122 establece que solamente las disposiciones y los requerimientos fiscales deben estar motivados, no así las providencias.

Por el contrario, tratándose de actos de investigación o diligencias que el imputado y demás intervinientes pudieran solicitar para el esclarecimiento de los hechos, estos sujetos procesales sí están obligados a sustentar la pertinencia y útiles (sic) puesto que la Fiscalía solo ordenará llevar a cabo las diligencias o actos investigatorios que considere conducentes.

Para esta resolución de la Sala Penal de Apelaciones, el Ministerio Público no está constitucional ni legalmente obligado a señalar la pertinencia, conducencia y utilidad de los actos de investigación.

En dicha línea, la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en corrupción de funcionarios ha señalado que “el Ministerio Público no se encuentra obligado, cada vez que ordena un acto indagatorio en sede penal, a justificar (pormenorizadamente¹⁶²⁵) su pertinencia, utilidad y conducencia, a menos que comporte de manera visible la restricción o limitación del ejercicio de un derecho fundamental”¹⁶²⁶.

La decisión del Ministerio Público de llevar a cabo u ordenar la práctica de un acto de investigación no está librada a la absoluta discrecionalidad del órgano estatal de persecución penal pues, en determinados casos, no solo la ley sino ya la propia Constitución contemplan la posibilidad de que un acto de búsqueda de información en el proceso penal pueda comportar la restricción o limitación de un derecho fundamental y, para esos específicos casos, se reconoce solo a los jueces y tribunales del Poder Judicial la prerrogativa de autorizar, bajo determinados presupuestos, condiciones y límites, la búsqueda y obtención de ciertos datos informativos incluso a despecho del ejercicio de un derecho fundamental¹⁶²⁷.

De igual forma, la Primera Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en Corrupción de Funcionarios sostiene:

[C]onforme el inciso 4 del artículo 65 del Código Procesal Penal, el fiscal —en su calidad de titular de la acción penal— decide la estrategia de investigación, programando y coordinando con quienes corresponda los diversos actos de investigación, únicamente con la exigencia de garantizar el derecho de defensa y los demás derechos fundamentales de los investigados y/o imputados. En ese sentido, el representante del Ministerio Público, en su condición de director de la investigación, actúa con independencia de criterio al practicar u ordenar actos o diligencias de investigación —entre ellas declaraciones testimoniales—, a efectos del esclarecimiento de los hechos

1625 Véase el fundamento n.º 3 de la Disposición N.º 41 del 7 de enero del 2022 de la Carpeta Fiscal N.º 317-2019 (SGF N.º 326-2019 y SGF N.º 02-2020).

1626 Véase el fundamento n.º 9 de la Disposición N.º 22 del 20 de julio del 2021 de la Carpeta Fiscal N.º 317-2019 (SGF N.º 326-2019 y SGF N.º 02-2020), el fundamento N.º 3 de la Disposición N.º 41 del 7 de enero del 2022 de la Carpeta Fiscal N.º 317-2019 (SGF N.º 326-2019 y SGF N.º 02-2020).

1627 Véase el fundamento n.º 11 de la Disposición N.º 22 del 20 de julio del 2021 de la Carpeta Fiscal N.º 317-2019 (SGF N.º 326-2019 y SGF N.º 02-2020).

investigados, lo cual puede recaer en la comprobación de la tesis fiscal o también en la exención o atenuación de la responsabilidad penal de los investigados y/o imputados, no resultando necesario fundamentar o motivar la pertinencia, conducencia o utilidad de los actos de investigación, máxime si ello no se encuentra regulado en la normativa procesal penal¹⁶²⁸.

Sin embargo, a este punto de vista se le puede objetar que no toma en cuenta lo prescrito expresamente por el CPP cuando establece que: “el fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley” (art. 337.1 del CPP). La pertinencia y utilidad no son criterios vagos, gaseosos o indeterminados que pueden quedar librados a la subjetividad y a la mera discrecionalidad del Ministerio Público. Una interpretación semejante no solo es incorrecta, sino que es derogatoria de las reglas probatorias generales (art. 158.2) y específicas en cuanto regulan las funciones de investigación del Ministerio Público en relación con el acopio de evidencia (art. 337.1 del CPP) en la que expresamente se alude a la exigencia legal ineludible de pertinencia y utilidad. La ley procesal penal establece criterios y parámetros objetivos, sujetos a control, que debe cumplir toda decisión fiscal que ordene practicar diligencias o recabar determinados actos de investigación.

El CPP establece que para que la investigación (preliminar o preparatoria) no sea arbitraria y cumpla con los parámetros constitucionales y legales debe respetar los requisitos de pertinencia y utilidad en la incorporación de los actos de investigación y de la evidencia material. La referencia a que a las diligencias de investigación que el fiscal “considere” pertinentes y útiles no debe entenderse como referida a un subjetivismo puro y descontrolado, propio de una decisión guiada por el voluntarismo, el capricho o de un poder absoluto.

Un segundo punto de vista, considera que el Ministerio Público durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria debe justificar de manera obligatoria los actos de investigación que ordena realizar y/o practicar. El fiscal debe cumplir con los criterios vinculantes de pertinencia

367

1628 Véase el fundamento n.º 8 de la Providencia N.º 152 del 12 de mayo del 2021 de la Carpeta Fiscal N.º 305-2019 (08-2020 y 335-2019 acumuladas).

y utilidad, dentro de los límites de la ley, en la realización de las diligencias, situación que tiene base constitucional y legal. La discrecionalidad del Ministerio Público para que no degenera en arbitrariedad debe ser una discrecionalidad guiada, por lo que ha de cumplir con los requisitos materiales de pertinencia y utilidad. Por ello, una investigación puede devenir en arbitraria e inconstitucional si es que no cumple de manera estricta con los filtros legales imperativos para la realización de las diligencias.

El Ministerio Público en las diligencias preliminares y la investigación preparatoria también debe cumplir con los principios y mandatos constitucionales y convencionales, entre los que se cuenta el deber de justificar jurídica y racionalmente su actividad, en especial, el mandato de realizar determinados actos de investigación. No es correcto entender que en sede de la investigación del delito a la Fiscalía se le reconoce la facultad de hacer todo cuanto quiera, de modo autócrata y arbitrario. Un poder semejante en un Estado constitucional es inadmisibles e inaceptable. Los actos de investigación —como toda la actividad probatoria en las distintas etapas del proceso penal— deben cumplir con los principios y reglas constitucionales básicas, entre las que destaca la pertinencia y la utilidad de la actividad probatoria.

El cumplimiento de los criterios materiales de pertinencia y utilidad en los actos de investigación permite controlar que la Fiscalía no incurra en la prohibición de investigaciones generales (*inquisitio generalis*).

Se recuerda que un Estado constitucional repudia y se opone a la *inquisitio generalis* o a la búsqueda a toda costa de algún tipo de responsabilidad de una persona que genera persecuciones vagas e indeterminadas, pesquisas arbitrarias y no sujetas a control jurídico alguno. Existe la proscripción de investigaciones generales como también se proscriben la práctica de hechos ajenos a lo que es materia de investigación. En el marco de una investigación fiscal, propia de un Estado de derecho, el Ministerio Público no debe salir a pescar, no debe ir de cacería para ver qué encuentra. Tampoco está permitido iniciar investigaciones bajo la esperanza de lograr pescas milagrosas¹⁶²⁹ o de buscar algo que no se sabe, en realidad, qué es. El criterio de racionalidad y legalidad de las investigaciones fiscales, como único modelo legítimo de un

1629 Por todos, BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, 6.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 248.

Estado de derecho, que debe inspirar y conducir el trabajo de los miembros del Ministerio Público, debe basarse en hipótesis de supuestos de hechos específicos. Como bien apunta el TC peruano, “el fiscal no debe investigar al azar, para ver que se encuentra, sino se debe partir de una hipótesis basada en hechos específicos para determinar su verosimilitud”¹⁶³⁰.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

[E]l contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) que exista una causa probable y 2) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal¹⁶³¹.

La investigación preliminar y el proceso penal se deben iniciar a raíz de la posible comisión de un hecho punible y no por otros factores v. gr. demandas sociales, presión de los medios de comunicación, exigencias políticas, etc. Todo proceso o actividad estatal de orden penal debe tener como referencia un objeto preciso y delimitado que es la comisión de un delito o falta. La *inquisitio generalis*, también llamada investigación general, no cuenta con legitimidad constitucional¹⁶³² aun cuando se realice con metas de prevención delictiva¹⁶³³.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido la exigencia de que los actos de investigación ordenados por el Ministerio Público deben cumplir con los requisitos de pertinencia y utilidad, pero ha postulado una flexibilización de los criterios de pertinencia y utilidad en las diligencias preliminares

1630 Exp. N.º 3987-2010, caso *Alfredo Sánchez Miranda y otros* (voto en minoría de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda).

1631 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC*, caso *Samuel Gleiser*, Lima: 15 de febrero del 2007.

1632 Vid. ÁNGULO ARANA, *La función fiscal*, ob. cit., p. 347.

1633 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid, 2003, p. 195; y BANACLOCHE PALAO, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, art. cit., p. 184.

y la investigación preparatoria en relación con la etapa intermedia, luego de la presentación de la acusación; así, se sostiene que “el nivel de exigencia o rigurosidad de los juicios de pertinencia y utilidad no es el mismo —o de igual intensidad— luego de la interposición de la pretensión (formulación de la acusación: procedimiento intermedio) o ya en el plenario (procedimiento principal o de enjuiciamiento)”¹⁶³⁴.

A ello añade:

[C]orresponde al juez de la investigación preparatoria en el procedimiento intermedio, con mayor rigor, controlar el ofrecimiento de medios de prueba (ex arts. 350, numeral 1, literal ‘f’, y 352, numeral 5, del Código Procesal Penal, concordante con los arts. 155, numeral 2, 156, numerales 1 y 2, del mismo Código) —el rol del fiscal es diferente en sede de investigación preparatoria y en sede intermedia y plenarial—. Distinto es, por cierto, el caso de la determinación y actuación de los medios de investigación, pues su procedencia tiene menores rigores formales y sustanciales —los preceptos citados inicialmente no son tan estrictos como los posteriores—. La razonabilidad de la actuación de un medio de investigación está en función, obviamente, a que de uno u otro modo esté referido a los hechos indagados o materia de averiguación, y a que, desde una perspectiva amplia o más flexible, sirva para el fin de esclarecimiento buscado¹⁶³⁵.

De igual manera, la máxima instancia de la justicia ordinaria sostiene que:

[L]a propia lógica desformalizada del procedimiento de investigación preparatoria en manos de la Fiscalía, ni siquiera impone que la lista de diligencias se consigne necesariamente en una disposición motivada especialmente —en el caso del juez, superada la investigación preparatoria, sí se exige un auto motivado y una postulación fundamentada—, sino que pueden realizarse a través de un providencia, siempre y cuando, desde luego, pueda advertirse, si se trata de la convocatoria inicial, que el medio de investigación emplazado está vinculado a los hechos del proceso en función de alguna cita en el

1634 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

1635 *Loc. cit.*

relato de la imputación que se les mencione, lo que permitirá tener presente su pertinencia y, de un modo más difuso, su utilidad¹⁶³⁶.

Por su parte, en la línea de exigir la justificación de los requisitos de pertinencia y utilidad de los actos de investigación ordenados por el Ministerio Público la Primera Sala de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios ha señalado¹⁶³⁷:

Quinto: Conforme al artículo 321.1 del CPP, se puede apreciar que la finalidad de la investigación preparatoria es reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa; así como determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, y la existencia del daño causado.

Sexto: El artículo 337.1 del CPP establece que el fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley. A su vez, el artículo 337.4 del mismo cuerpo normativo señala que durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos y que el fiscal será quien ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. En vista de ello, será el fiscal el encargado de dirigir la investigación a través de la actuación de aquellas diligencias de investigación que considere pertinentes, útiles y conducentes; sin embargo, cabe precisar que sus facultades no tienen carácter absoluto, pues el fiscal debe actuar y dirigir la investigación respetando derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales para evitar que se cuestione la investigación por indebida, abusiva o arbitraria.

