

*A mi familia. A mi esposa Charo, y mis hijos César y
Diego. A mi nuera María Zobeida.
A mis nietas Valeria y María Alejandra.
Siempre a su lado.*

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

DERECHO
PROCESAL PENAL
LECCIONES

TERCERA EDICIÓN
2024

TOMO II



CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

PROFESOR PRINCIPAL DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PROCESAL PENAL LECCIONES

TERCERA EDICIÓN
2024

TOMO II

CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

COORDINADOR
ALEJANDRO MARTÍN OLIVA NAVARRO



DERECHO PROCESAL PENAL
LECCIONES - TOMO II
PERÚ: JUNIO DE 2024

© CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

DISEÑO DE PORTADA, DIAGRAMACIÓN

JULISSA VICTORIA RICOPA PACAYA
YEMELY YOANY JACOBO LEY

CORRECCIÓN DE ESTILO

MARTÍN JESÚS SÁNCHEZ RÍOS

EDITORES

© INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES

CALLE OROPENDOLAS 160
SAN ISIDRO. LIMA - PERÚ

© CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES

LETRAS Y HUMANIDADES
CALLE OROPENDOLAS 160
SAN ISIDRO. LIMA - PERÚ

TERCERA EDICIÓN: JUNIO 2024

TIRAJE: 2000 EJEMPLARES

ISBN: 978-612-49045-2-3

IMPRESIÓN: ORTEGA ARTES GRÁFICAS S.A.C.

CAL. CARLOS ARRIETA NRO. 134, URB. ESTELLA MARIS - ETAPA UNO
BELLAVISTA, CALLAO

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2024-02438

DERECHOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY DE DERECHO DE AUTOR.

QUEDA TERMINANTEMENTE PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA POR CUALQUIER MEDIO, YA SEA ELECTRÓNICO, MECÁNICO, QUÍMICO, ÓPTICO, INCLUYENDO EL SISTEMA DE FOTOCOPIADO, SIN AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL AUTOR Y EDITORES, QUEDANDO PROTEGIDOS LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE AUTORÍA POR LA LEGISLACIÓN PERUANA.

ÍNDICE GENERAL

PARTE SEXTA

EL PROCESO PENAL DE COERCIÓN LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

LECCIÓN DÉCIMA SEXTA

PROCESO PENAL DE COERCIÓN

CONCEPTOS GENERALES

I.	EL PROCESO DE COERCIÓN	
	1. Concepto y naturaleza jurídica.....	719
	2. Notas características	722
II.	LAS MEDIDAS DE COERCIÓN	
	1. Concepto	723
	2. Estructura	727
	3. Presupuestos e impugnación	728
	3.1. Presupuesto material y requisitos	728
	3.2. Presupuesto formal	729
	3.3. Efectos jurídicos	730
	3.4. Recursos	730
	4. Clasificación	730
	5. Elementos	731
	6. Juicio de coerción.....	732
	7. Principio <i>Pro Homine</i>	733

LECCIÓN DÉCIMA SÉPTIMA

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES

I.	CONCEPTO.....	735
----	---------------	-----

II.	DETENCIÓN	
1.	Concepto	736
2.	Antecedentes (antes de la reforma)	737
2.1.	Detención policial.....	737
2.2.	Detención judicial preliminar	738
3.	Decreto Legislativo 1298	740
4.	Decreto Legislativo 1605	745
5.	Arresto ciudadano.....	746
6.	Detención convalidada.....	747
7.	Detención incomunicada	748
8.	Recurso de apelación.....	749
III.	PRISIÓN PREVENTIVA	
1.	Concepto.....	749
2.	Presupuestos y requisitos	758
2.1.	Presupuestos materiales	758
2.1.1.	Fundados y graves elementos de convicción o sospecha fuerte	758
2.1.2.	Requisitos: motivos de prisión	763
2.2.	Presupuestos formales	772
2.2.1.	La pretensión coercitiva de prisión preventiva	773
2.2.1.1	Alcances	773
2.2.1.2	Elementos objetivos.....	773
2.2.2.	Auto de prisión: valoración y estandar de la decisión	776
2.2.3.	La Ley 31012, Ley de protección policial.....	781
3.	Duración.....	783
3.1.	Plazos ordinario y especial.....	783
3.2.	Prolongación de la prisión preventiva.....	784
3.3.	El plazo razonable de la prisión preventiva y su prolongación.....	785
4.	Impugnación	787
5.	Cómputo del plazo	790
6.	Revocatoria de comparecencia por prisión.....	791
7.	Prisión incomunicada	791
8.	Cesación de la prisión preventiva	792
8.1.	Concepto.....	792
8.2.	Decreto Legislativo 1229	793
8.3.	Cesación de prisión preventiva y legislación en materia de emergencia sanitaria.....	794

8.3.1	El Decreto Legislativo 1513. Aspectos generales	794
8.3.2	Presupuestos materiales de la cesación de prisión preventiva.....	795
8.3.3	Condiciones procesales de la cesación de prisión preventiva.....	796
9.	Revisión de oficio de la prisión preventiva	797
IV.	LA DETENCIÓN DOMICILIARIA	
1.	La medida adicional de vigilancia electrónica personal	800
V.	LA INTERNACIÓN PREVENTIVA.....	802
VI.	COMPARECENCIA	
1.	Concepto y alcances.....	803
2.	Comparecencia simple	804
3.	Comparecencia restrictiva	804
3.1.	Características generales	804
3.2.	La vigilancia electrónica personal	806
3.2.1.	Antecedentes (antes de la reforma).....	806
3.2.2.	Decreto Legislativo 1322	808
3.2.3.	A partir del Acuerdo Plenario 2-2019/CJ-116	810
3.2.4.	Decreto Legislativo 1585	812
VII.	ARRAIGO	814
VIII.	SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS.....	815

**LECCIÓN DÉCIMA OCTAVA
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN REALES**

I.	DEFINICIÓN.....	819
II.	CLASES E IDENTIFICACIÓN	
1.	Clasificación	820
2.	Identificación.....	820
3.	Presupuestos y requisitos	821
3.1.	<i>Fumus delicti comissi</i>	821
3.2.	<i>Periculum libertatis</i>	821

4. Procedimiento.....	822
5. Las concretas medidas de coerción reales.....	823
5.1. El embargo.....	823
5.2. La inhibición.....	826
5.3. Decomiso