En cuanto a la pertinencia de las diligencias, se exige la existencia de una relación lógica entre el medio de investigación elegido y el hecho por esclarecer; respecto a la utilidad, que el medio de investigación tenga aptitud

1636 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

1637 Véase la Resolución N.º 3 del 15 de enero del 2020 del Expediente N.º 00019-2018-26-5002-JR-PE-03 de la PRIMERA SALA DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Sr. juez Juan GUILLERMO PISCOYA).

para alcanzar el fin de esclarecimiento que con él se persigue; y por último, respecto a la conducencia o *idoneidad*, que el medio de investigación respectivo debe estar permitido legalmente, que con él sea factible jurídicamente acreditar el hecho investigado¹⁶³⁸.

Asimismo, en la mencionada resolución judicial se destaca¹⁶³⁹:

Noveno: Sobre el particular, este Colegiado considera que el Ministerio Público, a través de la Disposición N.º 49, de fecha diez de setiembre de dos mil diecinueve, al disponer que se recaben las declaraciones de los citados testigos, ha incurrido en motivación genérica, ya que respecto de su objeto no hace referencia alguna, lo cual, en efecto, no permite a la defensa realizar un adecuado ejercicio de sus derechos. Esto contraviene lo establecido en el artículo 64.1 del CPP que prescribe que el Ministerio Público formulará sus disposiciones, requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismas, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a disposiciones o requerimientos anteriores; es decir, el Ministerio Público no solo debe alegar que actúa con objetividad cuando realiza alguna diligencia, sino que ello merece ser motivado para evitar la vulneración de otros derechos fundamentales (procesales o sustanciales) que le asisten a las partes.

Décimo: Asimismo, el Ministerio Público señala que no tiene la obligación de precisar la pertinencia, utilidad y necesidad de cada acto de investigación que realiza, dado que actúa con objetividad y que se debe esperar a la etapa intermedia para precisar esto. Al respecto, de inicio debemos precisar que, lo que exige la defensa es que la Fiscalía fije con la debida anticipación el objeto de las declaraciones testimoniales, en tanto que su falta de precisión, afectaría el derecho de defensa, pues no estaría en condiciones de realizar sobre ellas un debido control de pertinencia, conducencia y utilidad. En ese sentido, esta Sala considera que no es de recibo que el Ministerio Público pretenda eximirse de dicha obligación, pues el artículo 337 del CPP prescribe que el fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley. Esto significa que, al igual que en la práctica de actos de prueba, la

1638 SAN MARTÍN CASTRO, Derecho procesal penal. Lecciones, ob. cit., p. 319.

1639 Véase la Resolución N.º 3 del 15 de enero del 2020 del *Expediente N.º 00019-2018-26-5002-JR-PR-03*, de la PRIMERA SALA DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Sr. juez Juan GUILLERMO).

realización de actos de investigación —tanto en las diligencias preliminares como en la investigación preparatoria— tiene sus límites que garantizan el adecuado desarrollo del objeto del proceso penal y el ejercicio de los derechos que le asisten a las partes. Ello es así, si se tiene en cuenta que el citado artículo se encuentra ubicado dentro del título correspondiente a la etapa de investigación preparatoria, por lo que sería erróneo señalar que las exigencias que reclama la defensa solo corresponden a la etapa intermedia, pues si bien el Ministerio Público tiene el señorío de la acción penal, no significa que puede ejercer sus facultades y atribuciones de manera absoluta o ilimitada, sino dentro de los límites de ley y con estricto respeto de los derechos, garantías y principios constitucionales.

Además, en dicha resolución también se señala:

[E]n audiencia la defensa técnica del investigado Kuczynski Godard indicó que con fecha veinte de setiembre de dos mil diecinueve, realizó un similar pedido ante la Fiscalía de la Nación respecto a la Carpeta Fiscal N.º 70-2018, solicitud que fue declarada procedente a través de la providencia fiscal N.º 47, de fecha veinticuatro de setiembre de dos mil diecinueve, mediante la cual se dispuso que se precise el objeto de las diligencias programadas (declaraciones testimoniales), con el fin de que no se le recorte el derecho de defensa al referido investigado. Al respecto, como ya se ha señalado anteriormente, es obligación del fiscal fijar el objeto de las declaraciones testimoniales, en consecuencia, la disposición exhibida por la defensa no hace más que confirmar que este criterio es el que está siendo asumido por otras instancias del propio Ministerio Público a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa (f. j. n.º 11).

15. ¿LA ORDEN O ADMISIÓN DE UN ACTO DE INVESTIGACIÓN DEBE LLEVARSE A TRAVÉS DE PROVIDENCIAS FISCALES O DE DISPOSICIONES FISCALES?

Otro de los temas polémicos que debe abordarse es si la ordenación **368** o la admisión de los actos de investigación que se realizan en las diligencias preliminares (o en la investigación preparatoria) debe efectuarse a través de una providencia o una disposición fiscal y si la misma debe justificarse de alguna forma (el *quantum* de la motivación).

Un criterio absolutamente mayoritario, tanto en la práctica fiscal como en la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, considera que la ordenación o admisión de los actos de investigación en la primera etapa del proceso penal debe llevarse a cabo a través de las providencias fiscales. El art. 122.3 del CPP prescribe que “las providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación”, lo que supone que cumple una función de ordenación o de impulso material de la investigación preparatoria¹⁶⁴⁰. El CPP no establece ni prescribe que las providencias fiscales deben ser motivadas de manera expresa. Al respecto, se recuerda que el art. 122.5 del CPP prescribe que “las disposiciones y los requerimientos deben estar motivados”, obligación que no comprende a las providencias.

En la doctrina nacional se considera que las providencias fiscales se centran en aquellos ámbitos de exclusivo dominio fiscal y que, al igual que los decretos judiciales, ordenan formal y materialmente el avance y desarrollo de la causa¹⁶⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia permite que la lista de diligencias se consigne a través de una providencia y no en virtud de una disposición motivada. La exigencia de providencia puede advertir, si se trata de la convocatoria inicial (de testigos), que “el medio de investigación emplazado está vinculado a los hechos del proceso en función de alguna cita en el relato de la imputación que se les mencione”, situación que permitirá tener presente su pertinencia y, de un modo más difuso, su utilidad¹⁶⁴².

La Corte Suprema de Justicia ha sentado la posición de que solo se puede cometer el delito de prevaricato por los jueces en el caso de expedición de sentencias y resoluciones judiciales, descartándose su comisión en caso de los decretos judiciales; de igual manera solo puede cometerse el delito de prevaricato por los miembros del Ministerio Público en el caso de que se expidan disposiciones y requerimientos fiscales, excluyéndose de dicha posibilidad a las providencias fiscales. La máxima instancia de la justicia ordinaria ha señalado:

1640 CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR, *El nuevo proceso penal peruano*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2015, p. 211.

1641 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 255.

1642 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

[E]l delito de prevaricato no puede recaer en cualquier resolución (simples decretos o providencias que provean las peticiones de las partes o importen órdenes sobre actividades jurisdiccionales), sino en decisiones judiciales que, además de violar la normatividad, constituyan un menoscabo grave a la imparcialidad y eficacia de la administración pública. Se trata, pues, de resoluciones de alcance e interés jurídico importante en los derechos subjetivos de los justiciables¹⁶⁴³.

Un segundo punto de vista, abiertamente minoritario, considera que la ordenación, práctica o admisión de actos de investigación propuesta por las partes debe llevarse a cabo única y exclusivamente a través de las disposiciones debidamente fundamentadas. Los actos de investigación dada su importancia y trascendencia en la investigación —en la medida que representan su razón de ser— debe ordenarse su admisión a través de una disposición fiscal que cumpla con el deber constitucional de motivar (art. 139.5 de la Const. Pol.). 369

Según el mandato contenido en el art. 122.2 del CPP, las disposiciones fiscales se dictan para decidir:

- (i) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones.
- (ii) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación.
- (iii) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación;
- (iv) la aplicación del principio de oportunidad; y
- (v) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.

1643 Véase la *Apelación N.º 8-2020*, del 5 de mayo del 2021 de la SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sra. jueza Norma CARBAJAL); la *Apelación N.º 8-2017*, del 12 de julio del 2017 de la SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Iván SEQUEIROS); la *Apelación N.º 07-2019*, del 20 de diciembre del 2021 de la SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez Pacheco); la *Apelación N.º 20-2015*, del 7 de febrero del 2017 de la PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez Hugo PRÍNCIPE); la *Apelación N.º 21-2015*, del 17 de mayo del 2017 de la PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez Hugo PRÍNCIPE).

A nuestro criterio el fiscal debe realizar las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley (art. 337.4 del CPP), decisión que deberá ser justificada y motivada de manera adecuada y debida, tal como lo prescriben los arts. 64.1¹⁶⁴⁴ y 122.5¹⁶⁴⁵ del CPP.

Las razones que sustentan la necesidad de que los actos de investigación que se ordenan realizar (o se admiten) deben constar en disposiciones fiscales son las siguientes:

En primer lugar, dicha obligación guarda armonía con la misión constitucional del Ministerio Público que reside en “conducir desde su inicio la investigación del delito”, lo que supone practicar actos materiales tendientes al esclarecimiento de los hechos y recoger evidencia, tanto de cargo como de descargo. El núcleo de la tarea constitucional del Ministerio Público como es el buscar, acopiar y seleccionar la evidencia o la prueba —en sentido amplio— no puede realizarse a través de providencias fiscales que por mandato legal solo “se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación”.

En segundo lugar, el Ministerio Público como titular de la obligación constitucional de la carga de la prueba (art. 14 de la LOMP¹⁶⁴⁶) debe ordenar recoger la prueba de cargo —que puede luego ser utilizada en la afectación de derechos fundamentales de la persona a través del requerimiento de cualquier medida cautelar real, personal o una medida limitativa— solo a través de disposiciones fiscales debidamente fundamentadas. La prueba de cargo no puede ser recogida por intermedio de simples providencias que sirven “para ordenar materialmente la etapa de investigación”. Los actos de investigación que se convierten luego en prueba de cargo, que se utiliza en

1644 “El Ministerio Público formulará sus disposiciones, requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a disposiciones o requerimientos anteriores”.

1645 “Las disposiciones y los requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen”.

1646 “Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho fiscal con las resoluciones que se expedan en el proceso, bajo pena de nulidad”.

el juicio y pueden sustentar una sentencia condenatoria, deben controlarse desde el primer momento que se incorporan al proceso.

En tercer lugar, el principio de legalidad procesal en materia probatoria exige que los actos de investigación que realiza y promueve el Ministerio Público en el curso de la investigación debe cumplir con la exigencia legal de que las diligencias que se ordenan deben ser pertinentes y útiles. No se trata de un mero requisito lógico, de conveniencia, de ordenación de la investigación o que busca “maximizar” la actividad de la fiscalía, sino de un imperativo legal ineludible que ha de cumplirse en cualquier investigación al margen de la clase de delito o el tipo de procedimiento que se realiza. Asimismo, el imputado y los demás intervinientes en el proceso pueden “solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos”. Con ello, queda claro que la exigencia para ordenar y/o solicitar actos de investigación es una competencia exclusiva tanto de las partes como un deber inexcusable del Ministerio Público, en todos los niveles. Es la ley procesal penal quien exige a la Fiscalía establecer y fijar la pertinencia y la utilidad de la información probatoria que ingresa (o que puede ingresar) a la investigación preliminar o a la investigación preparatoria.

La vigencia del principio de legalidad procesal conduce a sostener que mientras en la admisión de los medios de prueba la ley solo exige que se trata de actos pertinentes; de tal manera que solo se podrá excluir los que no sean pertinentes y prohibidos por la Ley (art. 155.2 del CPP); en el caso de la investigación preparatoria que comprende las diligencias preliminares (art. 337.2 del CPP) se establecen dos filtros de admisibilidad obligatorios como son que las diligencias sean pertinentes y útiles (art. 337, inc. 1, y 4 del CPP). En efecto, mientras en la actividad probatoria se exige que los medios de prueba sean pertinentes y que no se encuentren prohibidos por la ley; en la ordenación e incorporación de los medios de investigación se requiere junto al requisito de la pertinencia que se cumpla con el criterio material de utilidad.

En cuarto lugar, la motivación del juicio de pertinencia y utilidad de los actos de investigación que el Ministerio Público ordena o admite, posibilita, el ejercicio del derecho de defensa, en especial, el derecho a preparar y a organizar la defensa de manera adecuada y eficaz. Al fijarse la pertinencia y utilidad del acto de investigación la persona podrá preparar de manera

oportuna y adecuada la defensa de su posición, conociendo de antemano el sentido y el límite de la declaración que puede prestar un testigo, el aporte que se puede obtener de la incorporación de un documento o de un informe pericial. Por ejemplo, se puede preparar el interrogatorio de manera efectiva y organizar las posibles objeciones. De igual manera, la determinación de la pertinencia y utilidad en una decisión fiscal motivada sirve para que las partes puedan preparar el objetar y el controvertir la prueba, formular observaciones, el presentar tachas o el cuestionar la credibilidad de la fuente o del órgano de prueba.

El respeto del juicio de pertinencia y utilidad de los actos de investigación admitidos u ordenados por el Ministerio Público afianza el derecho de defensa razonable¹⁶⁴⁷.

El derecho de un imputado a disponer del tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa es un elemento importante de la garantía de un proceso justo y un aspecto importante del principio de la igualdad de armas de la defensa respecto a la fiscalía¹⁶⁴⁸; de tal manera que implica la facultad de disponer de todo lo que es necesario para preparar el proceso o el juicio¹⁶⁴⁹.

El titular de este derecho es el imputado, o la persona sujeta a un determinado procedimiento, y se aplica aun en los casos en que la persona carece de abogado defensor. Incluso, si la persona renuncia a contar con una asistencia letrada, no pierde por ello el derecho a contar con los medios necesarios y el tiempo suficiente para preparar la defensa. El TEDH ha señalado que el mero hecho de que la demandante haya suscrito un documento en el que afirmó que no desea tener un abogado y optó por defenderse personalmente

1647 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

1648 Véase la decisión del COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comunicación N.º 253/1987*, caso *Paul Kelly vs. Jamaica*, 8 de abril de 1991.

1649 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Moiseyev vs. Russia*, Estrasburgo: 9 de octubre del 2008, párr. 220; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galstyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 15 de noviembre del 2007, párr. 84; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, del 6 de marzo del 2012, párr. 80; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 42; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 18 de diciembre del 2009, párr. 44.

no significa que no necesitara que se le proporcione un tiempo adecuado y los medios necesarios para prepararse eficazmente para el juicio¹⁶⁵⁰. El derecho a preparar y organizar la defensa es un derecho cuyo titular primigenio es el imputado; de tal manera que le corresponde a él exigir su cumplimiento y pedir que se brinde las facilidades pertinentes y necesarias para alcanzar tal fin. Pese a que la defensa técnica también tiene derecho a que se le facilite la oportunidad para preparar y organizar la defensa, dicho derecho no le es originario, sino que le es delegado por el imputado.

El imputado debe contar con la oportunidad de organizar su defensa de manera adecuada y sin restricciones en cuanto a la posibilidad de poder exponer y presentar todos los argumentos de la defensa que sean pertinentes ante el tribunal de primera instancia y, por lo tanto, influir en el resultado de las actuaciones¹⁶⁵¹. Este derecho no tiene que ver con la calidad de la defensa, sino con los medios y el tiempo que dispone la defensa, pues si una persona no cuenta con el tiempo necesario ni los medios adecuados para prepararla, no podrá estar en condiciones y en capacidad de defenderse de manera adecuada.

1650 “Tampoco el hecho de que el solicitante no presentó ninguna moción específica durante el corto período en el que estuvo retenido implica necesariamente que no se necesitaba más tiempo para que él sea capaz —en condiciones adecuadas— para evaluar adecuadamente los cargos contra él y considerar diversas vías para defenderse eficazmente”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galstyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 15 de noviembre del 2007, párr. 86.

1651 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Leas vs. Estonia*, del 6 de marzo del 2012, párr. 80; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vyerentsov vs. Ucrania*, Estrasburgo: 4 de noviembre del 2011, párr. 75; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kornev y Karpenko vs. Ucrania*, Estrasburgo: 21 de octubre del 2010, párr. 66; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, Estrasburgo: 25 de julio del 2013, párr. 574; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Moiseyev vs. Rusia*, Estrasburgo: 9 de octubre del 2008, párr. 220; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Galstyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 15 de noviembre del 2007, párr. 84; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Dolenec vs. Croacia*, Estrasburgo: 26 de noviembre del 2009, párr. 208; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Natunen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 31 de marzo del 2009, párr. 42; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Janatuinen vs. Finlandia*, Estrasburgo: 18 de diciembre del 2009, párr. 44; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Huseyn y otros vs. Azerbaiyán*, Estrasburgo: 26 de julio del 2001, párr. 175; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Mayzit vs. Rusia*, Estrasburgo: 20 de enero del 2005, párr. 78; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Connolly vs. Reino Unido*, Estrasburgo: 26 de junio de 1996.

En quinto lugar, el respeto a la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, en especial, el derecho a la prueba obliga a que la incorporación de los actos de investigación al proceso se realice mediante una decisión debidamente fundamentada en cuanto a los criterios de pertinencia y utilidad. El Ministerio Público como garante de los derechos fundamentales (art. 1 de la LOMP) debe justificar la ordenación y/o admisión de cualquier acto de investigación que puede luego sustentar un requerimiento que afecta derechos fundamentales dirigido en contra de una persona. La Fiscalía en el acopio del material probatorio no puede realizar dicha actividad de manera irracional, arbitraria o sin la expresión de un razonamiento adecuado.

El TC peruano sostiene que el derecho a la prueba aparea la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor¹⁶⁵². Constituye un derecho básico de los

1652 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04717-2018-PHC/TC*, caso *Daniel Maximilian Da Costa*, representado por *Howard Ántero Zacarías Torrealva*, Lima: 27 de agosto del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03119-2018-PHC/TC Ventanilla*, caso *Milagros Giuliana Roque Nole*, Lima: 5 de marzo del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1152-2018-PHC/TC Lima Norte*, caso *Nelva Soledad Rubín Alejandro*, Lima: 9 de septiembre del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00778-2018-PHC/TC Lima Sur*, caso *Sur Jhon Paul Torres Castillo*, representado por *Betsabe Rosa Castillo Rodríguez*, Lima: 11 de julio del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04588-2017-PH/TC*, caso *Julio Hernán Medrano Chaparro*, representado por *Luis Alberto Mena Núñez (abogado)*, Lima: 20 de agosto del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04208-2017-PHC/TC Piura*, caso *César Augusto Monasterio More*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02550-2017-PHC/TC*, caso *José Antonio Villegas Melgarejo*, Lima: 19 de junio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05195-2016-PHC/TC*, caso *Moisés Ernesto Astorga Ramos*, representado por *Leonardo Dalí Zumaeta Huasasquiche*, Lima: 5 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01361-2016-PHC/TC Ayacucho*, caso *Percy Quispe Misaico*, Lima: 12 de diciembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01773-2016-PHC/TC*, caso *Emilio David Vidal Domínguez*, Lima: 5 de julio del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00498-2016-PHC/TC Callao*, caso *Edwin Humberto Zárate Martínez*, representado por *Luis Humberto Zárate Martínez (abogado)*, Lima: 24 de enero del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06254-2013-PHC/TC Cusco*, caso *Leonidas Arcaya Aquino*, Lima: 21 de noviembre del 2017, *Expediente N.º 01735-2016-PHC/TC Ancash*, caso *Julio Alberto Piscante Ramos*, Lima: 21 de noviembre del 2017; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01032-2013-PHC/TC Huaura*, caso *Francisco Medina Becerra*, Lima: 31 de octubre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC*, caso *Giuseppe Ballea Bustamante*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,

justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa¹⁶⁵³.

Según el TC el juicio de pertinencia exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso. Por su parte, el juicio de utilidad se presenta cuando contribuye a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador¹⁶⁵⁴. Las reglas constitucionales de la pertinencia y la utilidad rigen la actividad probatoria de cualquier clase de proceso, procedimiento o cualquier investigación sea penal, disciplinaria, laboral, tributaria o de cualquier otra índole.

Expediente N.º 02914-2012-HC/TC Loreto, caso Percy Fertoni Icurima Díaz; Lima: 4 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00624-2013-PHC/TC Puno, caso Francisco Gomez Quenta*, Lima: 8 de julio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04284-2012-PHC/TC Junín, caso Hugo Vicente Suazo Campos*, Lima: 8 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03271-2012-PA/TC, caso Gobierno Regional de Tacna*, Lima: 13 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01412-2012-PHC/TC, caso Yue Song Zhu*, Lima: 5 de julio del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03500-2008-PHC/TC, caso D.D.S.T.*, Lima: de febrero del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01536-2008-PA/TC, caso Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezo*, Lima: 13 de mayo del 2019; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01634-2009-PHC/TC Cusco, caso Magno Nicanor Laura Delgado*, Lima: 7 de agosto del 2009.

1653 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02684-2011-PA/TC, caso Pershing Julio del Carpio Castañeda*, Lima: 19 de octubre del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05291-2009-PA/TC, caso Luijomar S.A.*, Lima: 3 de marzo del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 9598-2005-PHC/TC Lambayeque, caso Jaime Mur Campoverde*, Lima: 12 de enero del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01601-2013-PHC/TC, caso Giuseppe Balletta Bustamante*, Lima: 15 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC, caso Magaly Jesús Medina Vela Y Ney Guerrero Orellana*, Lima: 17 de octubre del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC Arequipa, caso Rubén Silvio Curse Castro*, Lima: 8 de agosto del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC, caso Luis Federico Salas Guevara Schultz*, Lima: 5 de abril del 2007; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02684-2011-PA/TC, caso Pershing Julio del Carpio Castañeda*, Lima: 19 de octubre del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01536-2008-PA/TC, caso Waldimir Leder Ibazeta Valdiviezo*, Lima: 13 de mayo del 2019.

1654 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC, caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana*, Lima: 17 de octubre del 2005.

En sexto lugar, la motivación del juicio de pertinencia y utilidad en la ordenación y admisión de los actos de investigación permite a las partes el control de legalidad y la posibilidad de conocer acerca de por qué se admite o deniega un medio de investigación aplicando los criterios materiales aludidos. En dicha línea, en caso de denegatoria de un acto de investigación solicitado por una de las partes (imputado, parte civil, tercero civilmente responsable) se posibilita el ejercicio del planteamiento de un control jurisdiccional por el rechazo de la procedencia de la diligencia solicitada (art. 337.5 del CPP). Asimismo, en caso de absoluta falta de motivación o insuficiencia de motivación en la ordenación de un acto de investigación en cuanto a su pertinencia y utilidad es posible instar una acción de nulidad por la violación del contenido esencial de una garantía constitucional: la justificación de las decisiones fiscales (art. 150.d del CPP¹⁶⁵⁵) que puede determinar la presentación de una tutela de derechos por violación de una garantía mínima del debido proceso en sede fiscal (art. 71.4 del CPP¹⁶⁵⁶) como es la motivación de las disposiciones fiscales (art. 139.5 de la Const. Pol.; arts. 64.1 y 122.5 del CPP). Se destaca que el control judicial de la decisión judicial sobre el rechazo de un acto de investigación propuesta por las partes tiene un sentido y un alcance distinto a la tutela de derechos¹⁶⁵⁷.

1655 “A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”.

1656 “Cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”.

1657 Véase el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria en la Resolución N.º 11 del 15 de marzo del 2019 en el Expediente N.º 00202-2018-1-5001-JS-PE-01 en relación con el distinto alcance del control judicial por rechazo de acto de investigación y la tutela de derechos ha señalado: “Es pertinente dejar en claro que, el pronunciamiento solicitado y regulado por el artículo 337.5 del Código Procesal Penal, es distinto a la tutela de derechos regulada por el art. 71.4 del citado Código. Si bien, en la tutela de derechos se puede solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente —según los lineamientos del Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116—, o lo que es lo mismo, la afectación de derechos fundamentales del imputado; mas no es posible requerir la recalificación de la actuación de medios de prueba denegados por disposición fiscal en vía de tutela de derechos; puesto que existe un procedimiento específico para optimizar el derecho a probar respecto de todos los intervinientes en el proceso, que normalmente incluye a los actores civiles, terceros civilmente responsables e imputados. Aunque ambos se ejercen durante la investigación preparatoria, su propósito en vincula-

Justamente, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que cuando el Ministerio Público ordena actos de investigación sin la motivación debida de la pertinencia y utilidad (art. 337.1 del CPP) la vía específica para discutir dicho extremo es la presentación de una tutela de derechos¹⁶⁵⁸. Por ejemplo, la Corte Suprema en el análisis de un caso pudo constatar en relación con la Fiscalía Provincial de Lavado de Activos que no existe mención o cita alguna “en el cuerpo de las dos disposiciones fiscales mencionadas en la providencia fiscal de fojas ciento cincuenta y siete, de diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve, de las otras seis personas convocadas para prestar testimonial en sede de investigación preparatoria”¹⁶⁵⁹; de tal manera que se concluye con toda certeza que tal omisión “incumple con el juicio mínimo de pertinencia y utilidad que debe esbozarse en sede de investigación preparatoria, pues a partir de la falta de datos expresos sobre el particular no es posible, desde los derechos del imputado, articular una defensa razonable”¹⁶⁶⁰.

Por su parte, el control judicial de la decisión fiscal de rechazar un acto de investigación debe verificar el cumplimiento o no del juicio de pertinencia y utilidad del acto propuesto. Al respecto, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria ha señalado:

[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

ción a la consideración de la prueba es sustancialmente distinto, así en la tutela de derechos se garantiza que las pruebas sean legales y legítimas, y en la recalificación de medios de prueba se busca asegurar una revisión y control —de las decisiones fiscales que rechazan diligencias solicitadas por las partes— por parte del juez de investigación preparatoria”.

1658 Vid. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

1659 *Loc. cit.*

1660 *Loc. cit.*

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 sobre la acusación. Ha de permitir averiguar la realidad de lo sucedido¹⁶⁶¹.

De igual manera, la Sala Penal de Apelaciones de la Sala Penal Nacional ha señalado lo siguiente:

[L]a prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso; y prueba impertinente será, en consecuencia, aquella que evidentemente no tenga vinculación alguna con el objeto del proceso en razón de no poder inferirse de ella ninguna referencia directa ni indirecta con aquel o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal. Respecto a la utilidad de la prueba, se debe indicar que esta se halla directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que debe probarse, esto es, su importancia, idoneidad y eficacia para verificarlo; pues, además de ser pertinente, la prueba debe ser útil; será inútil aquel elemento que carezca de toda importancia en tanto relevancia para verificar el hecho investigado¹⁶⁶².

El cumplimiento del deber de motivar las decisiones fiscales en cuanto a los requisitos de pertinencia y utilidad de los actos de investigación ordenados permite el ejercicio del derecho de defensa de las partes, a fin de poder conocer el sentido de los actos del Ministerio Público y realizar los actos de control que estime pertinentes. La Corte IDH ha señalado que el deber de motivación a que están sujetas las autoridades de los Estados representa un derecho instrumental de las personas para contar con las debidas garantías judiciales y ejercer plenamente su derecho de defensa, al imponerles la obligación de exteriorizar las razones que justifiquen sus decisiones. De esta forma, la administración de justicia permite a las personas que resientan una afectación a sus derechos humanos, conocer los motivos que llevaron a los juzgadores a resolver de una determinada forma, para que así puedan

1661 Véase la Resolución N.º 11 del 15 de marzo del 2019 en el Expediente N.º 00202-2018-1-5001-JS-PE-01.

1662 Véase la Resolución N.º 3 del 27 de marzo del 2019 en el Expediente N.º 14-2017-0.

contar con la oportunidad de rebatir las consideraciones que sustentan la resolución por considerarlas injustas¹⁶⁶³.

La falta de motivación impide un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una sanción, ya sea principal o accesoria. De igual forma, la Corte IDH destaca la relevancia de la motivación con la posibilidad de recurrir el fallo al señalar que “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa”¹⁶⁶⁴.

La motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores¹⁶⁶⁵. Ella se encuentra vinculada también con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores en aquellos casos en que las decisiones son recurribles¹⁶⁶⁶. La Corte estima pertinente precisar que la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia

1663 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala*, San José: 14 de octubre del 2019, párr. 118.

1664 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rico vs. Argentina*, San José: 2 de septiembre del 2019, párr. 75; caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, San José: 25 de abril del 2018, párr. 269; caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, San José: 8 de marzo del 2018, párr. 255; caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre del 2007, párr. 118; caso *Zegarra Marín vs. Perú*, San José: 15 de febrero del 2017, párr. 155.

1665 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, San José: 9 de marzo del 2018, párr. 187; *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, San José: 8 de marzo del 2018, párr. 255; caso *Zegarra Marín vs. Perú*, San José: 15 de febrero del 2017, párr. 147; caso *J. vs. Perú*, 27 de noviembre del 2013, párr. 224; caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, San José: 27 de enero del 2009; párr. 153; caso *Apitz Barbera vs. Venezuela* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”), San José: 5 de agosto del 2008, párr. 78; caso *Chocrón vs. Venezuela*, San José: 1 de julio del 2011, párr. 118; caso *López Mendoza vs. Venezuela*, San José: 1 de septiembre del 2011, párr. 148; caso *Flor Freire vs. Ecuador*, San José: 31 de agosto del 2016, párr. 182; caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, San José: 3 de mayo del 2016, párr. 87.

1666 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rico vs. Argentina*, San José: 2 de septiembre del 2019, párr. 75; caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, San José: 25 de abril del 2018, párr. 269.

no es solo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía¹⁶⁶⁷.

En séptimo lugar, los alcances del art. 337 incs. 1 y 4, del CPP que ordenan el razonamiento sobre el juicio de pertinencia y utilidad de los actos de investigación del Ministerio Público debe interpretarse sistemáticamente con la regulación del art. 158.2 del CPP, que establece en relación con los medios de prueba que “el juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado”. Se entiende que la actividad probatoria en la fase de la incorporación de los medios de investigación y de los medios de prueba al proceso debe contar con una decisión (judicial o fiscal) debidamente motivada, dado que la justificación de la admisibilidad de ambas clases de actos debe seguir un tratamiento semejante. No es correcto que se exija un “auto especialmente motivado” en la admisión de los medios de prueba y en la admisión de los actos de investigación en las diligencias preliminares, o que en la etapa de la investigación preparatoria reine la arbitrariedad, el caos y la discrecionalidad absoluta. Por una coherencia sistemática y una regulación homogénea de la actividad probatoria a lo largo del proceso penal se exige que en cualquiera de sus etapas debe haber una justificación adecuada a la hora de admitir, ya sea los medios de prueba o los actos de investigación cumpliendo con las reglas de pertinencia y de utilidad.

En octavo lugar, el art. 122.2.e del CPP establece que la disposición se podrá dictar para decidir “toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la ley”, lo que debe ser concordado con el art. 337, inciso 1 y 4 del CPP que establece la necesidad de que los actos de investigación que ordena realizar el Ministerio Público deben cumplir con los requisitos de pertinencia y utilidad. En efecto, la exigencia material de respetar los requisitos de pertinencia y utilidad constituye un mandato expreso de justificación por parte de la Fiscalía para sustentar jurídica y racionalmente que los actos de investigación y diligencias que ordene practicar *ex officio* o a solicitud de las partes no deben ser arbitrarios y, por el contrario, deben guardar relación

1667 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, San José: 8 de marzo del 2018, párr. 257.

con el objeto de la investigación, la hipótesis fiscal y que deben contar con un rendimiento objetivo o se debe obtener algún provecho (utilidad).

16. EL QUANTUM DE LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LAS DISPOSICIONES FISCALES QUE ADMITEN, ORDENAN O RECHAZAN LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN SOLICITADOS

Una vez planteada la necesidad de justificar en la decisión fiscal el **370** juicio de pertinencia y utilidad de los actos de investigación y/o diligencias es necesario responder el *quantum* de la motivación que se requiere para entender cumplido el mandato constitucional (art. 139.5) y legal (arts. 158.2 y 337.1 del CPP).

Un primer punto de vista considera que la justificación del juicio de pertinencia y utilidad de un acto de investigación debe cumplir con una motivación mínima o elemental que permita conocer de manera concreta el porqué se ordena practicar o admite un concreto acto de investigación dentro del proceso o el procedimiento investigativo. No se requiere de una motivación suficiente ni de una motivación cualificada. La Corte Suprema de Justicia parece asumir este criterio al considerar en el análisis de un caso que al faltar en una providencia fiscal alguna cita o mención a las disposiciones fiscales que fijan el *factum probandum* del proceso penal en relación (otras) seis personas convocadas para prestar testimonial en sede de la investigación preparatorio “tal omisión obviamente incumple con el juicio mínimo de pertinencia y utilidad que debe esbozarse en sede de investigación preparatoria, pues a partir de la falta de datos expresos sobre el particular no es posible, desde los derechos del imputado, articular una defensa razonable”¹⁶⁶⁸.

La posición glosada es compatible con la jurisprudencia del TC peruano que precisa:

[L]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de

1668 Vid. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez César SAN MARTÍN), *Casación N.º 382-2020 Nacional*, Lima: 4 de marzo del 2022.

la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión¹⁶⁶⁹.

371

Un segundo planteamiento considera que se necesita de una justificación racional o, si se quiere, de una motivación suficiente para cumplir con la regla constitucional y legal del juicio de pertinencia y utilidad del acto de investigación que se ordena o se práctica. No basta de una motivación simple, lacónica o concreta, sino de una justificación que guarde relación y vaya de la mano con la importancia de admitir o rechazar la incorporación de un acto de investigación al procedimiento investigativo. Con ello, el estándar justificativo se eleva a un estándar de grado medio cuando se ordena la práctica o la admisión de una diligencia.

- 1669 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00340-2020-PHC/TC Callao*, caso *Jair Ely Díaz Guevara, representado por Antonio Jesús Méndez Vega*, Lima: 28 de enero del 2021; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03877-2019-PHC/TC*, caso *Karina Huamán Mujica, en representación de José María Huamán Ruiz*, Lima: 16 de marzo del 2021; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04936-2013-PA/TC Huánuco*, caso *Félix Franklin Reátegui Valladolid*, Lima: 10 de marzo del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04212-2013-PA/TC*, caso *Juan Marín Torres Pacheco*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02895-2010-PHC/TC*, caso *Edwin Vela Angulo*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00537-2010-PA/TC*, caso *Asociación De Accionistas Del Club Tenis Iquitos*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04630-2009-PHC/TC*, caso *José Francisco Vargas Vega*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01607-2012-PHC/TC*, caso *Máximo Agustín Mantilla Campos y otros (voto singular de los magistrados Vergara Gotelli, Mestá Ramirez y Calle Hayen)*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02157-2009-PHC/TC*, caso *Tania Melba Herrera Dionisio*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04668-2009-PA/TC*, caso *Carlos Amancio Mendoza Tomás*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02367-2009-PHC/TC*, caso *Luis Alejandro Vivanco Gotelli A Favor De Marco Emilio Rojas*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1230-2002 HC*, caso *Tineo Cabrera*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02157-2009-PHC/TC*, caso *Tania Melba Herrera Dionisio*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6840-2006-PHC/TC*, caso *Carlos Javier Rojas Bardales*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00056-2010-PA/TC*, caso *Flor de María Pomar Fernández*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06026-2009-PA/TC*, caso *Ministerio de Educación*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04740-2008-PHC/TC*, caso *Luis Juan Rivera Muñoz*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 9430-2005-PHC/TC*, caso *Gladis Magdalena Arhuiz Romo*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02141-2007-PHC/TC*, caso *Franz Solon García Céspedes*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02529-2009-PHC/TC*, caso *Huilder Santos Bejar Tenorio*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 7731-2006-PHC/TC*, caso *Luis Antonio Barboza Rioja y otros*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03495-2010-PHC/TC*, caso *Yalo Edgar Loza Capatinta*; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0475-2009-PI/IC/TC*, caso *Adrián Zárate Reyes*.

La motivación para que sea suficiente debe cumplir con una justificación interna y una justificación externa. El TC peruano ha señalado que la motivación suficiente supone la presencia de algunos elementos necesarios en la exposición de las razones que sustentan la decisión judicial. Entre estos está, en primer lugar, la coherencia entre las premisas y la decisión (o “motivación interna”), pues lo decidido por la judicatura debe derivarse inferencialmente de las premisas —normativas o probatorias— establecidas en la fundamentación, lo cual, ciertamente, debe venir expresado discurso argumentativamente coherente. En segundo lugar, la justificación de las premisas (o “motivación externa”), ya que las afirmaciones sobre hechos y sobre el derecho presentes en la resolución judicial deben estar debidamente sustentadas en el material normativo válido y en las pruebas pertinentes que han sido presentadas y actuadas en el proceso¹⁶⁷⁰. Se destaca que toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional¹⁶⁷¹.

1670 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03877-2019-PHC/TC*, caso *Karina Huamán Mujica, en representación de José María Huamán Ruiz*, Lima: 16 de marzo del 2021; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03418-2017-PA/TC Cusco*, caso *Eduardo Polo Bueno*, Lima: 25 de julio del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04982-2015-PA/TC*, caso *Amir Wabbe*, Lima: 25 de septiembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 08506 2013-PA/TC*, caso *Import y Export Goldsun S.A.C., representado(a) por Graciela Gilceria Alarcón Marroquín*, Lima: 10 de noviembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02521-2012-PA/TC Piura*, caso *Pedro Pascual Eche Ramírez*, Lima: 8 de julio del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC*, caso *Giuliana Flor de Maria Llamoya Hilares*, Lima: 13 de octubre del 2008.

1671 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00215-2018-PA/TC*, caso *Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción*, Lima: 20 de agosto del 2020; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01907-2014-PA/TC*, caso *Antonio Malpartida Marín*, Lima: 3 de septiembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02107-2007-PA/TC*, caso *Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima: 12 de agosto del 2007; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03891-2011-PA/TC*, caso *César José Hinostroza Pariachi*, Lima: 16 de enero del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02250-2007-PA/TC*, caso *José Antonio Silva Vallejo*, Lima: 5 de diciembre del 2008; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04944-2011-PA/TC*, caso *Mateo Grimaldo Castañeda Segovia*, Lima: 16 de enero del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 8333-2006-PA/TC*, caso *Miguel Ángel Tomayconza Fernández-Baca*, Lima: 18 de octubre del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2462-2011*, caso *Ivon Salhuana Villanueva A Favor De Ángel Benito Audante Gutiérrez*, Lima: 23 de abril del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01579-2008-PA/TC*, caso *Yuri Antonio Almendáriz Gallegos*, Arequipa: 18 de noviembre del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4006-2004-AA/TC*, caso *Nimer Roberto Marroquín Mogrovejo*, Lima: 5 de enero del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente*

La motivación fiscal o judicial debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de la decisión)¹⁶⁷². El TC peruano ha sostenido y remarcado que la obligación de motivar los actos administrativos debe efectuarse de manera suficiente y adecuada¹⁶⁷³.

El TC peruano sostiene que los casos de motivación insuficiente se refieren al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz

N.° 01243-2011-PA/TC, caso *Mariano Freddy De La Cruz Huamán*, Lima: 26 de abril del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 9851-2006-PA/TC*, caso *Samuel Walter Romero Aparco*, Lima: 12 de abril del 2007; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 02990-2009-PA/TC*, caso *Pablo Quispe Arango*, Lima: 10 de agosto del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 03597-2011-PA/TC*, caso *Roger Alcides Salazar López*, Lima: 12 de enero del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 5201-2006-PA/TC*, caso *Ricardo Luis Núñez Espinoza*, Lima: 14 de marzo del 2007; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 2984-2004-AA/TC*, caso *Olga Lourdes Palacios Tejada*, Lima: 5 de enero del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 3381-2005-PA/TC*, caso *Magda Victoria Atto Mendives*, Lima: 19 de mayo del 2006.

1672 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 6712-2005-HC/TC*, caso *Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana*, Lima: 17 de octubre del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 0879-2003-HC/TC*, caso *Victor Raúl Martínez Candela*, Lima: 12 de mayo del 2003; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 4377-2005-HC/TC*, caso *Adolfo Andrés Lira García*, Piura: 8 de agosto del 2005.

1673 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 0201-2004-AA/TC*, caso *María Elena Lluen Gonzales*, Lambayeque: 15 de marzo del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 2618-2009-PA/TC*, caso *Jesús Renee Cari Choquehuanca*, Arequipa: 22 de marzo del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 04123-2011-PA/TC*, caso *Mercedes Pisconte de Ramos*, Lima: 30 de noviembre del 2011; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 2192-2004-AA/TC*, caso *Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses*, Tumbes: 11 de octubre del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 4289-2004-AA/TC*, caso *Blethyn Oliver Pinto*, Lima: 17 de febrero del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 8605-2005-AA/TC*, caso *Engelhard Perú SAC (En Liquidación)*, Lima: 14 de noviembre del 2005; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 02061-2011-PA/TC*, caso *Iván Alberto Torres Portocarrero*, Lima: 29 de marzo del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 03597-2011-PA/TC*, caso *Roger Alcides Salazar López*, Lima: 12 de enero del 2012.

de lo que en sustancia se está decidiendo¹⁶⁷⁴. La motivación insuficiente se caracteriza porque en “[e]ste tipo de casos, la resolución lidia con lo arbitrario, es decir, casos en los que es imposible apreciar el nexo lógico entre la decisión adoptada y la argumentación que le sirve de fundamento (principio de congruencia de las resoluciones judiciales)”¹⁶⁷⁵.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la motivación suficiente comprende no solo los aspectos fácticos o probatorios, sino también los

1674 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04982-2015-PA/TC*, caso *Amir Wabbe*, Lima: 25 de septiembre del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01689-2014-AA/TC*, caso *Juan Jesús Hercilla La Rosa*, Ica: 22 de abril del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 07294-2013-PA/TC*, caso *Noe Esau Flores Vásquez*, Arequipa: 15 de mayo del 2018; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 08439-2013-PHC/TC*, caso *Constantina Palomino Reinoso*, Cusco: 20 de noviembre del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00804-2013-PHC/TC*, caso *N. Y. J. D. Representado por Jorge Esteban Dueñas Rojas*, Arequipa: 28 de enero del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04298-2012-PA/TC*, caso *Roberto Torres Gonzales*, Lambayeque: 17 de abril del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC*, caso *Giuliana Flor de Maria Llamoja Hilares*, Lima: 13 de octubre del 2008; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0896-2009-PHC/TC*, caso *A.B.T.*, Lima: 24 de mayo del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00037-2012-PA/TC*, caso *SCOTTABANK PERU S.A.A.*, Lima: 25 de enero del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0006-2010-PHC/TC*, caso *Yoni Virginia Ronco Supa*, Cuzco: 3 de agosto del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03090-2012-PA/TC*, caso *Sandra Vanessa Diaz Venero*, Lima: 4 de noviembre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04950-2009-PHC/TC*, caso *Luis Ignacio Aguirre Rojas*, Lima: 9 de abril del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03282-2012-HC/TC*, caso *Jorge Luis López Domínguez y otros*, Huánuco: 10 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03678-2012-PA/TC*, caso *Nely Torres Palacios de Olaya y otros*, Piura: 22 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02375-2012-AA/TC*, caso *Santa Javier Simplicio López Álvarez*, Santa: 8 de julio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 07025-2013-AA/TC*, caso *Jorge Napiama Reátegui*, Loreto: 9 de septiembre del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05037-2011-AA/TC*, caso *CORMIN CALLAO S.A.C.*, Lima: 24 de agosto del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02061-2013-PA/TC*, caso *Carlos Dueñas Olivera*, Cusco: 13 de agosto del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02752-2010-PHC/TC*, caso *Julio César Quiróz Cueva*, Cajamarca: 27 de septiembre del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00286-2010-PHC/TC*, caso *Pier Giorgio Rosso Saénz A Favor De Nelly Palomino Chacca*, Cusco: 2 julio del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06430-2013-PA/TC*, caso *Universidad Privada Antenor Orrego*, La Libertad: 6 de enero del 2014.

1675 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03926-2008-PHC/TC*, caso *Percy Roger Porras Saldarriaga*, Huaura: 13 de marzo del 2009; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4341-2007-HC/TC*, caso *Miguel Ángel Ventura Velásquez*, Lima: 5 de octubre del 2007.

aspectos jurídicos referidos a la calificación jurídica de los hechos. Constituye en grave error el considerar que la motivación suficiente solo está dada bien por la motivación de los hechos o bien por la motivación de la labor de subsunción de manera aislada; ambos elementos conforman de manera unitaria e indisoluble la noción de motivación suficiente¹⁶⁷⁶.

372 Un tercer punto de vista estima que la justificación del juicio de pertinencia en la ordenación y/o admisión de un acto de investigación y/o diligencia debe cumplir con el canon de una motivación reforzada, calificada o especial. Dicha condición del *quantum* de la motivación se infiere de manera clara del mandato legal del CPP cuando establece que el juez decidirá la admisión de los medios de prueba mediante auto especialmente motivado (art. 158.2). La referencia a un “auto especialmente motivado” alude de manera directa a una resolución judicial que debe cumplir con una justificación reforzada al decidir sobre el ejercicio de un derecho fundamental de la persona, tal como ocurre con el derecho a la prueba que tiene como uno de los aspectos de su contenido esencial el derecho a que se admitan al proceso o a la investigación los medios de prueba o medios de investigación pertinentes y útiles.

El TC peruano, en relación con la motivación reforzada, ha señalado si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave¹⁶⁷⁷.

1676 Véase, en el mismo sentido, la *Casación N.º 1280-04 Lima*, Lima: 24 de agosto del 2005, cuando estima que: “La motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por tanto, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma) y la motivación de derecho o *in jure* (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma)”;
SALA CIVIL TRANSITORIA, *Casación N.º 888-04 Lima*, Lima: 8 de julio del 2005.

1677 *Vid.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02637-2011-PHC/TC Lima*, caso *Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez*, Lima: 11 de septiembre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6358-2008 PHC/TC*, caso *Azalea Esmeralda García Zegarra*, Lima: 30 de junio del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2462-2011*, caso

Desde nuestra perspectiva, y de la mano de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada, sobre la restricción y la afectación de derechos constitucionales llegamos a la siguiente conclusión: cuando el Ministerio Público (o el juez) decide ordenar y/o admitir un acto de investigación solicitado por las partes o fijado a iniciativa suya debe cumplir con el requisito constitucional de una motivación suficiente que es la única motivación compatible con la Constitución y que supone el ejercicio de las facultades constitucionales y legales dentro del parámetro de racionalidad y que concreta el principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Al respecto, se recuerda que según el TC la arbitrariedad de los poderes públicos posee un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo¹⁶⁷⁸.

La motivación suficiente es la única que permite realizar un control *ex post* de las razones constitucionales y legales que esgrime la autoridad para resolver un caso concreto¹⁶⁷⁹; fijando las razones de hecho y de derecho que

Ivon Salhuana Villanueva A Favor De Ángel Benito Audante Gutiérrez, Lima: 23 de abril del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 2641-2012-PHC/TC, caso *Alberto Quimper Herrera*, Lima: 10 de septiembre del 2012.

1678 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 3194-2004-HC/TC, caso Nicanor Carreño Castillo, Lima: 28 de diciembre del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, caso Juan Carlos Callegari Herazo, Lima: 5 de julio del 2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverri, Lima: 28 de febrero del 2006; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 6358-2008 PHC/TC, caso Azalea Esmeralda García Zegarra, Lima: 30 de junio del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 00218-2009-PHC/TC, caso Roberto Contreras, Lima: 11 de noviembre del 2010.

1679 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 00506-2012-PA/TC, caso *Consortio Ayacucho Global Plaza S.A.*, Lima: 21 de enero del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 02752-2012-PA/TC, caso *Pesquera Nathaly S.A.C.*, Lima: 23 de abril del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 00978-2012-PA/TC Cusco, caso *Westher Leoncio Sotomayor Castañeda*, Lima: 28 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 03238-2013-PA/TC, caso *Municipalidad Distrital de*

sustentan una determinada decisión. Se recuerda que la justificación obliga al sujeto que decide y detenta un determinado poder público a verificar y controlar la racionalidad y el fundamento de su propio discurso. Tanto el juez y el fiscal deben preguntarse acerca de las razones de una resolución judicial o de una disposición fiscal; por qué se adopta una decisión y no otra, así como permite comprobar la calidad o no de las razones que se aportan¹⁶⁸⁰.

374 La argumentación no solo es una actividad lingüística y social, sino una *actividad racional* que está basada en razones intelectuales y que se orienta a convencer a un crítico razonable de la aceptabilidad de un punto de vista a través de la presentación de una constelación de proposiciones que justifican o refutan la proposición expresada¹⁶⁸¹. Cuando una persona emplea argumentos hace una apelación implícita a la razonabilidad del interlocutor, al asumir tácitamente que el oyente actuará como un crítico razonable al momento de analizar las razones que se presentan, ya que de otra manera no tendría sentido presentar una argumentación¹⁶⁸².

La forma republicana de gobierno (art. 43 de la Const. Pol.) impone a los miembros del Ministerio Público —y a todo funcionario público— a

Chorrillos, Lima: 23 de junio del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 0195-2012-PA/TC, caso *Nerea Consuelo Aguirre Gutierrez*, Lima: 4 de junio del 2015; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 4867-2012-PA/TC, caso *Empresa Minera Del Centro Del Perú S.A. En Liquidación - Centromin Peru S.A.*, Lima: 4 de junio del 2015, Expediente N.º 02598-2010-PA/TC, caso *Luis Alberto Lalupu Sernaque*, Lima: 11 de junio del 2013 ; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 04405-2013-PA/TC, caso *Asociación Bureau Veritas - Bivac Representado(A) Por María Fe de Fátima Aguinaga Mesones — Apoderado*, Lima: 5 de marzo del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 01439-2013-PA/TC, caso *Acuario de Buenos Aires S.R.L.*, Lima: 22 de mayo del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 01064-2013-PA/TC, caso *Asociación Solaris Peru Representado(A) Por Roberto Espinoza Rosales*, Lima: 25 de septiembre del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 02716-2011-PA/TC Ica, caso *Félix Guillermo Montalván Cabrera*, Lima: 22 de octubre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 01502-2012-PA/TC Ica, caso *Carlos Alberto Talla Atuncar*, Lima: 3 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 05608-2013-PA/TC, caso *Maria Jesus Bustamante Aguero y otros*, Lima: 16 de abril del 2014; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 03317-2012-AA/TC Sullana, caso *Empresa Pesquera José Antonio S. A. C*, Lima: 25 de septiembre del 2013.

1680 ANDRÉS IBÁÑEZ, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, art. cit., p. 19.

1681 VAN EEMEREN, Frans y ROB GROOTENDORST, *Una teoría sistemática de la argumentación. La perspectiva pragmatológica*, Buenos Aires: Biblos, 2001, p. 13.

1682 VAN EEMEREN y GROOTENDORST, *Una teoría sistemática de la argumentación. La perspectiva pragmatológica*, ob. cit., p. 14.

expresar las razones y los fundamentos de sus decisiones, ya que no hay otra forma de controlar la legalidad y la constitucionalidad de sus actos sino es a través de la justificación de sus decisiones¹⁶⁸³. Las decisiones del Ministerio Público deben expresarse en “forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos” (art. 64.1 del CPP).

La argumentación jurídica —en este caso de la decisión fiscal— debe ser *racional* y *razonable*. La diferencia entre ambos términos reside en que lo racional supone el “uso de la facultad de razonar” y lo razonable implica “el uso correcto de la facultad de razonar”. La racionalidad es una condición necesaria de la razonabilidad, pero no es automáticamente una condición suficiente. Lo razonable es el uso de la razón de un modo apropiado, bien fundamentado en relación con una situación en concreto¹⁶⁸⁴. A nivel argumentativo el proceso de investigación científica es considerado como el prototipo de la razonabilidad. El propósito de una discusión científica es llegar al consenso intelectual (HABERMAS) y las reglas que deben observarse es el de una discusión que se basa en el respeto a las convenciones de la tradición científica y en el acuerdo intersubjetivo. La razonabilidad del método científico reside en el hecho de que se hace un intento para llegar al consenso por medio de la argumentación en una discusión crítica¹⁶⁸⁵.

Junto a la “razonabilidad cognitiva” se distingue una “razonabilidad desiderativa” que tiene que ver con propósitos, deseos o preferencias y la “razonabilidad práctica” que se relaciona con las acciones. La argumentación puede utilizarse no solo para encontrar la verdad y para preservarla, sino también para conseguir que se tomen determinadas decisiones y se realicen ciertas acciones¹⁶⁸⁶.

Motivar es justificar y dar cuenta de las razones de la decisión a fin de que pueda ser controlada por las partes, por los órganos de impugnación y

375

1683 D'ALBORA, Francisco, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 9.ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 147.

1684 VAN EEMEREN, Frans, *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, Madrid-México: Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Plaza y Valdés Editores, 2012, pp. 65 y 66.

1685 VAN EEMEREN Y GROOTENDORST, *Una teoría sistemática de la argumentación. La perspectiva pragmatológica*, ob. cit., pp. 126-128.

1686 VAN EEMEREN, FRANS; *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*; p. 24.

por la sociedad. Supone la elaboración de un discurso inteligible, razonado y suficiente sobre los hechos, la prueba y el derecho¹⁶⁸⁷.

Cuando el Ministerio Público (o el juez) decide desestimar o rechazar un acto de investigación (o un medio de prueba) propuesto a iniciativa de una de las partes (investigado, parte civil, tercero civilmente responsable), afectando con ello el derecho fundamental a la prueba pertinente y útil de la persona, es necesario exigir un *quantum* de motivación más intenso y elevado, hablándose en estos casos de la necesidad de una justificación reforzada, cualificada o especial.

El rechazo de la diligencia propuesta por una de las partes por el Ministerio Público debe llevar a que —en la medida que se afecta la vigencia de un derecho fundamental— se justifique de modo más intenso y reforzada la decisión formal del acto de investigación planteado. No basta una desestimación lacónica, breve o mínimamente justificada.

Al respecto, y en sintonía con la jurisprudencia del TC se recuerda lo siguiente: “Es preciso recalcar que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación”¹⁶⁸⁸. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad merecerá una mayor justificación¹⁶⁸⁹.

1687 ANDRÉS IBÁÑEZ, “El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial”, art. cit., p. 270.

1688 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01969-2011-PHC/TC*, caso *Humberto Bocanegra Chávez, a favor de José Santiago Bryson de la Barra y otros*, Lima: 14 de junio del 2013; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02637-2011-PHC/TC Lima*, caso *Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez*, Lima: 11 de septiembre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6358-2008 PHC/TC*, caso *Azalea Esmeralda García Zegarra*, Lima: 30 de junio del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC*, caso *Giuliana Flor de Maria Llamoya Hilaes*, Lima: 13 de octubre del 2008; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2462-2011*, caso *Ivon Salhuana Villanueva A Favor De Ángel Benito Audante Gutiérrez*, Lima: 23 de abril del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2641-2012-PHC/TC*, caso *Alberto Quimper Herrera*, Lima: 10 de septiembre del 2012.

1689 *Vid.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02637-2011-PHC/TC Lima*, caso *Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez*, Lima: 11 de septiembre del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6358-2008 PHC/TC*, caso *Azalea Esmeralda García Zegarra*, Lima: 30 de junio del 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2462-2011*, caso

El TC ha señalado que tanto más intensa sea la restricción de derechos fundamentales, mayor es el deber de justificación¹⁶⁹⁰.

La limitación o restricción de un derecho fundamental debe cumplir con el canon constitucional obligatorio de que se debe justificar de modo más intenso o cualificado dicha afectación, en este caso el derecho a la prueba.

Con ello, lo que se plantea es un doble estándar de motivación de las decisiones fiscales (o judiciales) en relación con el juicio de pertinencia y utilidad de un acto de investigación. En los casos en los que se ordena la práctica de un acto de investigación, o se admite la solicitud de una de las partes, bastará cumplir con la exigencia de una motivación suficiente; mientras que en los casos en que se rechaza, desestima o inadmite un acto de investigación promovido por una de las partes afectándose con ello el contenido esencial del derecho a la prueba se debe utilizar un canon de justificación cualificado o más intenso a fin de explicar por qué se deniega un acto de investigación y se afecta el derecho fundamental a la prueba.

Ivon Salhuana Villanueva A Favor De Ángel Benito Audante Gutiérrez, Lima: 23 de abril del 2012; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 2641-2012-PHC/TC, caso *Alberto Quimper Herrera*, Lima: 10 de septiembre del 2012.

1690 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 02746-2010-PHC/TC, caso *Arturo Moreno Alcántara*, Lima: 13 de septiembre del 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- ABEL LLUNCH, Xavier y Manuel Richard GONZALES (coords.), *Estudios sobre la prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, vol. 1, Barcelona: La Ley, 2010
- ABEL LLUCH, Xavier, *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*. Recuperado de <<https://bit.ly/3FV76Br>>
- AFONSO DA SILVA, José, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- ALÁEZ CORRAL, Benito, “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 21, Granada: 2013.
- ALBRECHT, Hans-Jörg, “La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 8, Barcelona: 2001.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALFARO VALVERDE, Luis Genaro, “Derecho fundamental a la prueba. Garantía constitucional de naturaleza procesal”, en AA. VV., *Manual del Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- ALFONSO, César, “El principio de coherencia y el principio *iura novit curia* en la jurisprudencia interamericana”, en ELSNER, Gisela, AMBOS Kai y MALARINO Ezequiel (coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2, Madrid: Konrad Adenauer, 2010.

- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- ALONSO GALLO, Jaime, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”, en *InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Barcelona: 2011.
- ALVES SILVA, Franklyn Roger, “A investigação criminal direta pela defesa - instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n.º 1, Porto Alegre: enero-abril del 2020.
- AMBOS, Kai, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- ANDERSON, Terence; David SCHUM y William TWINING, *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, Alicante: 1992.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, n.º 6, México D. F.: 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: 2009.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá: Siglo del Hombre - Universidad EAFIT, 2011.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá: Siglo del Hombre - Universidad EAFIT, 2011.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid: Trotta, 2015.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Las dos dimensiones del enjuiciamiento”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid: Trotta, 2015.

- ANGULO ARANA, Pedro, *La función fiscal*, Lima: Jurista, 2007.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale*, vol. II, 40.^a ed., Milano: Giuffrè, a cura de Luigi Conti, 2003.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1995.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 13.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2021.
- AROCENA, Gustavo, “De la acusación, del *in dubio pro reo* y de la garantía del debido proceso”, en *Temas de derecho procesal*, Córdoba: Mediterránea, 2001.
- ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid: Trivium, 1991.
- ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- ASSUMPCO NEVES, Daniel Amorim, *Ações probatórias autônomas*, São Paulo: Saraiva, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique, *Debido proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BADARÓ, Gustavo, *Processo penal*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BALDAN, Édson Luís, “Investigação defensiva: o direito de defender-se provando”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 15, n.º 64, São Paulo: enero-febrero del 2007.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10, Madrid: 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Aspectos processuais civis na nova constituição”, en *Revista Dirreito Processual*, n.º 29, Rio de Janeiro: 1989.
- BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional contemporaneo*, 5.^a ed., Sao Paolo: Saraiva, 2015.
- BARTON, Stephan, *Introducción a la defensa penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

- BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Buenos Aires: Depalma, 1989.
- BEDÉ JÚNIOR, Américo y Gustavo SENNA, *Princípios do processo penal*, São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.
- BELING, Ernst, “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”, en *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, 2009.
- BELLAVISTA, Girolamo y Giovanni TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 10.^a ed., Milano: Giuffrè, 1987.
- BELTRÁN, Ramón, “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, Santiago de Chile: diciembre del 2012.
- BENDA, Ernesto, *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, t. I, 6.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima: Constitución y Sociedad, 1996.
- BERTOLINO, Pedro, “Un bosquejo del ‘criterio objetivo’ en la actividad del Ministerio Público Fiscal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, n.º 1, Buenos Aires: 2008.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2.^a ed., 4.^a reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- BINDER, Alberto, *Derecho procesal penal*, t. II, 1.^a reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018.
- BOGHOSSIAN, Paul, *El miedo al conocimiento. Contra el relativismo y el constructivismo*, Madrid: Alianza, 2009.
- BOVINO, Alberto, “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- BOVINO, Alberto, “El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina”, en BOVINO, Alberto *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

- BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- BOVINO, Alberto, “Ministerio Público y Poder Ejecutivo”, en BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- BRAMONT ARIAS, Luis, *El Ministerio Público*, Lima: SP, 1984.
- BROWN, Harold I., *La nueva filosofía de la ciencia*, 4.^a ed., Madrid: Tecnos, 1998.
- BRUZZONE, Gustavo, “Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral”, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de direito constitucional*, 9.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUNGE, Mario, *Diccionario de filosofía*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 2001.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima: Ara, 2001.
- CAFFERATA NORES, José, *Derechos individuales y proceso penal*, Córdoba: Lerner, 1984.
- CAFFERATA NORES, José; Jorge MONTERO; Víctor VÉLEZ; Carlos FERRER; Marcelo NOVILLO CORVALÁN; Fabián BALCARCE; Maximiliano HAIRABEDIAN; María FRASCAROLI y Gustavo AROCENA, *Manual de derecho procesal penal*, Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, 2004.
- CAFFERATA NORES, José y Maximiliano HAIRABEDIÁN, *La prueba en el proceso penal*, 8.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de inmediación*, Madrid: La Ley - Wolters Kluwer, 2011.

- CAMBI, Eduardo, “O direito a prova no processo civil”, en *Revista de Faculdade de Direito da UPRF*, vol. 34, Paraná: 2000.
- CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMBI, Eduardo, *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro, “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires: Ejea, 1972.
- CAPPETTELLI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, Lima: Ara, 2006.
- CAPRIOLI, Francesco, *Compendio di procedura penale*, 6.^a ed., Milano: Giuffrè, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco, *Principios del proceso penal*, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, 2.^a ed., Buenos Aires: Depalma, 2000.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “La prueba de la individualización judicial de la pena”, en *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch - Cedpal, 2019.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch, 1998.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- CASSIBBA, Fabio, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano: Giuffrè, 2016.
- CERLETTI, Marco y Hernán FOLGUEIRO, “Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, 2.^a ed., 2.^a reimp., Buenos Aires: Hammurabi, 2020.
- CHIARA DÍAZ, Carlos, “Los jueces deben garantizar un proceso según la Constitución y no conforme al procedimiento mixto”, en ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, Lima: Jurista, 2007.

- CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 5.^a ed., Milano: UTET Giuridica, 2012.
- CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, Madrid: Reus, 1925.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: Ediar, 1960.
- CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, t. I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- CLUNY, António, “Autonomia do Ministério Público, governo próprio e hierarquia: Instrumentos, condicionantes e pressupostos da independência do Poder Judicial”, en *Vértice*, n.º 142, septiembre-octubre del 2008.
- COMOGLIO, Luigi, “Poteri delle parti e ruolo del giudice nella fase istruttoria del processo civile ordinario”, en NONA COMMISSIONE TIROCINIO E FORMAZIONE PROFESSIONALE (ed.), *La prova nel processo civile*, vol. I, Roma: 1999.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, 3.^a ed., Torino: Utet Giuridica, 2010.
- COMPTE MASSACH, Teresa, “Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 23, Madrid: 1994.
- CORSO, Piermaria, *Procedura penale*, 2.^a ed., Torino: Giappichelli, 2012.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, 10.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.^a ed., 17.^a reimp., Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., 2.^a reimp., t. II, Buenos Aires: Astrea, 1999.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, 5.^a ed., Lima: Palestra, 2003.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, 2.^a ed., Lima: Palestra, 2015.
- CUERDA RIEZU, Antonio, “La prueba de las eximentes en el proceso penal: obligación de la defensa o de la acusación?”, en *InDret*, Barcelona: abril del 2014.
- D’ALBORA, Francisco, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 9.^a ed., reimp, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.

- DALIA, Andrea Antonio y Marzia FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 7.ª ed., Padova: Cedam, 2010.
- DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2000.
- DAMASKA, Mirjan, *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo, “Escolha e exoneração do procurador-geral da república em Portugal e possíveis repercussões no exercício da investigação criminal”, en *MPRJ. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro*, n.º 50, Río de Janeiro: octubre-diciembre del 2013.
- DE ARAUJO CINTRA, Antonio; Ada PELLEGRINI GRINOVER y Candido DINAMARCA, *Teoria geral do processo*, 10.ª ed., Sao Paulo: Malheiros, 1994.
- DE ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos; Ada PELLEGRINI GRINOVER y Cândido RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 31.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito processual penal*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988.
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito processual penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DE FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu deber de prestar cuentas a comunidade: um equilíbrio difícil”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 17, n.º 2, Coimbra: abril-junio del 2007.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid: Ceura, 1993.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003.
- DELFINO DA SILVA, Fernando César, “Direito fundamental à prova e a responsabilidade na sua produção”, en *1.º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*.
- DELLA CASA, Franco y Giovanni Paolo VOENA, *Compendio di procedura penale*, 6.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

- DE LOS RÍOS, Fernando, *Obras completas. Escritos guerra civil y exilio*, t. v, Madrid: Anthropos, 1997.
- DENCKER, Friedrich, “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: 1998.
- DE PAULA RAMOS, Vitor, “Direito fundamental à prova”, en *Revista de Processo*, vol. 224, São Paulo: 2013.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2010.
- DE SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de Direito processual penal*, 8.^a reimp., Coimbra: Almedina, 2021.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.^a ed., Bogotá: Temis, 2006.
- DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, 1.^a ed., reimp., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- DEWEY, John, “Proposiciones, asertabilidad garantizada y verdad”, en DEWEY, John, *La miseria de la epistemología*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- DIAS, Gabriel, “A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 26, n.º 150, São Paulo: diciembre del 2018.
- DÍAZ CABIELE, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada: Comares, 1996.
- DOIG DÍAZ, Yolanda, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en el Código Procesal peruano”, en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006.
- DOMINIONI, Oreste, *Procedura penale*, 2.^a ed., Torino: Giappichelli, 2012.
- DUCE, Mauricio y Christian RIEGO, *Proceso penal*, 1.^a reimp., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- ECHEVARRÍA, Javier, *Filosofía de la ciencia*, 2.^a ed., Madrid: Akal, 1998.
- EDWARDS, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Córdoba: Lerner, 2000.
- ESPÍN, Eduardo, *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia: Tirant Lo Blanch.

- ESTRADA I CUADRAS, Albert, “‘Confesión o finiquito’: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”, en *InDret*, n.º 4, Barcelona: abril del 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/3E3wSCs>>.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona: Bosch, 1990.
- FARIAS, Edilsom, “Restrição de direitos fundamentais”, en *Seqüencia: estudos jurídicos e políticos*, vol. 21, n.º 41, s/l: enero del 2000.
- FASSONE, Elvio, “Dalla certezza all’ ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano: Giuffrè, 1995.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “La prueba ilegalmente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 7, Madrid: septiembre de 1989.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid: Iustel, 2004.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima: Palestra, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona: Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”, en *La prueba. Reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima: Jurista, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, “Criminalidad y globalización”, en *Estudios de Derecho*, vol. 65, n.º 145, Medellín: enero-julio del 2008. Recuperado de <<https://bit.ly/3fCekzt>>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10.ª ed., Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta, 2011.

- FERRAJOLI, Luigi, “Nueve máximas de deontología judicial”, en FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal*, vol. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2013.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “El derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 47, Madrid: 2003.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2004.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La prueba y verdad en el derecho*, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 15, Valencia: diciembre del 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación - Derechos Humanos - Escuela de Formación Judicial, 2022.
- FERRUA, Paolo, “Contradictorio y verdad en el proceso penal”, en GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá: Temis, 2008.
- FERRUA, Paolo, “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en FERRUA, Paolo; Fabio GRIFANTINI; Giulio ILLUMINATI y Renzo ORLANDI, *La prova nel dibattito penale*, 4.ª ed., Torino: Giappichelli, 2010.
- FERRUA, Paolo y Barbara LAVARINI, *Diritto processuale penale*, Torino: Giappichelli, 2011.
- FERRUA, Paolo, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, vol. I, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 2017.
- FEYERABEND, Paul K., “Problemas del empirismo”, en OLIVÉ, León y Ana Rosa PÉREZ RANSANZ, *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1989.
- FLORIAN, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, traducción por Pietro Castro, Barcelona: Bosch, 1933.
- FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, 3.ª ed., 4.ª reimp., Bogotá: Temis, 2002.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la administración de justicia*, Lima: Jurista, 2000.

- FRISCH, Wolfgang, “Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 21, Santiago de Chile: 2014.
- FUENTES SORIANO, Olga, *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Pamplona: Aranzadi, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 2006.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José, *O debido processo penal*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, “Criteri logici di controllo del ragionamento probatorio”, *La Prova nel Processo Civile. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, vol. 2, n.º 108, s/l: 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid: Colex, 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2019.
- GLAVICH, Eduardo; Ricardo IBÁÑEZ; María LORENZO y Héctor PALMA, *Notas introductorias a la filosofía de la ciencia. La tradición anglosajona*, Buenos Aires: Eudeba, 1998.
- GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona: Labor, 1936.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Derecho, derechos, tribunal, tribunales”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.ºs 60-61, Madrid: abril-septiembre de 1988.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 15, n.º 43, Madrid: enero-abril de 1995.

- GOMES CANOTILHO, José Joaquim y Vital MOREIRA, *Constituição da República portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a ed., Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Principios y ‘nuevos constitucionalismos’ el problema de los nuevos principios”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14, Granada: 2010.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed., 19.^a reimp., Coimbra: Almedina, 2017.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, *Direito a prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal en el Estado de derecho*, Lima: Palestra, 1999.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- GOMES RODRIGUES, Álvaro da Cunha, “Controlo garantístico dos direitos do arguido pelo juiz de instrução”, en *Direito e Justiça*, vol. 13, n.º 3, Brasília: enero de 1999.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, *Actividades iniciales y diligencias preliminares*, Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2004.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Lima: Palestra, 2005.
- GÖSSEL, Karl-Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Bogotá: Temis, 1989.
- GÖSSEL, Karl Heinz, “El Ministerio Fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho”, en GÖSSEL, Karl Heinz, *El derecho procesal penal en el Estado de derecho. Obras completas*, t. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- GÖSSEL, Karl Heinz, “La prueba ilícita en el proceso penal”, en GÖSSEL, Karl Heinz, *El derecho procesal penal en el Estado de derecho. Obras completas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio, “La interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos”, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Madrid: Civitas, 1996.

- GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, 11.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- GUARIGLIA, Fabricio, “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- GUARIGLIA, Fabricio, “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- GUARNERI, Giuseppe, *Las partes en el proceso penal*, Santiago de Chile: Olejnik, 2018.
- GUEDES VALENTE, Manuel, *Processo penal*, t. I, 3.^a ed., Lisboa: Almedina, 2010.
- GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, 2.^a ed., Bogotá: Nueva Jurídica, 2015.
- GUIMARÃES RIBEIRO, Darci, *Provas atípicas*, Porto Alegre: Librería do Advogado, 1998.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Didot, 2018.
- HAACK, Susan, “¿La ciencia como fenómeno social? Sí y no”, en HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2008.
- HAACK, Susan, “La integridad de la ciencia”, en HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2008.
- HAACK, Susan, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, traducción por Edison Otero Bello, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2008.
- HAACK, Susan, “Epistemología juridificada: o la verdad, la justicia y la forma estadounidense”, en HAACK, Susan, *Filosofía del derecho y de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2020.
- HAACK, Susan, *Filosofía del derecho y de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2020.

- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima: PUCP, 1997.
- HANSON, NORWOOD, *Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia. Patrones de descubrimiento*, Madrid: Alianza, 1985.
- HANSON, NORWOOD, “Observación”, en OLIVÉ, León y Ana Rosa PÉREZ RANSANZ, *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1989.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, traducción por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984.
- HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, 1.^a reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- HEMPEL, Carl, “El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías”, en OLIVÉ, León y Ana Rosa PÉREZ RANSANZ, *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1989.
- HEMPEL, Carl G., *Filosofía de la ciencia natural*, 3.^a reimp., Madrid: Alianza, 2003.
- HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 39, San José de Costa Rica: 2004.
- HERBEL, Gustavo y Carlos REGO, *Investigación penal preparatoria*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.
- HOROVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- HURTADO POZO, José, *El Ministerio Público*, Lima: Eddili, 1984.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid: Civitas, 1998.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima: Palestra, 2014.

- IGARTUA SALAVERRIA, Juan, “Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, ‘in dubio pro reo’”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, Madrid: 2001.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Los indicios tomados en serio”, en *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Santiago de Chile: Olejnik, 2018.
- ILLUMINATI, Giulio, “Presunzione di non colpevolezza”, en *Enciclopedia Giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990.
- JAMES, William, “Concepción de la verdad según el pragmatismo”, en NICOLÁS, Juan Antonio y María José FRÁPOLLI (eds.), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid: Tecnos, 2012.
- JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2017.
- KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, Buenos Aires: A-Z, 1997.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 5.ª ed., Barcelona: Bosch, 1979.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: EJEa, 1963.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*, 5.ª ed., San José: Dominza - Editora Jurídica Continental, 2012.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, “La problemática de la justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, Lima: 2001.
- LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*, 12.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid: Akal, 1989.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

- LORENZETTO, Elisa, *Dal Difensore inquirente al difensore istruttore. Genesi, evoluzioni e involuzioni del diritto di difendersi indagando*, tesis para optar el grado de académico de doctor en con mención en Ciencias Penales, Italia: Universidad de Trieste, 2008.
- LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, 8.^a ed., Torino: Giappichelli, 2013.
- LUIS-ROMÁN PUERTA, Luis, “La prueba en el proceso penal”, en *Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, n.º 24, 1995.
- LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, traducción por Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, 2.^a ed., reimp., t. III, Bogotá: Temis, 1985.
- MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal*, t. I-B, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, 2.^a ed., 1.^a reimp., Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.
- MAIER, Julio, “La investigación preparatoria del Ministerio Público en la legislación argentina y la ordenanza procesal alemana”, en MAIER, Julio, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra, 2008.
- MAIER, Julio B. J., “La verdad y el procedimiento penal”, en MAIER, Julio, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra, 2008.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, t. II, 3.^a reimp., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013.
- MALAN, Diogo, “Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 2, n.º 1, Porto Alegre: 2016.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, traducción por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: EJE, 1952.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. IV, Buenos Aires: EJE, 1953.

- MARINONI, Luiz Guilherme y Daniel MITIDIERO, *Curso de direito constitucional*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de processo penal. Noções gerais, elementos do processo penal*, vol. I, 6.^a ed., Lisboa: Babel, 2010.
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito processual penal português. Do procedimento (marcha do processo)*, 3.^a reimp., t. III, Lisboa: Universidade Católica, 2020.
- MARRAFON, Marco Aurélio y Ilton Norberto ROBL FILHO, “Constituição e efetividade dos direitos fundamentais: caminhos para superação da perspectiva tradicional do direito constitucional brasileiro a partir do princípio da factibilidade e do desenvolvimentismo”, en *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 6, n.º 11, Curitiba: julio-diciembre del 2014.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la ‘tesis de la desvinculación de la anti-juricidad’: una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 9, Valencia: junio del 2011.
- MAZZA, Oliviero, *Procedura penale*, 2.^a ed., Torino: Giappichelli, 2012.
- MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, reimp., Bogotá: Temis, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo penal*, 10.^a ed., Sao Paolo: Atlas, 2000.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Lima: Jurista, 2012.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, t. II, 7.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MIRANDA RODRÍGUES, Anabela, “El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción en Portugal”, en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006.
- MIRANDA RODRÍGUES, Anabela, “La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués”, en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006.

- MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo y Raúl FEIJÓO CAMBIASO, “El rango de los tratados sobre derechos humanos”, en *Revista Ius et Veritas*, n.º 50, julio 2015.
- MUHM, Raoul, “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 22, Madrid: 1994.
- MÜLLER, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2016.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, en *Indret*, n.º 2, Barcelona: 2011.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed., Madrid: Wolters Kluwer, 2017.
- NANDER, Alberto, “Disclosure e integridad procesal en el caso Lubanga. El respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional”, en AMBOS, Kai; Ezequiel MALARINO y Christian STEINER, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga. Colección Konrad Adenauer*, Colombia: Unión Gráfica, 2014.
- NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 10.ª ed., Milano: Giuffrè, 2007.
- NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Lima: Idemsa, 2015,
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Madrid: Ariel, 2000.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, “La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 9, Lima: diciembre del 2016.

- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Lima: Alternativas, 1999.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, en GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006.
- OROZCO ABAD, Iván y Juan Gabriel GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, 2.^a ed., Bogotá: Temis, 2000.
- OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale [PE]*, vol. II, Milano: Giuffré, 2000.
- PAPAGNO, Claudio, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano: Giuffré, 2009.
- PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli, 2013.
- PALACIO, Lino Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- PAULESU, PIER PAOLO, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino: Giappichelli, 2008.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “O conteúdo da garantia do contraditório”, en *Novas Tendências do Direito processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada; ANTONIO SCARANCE FERNANDES y ANTONIO MAGALHAES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, 9.^a ed., São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1993.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Teoría de la prueba y derecho penal*, Madrid: Dykinson, 1999.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: José María Bosch, 1997.

- PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en ABEL LLUNCH, Xavier y Manuel Richard GONZALES (coords.), *Estudios sobre la prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, vol. I, Barcelona: La Ley, 2010.
- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997.
- PIOVESANA, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 14.^a ed., Sao Paulo: Saraiva, 2013.
- PISFIL FLORES, Daniel, *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamento constitucional, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones*, Lima: Editores del Centro, 2018.
- POPPER, Karl, “La ciencia normal y sus peligros”, en LAKATOS, Imre; Alan MUSGRAVE y Karl POPPER, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona: Grijalbo, 1975.
- POPPER, Karl R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona: Paidós, 2008.
- POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2.^a ed., reimp., Madrid: Tecnos, 2011.
- PUTNAM, Hilary, *Razón, verdad e historia*, Madrid: Tecnos, 1988.
- PUTNAM, Hilary, *Las mil caras del realismo*, traducción de la ed. en inglés (1987) por Margarita Vásquez Campos y Antonio Manuel Liz Gutiérrez, Barcelona: Paidós, 1994.
- PUTNAM, Hilary, “La importancia del conocimiento no-científico”, en *Teorema. Revista Internacional de Filosofía*, vol. 16, n.º 2, Valencia: 1997.
- QUEIROZ, Cristina, *Os conceitos de “restrição”, “configuração” e “delimitação” de direitos fundamentais à luz da Constituição da República*, Lisboa: Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, 2016.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*, Madrid: Atelier, 2004.

- RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 15.^a ed., México: Porrúa, 2001.
- RENEDO ARENAL, María Amparo, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2007.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, *El interrogatorio del imputado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Derecho procesal penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2022.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, Pamplona: Aranzadi - Thomson Reuters, 2011.
- ROIG BUSTOS, Ladislao, “Por un fiscal del Estado de designación parlamentaria”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 1, Madrid: 1993.
- ROMERO PRADAS, Isabel, *El sobreseimiento*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción por Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- ROXIN, Claus, “La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy”, en ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- ROXIN, Claus, “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, en *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2007.
- ROXIN, Claus y Bernd SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Didot, 2019.
- ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, Buenos Aires: EJEA, 1956.
- ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Lima: Ara, 2007.
- RUSCONI, Maximiliano, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- RUSCONI, Maximiliano, “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, en MAIER, Julio (ed.), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- RUSSELL, “¿Es supersticiosa la ciencia?”, en RUSSELL, Bertrand, *Ensayos escépticos*, Madrid: RBA, 2011.

- RUSSELL, Bertrand, “El pragmatismo”, en RUSSELL, Bertrand, *Ensayos filosóficos*, 8.^a reimp., Madrid: Alianza, 2012.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., t. I, Lima: Grijley, 2003.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, “Correlación y desvinculación en el proceso penal. A propósito del nuevo artículo 285-A CPP”, en *Derecho procesal. III Congreso Internacional*, Lima: Universidad de Lima, 2005.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Lecciones de derecho procesal penal*, Lima: INPECCP, 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, “Prueba ilícita e inutilización probatoria”, en *Delito & proceso penal*, Lima: Jurista Editores, 2017.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2.^a ed., Lima: INPECCP, 2020.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa, 2004.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: Idemsa, 2009.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SANGUINÉ, Odone, *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Curso de direito constitucional*, 4.^a ed., Sao Paulo: Saraiva, 2015.
- SCALFATI, Adolfo y Diletta SERVI, *Trattato di procedura penale*, vol. 2, t. I, Torino: UTET, 2009.
- SCAPARONE, Metello, *Procedura penale*, 3.^a ed., vol. I, Torino: Giappicheli, 2013.
- SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

- SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 1.^a reimp., Buenos Aires: Lerner, 2006.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, Madrid: enero-febrero de 1979.
- SCHLÜCHTER, Ellen, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Madrid: Dykinson, 2003.
- SIRACUSANO, Delfino, *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano: Giuffrè, 2011.
- DE SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de direito processual penal*, 8.^a reimp., Coimbra: Almedina, 2021.
- STARCK, Christian, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, n.º 53, Madrid: mayo-agosto de 1998.
- STARCK, Christian, “Derechos fundamentales y derecho privado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n.º 66, Madrid: septiembre-diciembre del 2002.
- STARCK, Christian, “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, Madrid: 2003.
- STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, México: septiembre-diciembre 1988.
- SURACI, Leonardo, *Le indagini difensive*, Torino: Giappichelli, 2014.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba penal*, Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- TAORMINA, Carlo, *L’investigazione*, Torino: Giappichelli, 2021.
- TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de la prueba por las partes”, en *Revista de Derecho*, vol. 15, n.º 2, Valdivia: diciembre del 2003.
- TARUFFO, Michele, “Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 3.^a ed., Madrid: Trotta, 2009.
- TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TARUFFO, Michele, *Lezioni sul proceso civile*, 5.^a ed., Bologna: Il Mulino, 2011.
- TARUFFO, Michele, *La prova nel processo civile*, Milano: Giuffrè, 2012.
- TARSKI, Alfred, “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en NICOLÁS Juan Antonio y María José FRÁPOLLI (eds.), *Teorías contemporáneas de la verdad*, Madrid: Tecnos, 2012.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2005.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Curso de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Madrid: Dykinson, 2019.
- TONINI, Paolo y Carlotta CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2.^a ed., Milano: Giuffrè, 2014.
- TONINI, Paolo, *Manuale di procedura penale*, 18.^a ed., Milano: Giuffrè, 2017.
- TORO LUCENA, Óscar Augusto, “De la imputación penal sustancial a la imputación penal procesal válida. Un diálogo de doble vía”, en *Criterio Jurídico Garantista*, año 3, n.º 6.
- TRANCHINA, Giovanni, *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano: Giuffrè, 2011.
- TUZET, Giovanni, *Filosofia della prova giuridica*, 2.^a ed., Torino: Giappichelli, 2016.
- UBERTIS, Giulio, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4.^a ed., Milano: Giuffrè, 2017.
- UBERTIS, Giulio, “Profili epistemologici della prova”, en *La prova nel processo civile. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, vol. 2, n.º 108, s/l: 1999.
- UBERTIS, Giulio, *Il proceso penale. La verifica dell'accusa*, Bologna: Il Mulino, 2008.
- UBERTIS, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Madrid: Trotta, 2015.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 3.^a ed., Ciudad de México: Porrúa, 2006.

- VAN EEMEREN, Frans y Rob GROOTENDORST, *Una teoría sistemática de la argumentación. La perspectiva pragmadialéctica*, Buenos Aires: Biblos, 2001.
- VAN EEMEREN, Frans, *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, Madrid-México: Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Plaza y Valdés Editores, 2012.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Reforma procesal y Ministerio Público*, Ciudad de México: Universidad Autónoma de México: 2016.
- VEGA TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 1993.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Córdoba: Lerner, 1982.
- VERGER GRAU, Joan, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona: Bosch, 1994.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima: Palestra, 2012.
- VILHENA VIEIRA, Oscar, “A constituição como reserva de justiça”, en *Lua nova: Revista de Cultura e Política*, n.º 42, São Paulo: 1997.
- VOLK, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, 7.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2016.
- ZAFFARONI, Raúl, “Las ideas básicas en la relación defensa pública - Estado de derecho”, en *Pena y Estado*, n.º 5, Buenos Aires: 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8.ª ed., traducción de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2008.
- ZAMORA, Miguel y Ciro MILIONE, “El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, Madrid: UNED, 2009.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 5.ª ed., Ciudad de México: Porrúa, 2009.

Publicado: Enero 2023

Este libro se terminó de imprimir
en enero del 2023 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3720
Lima-Perú
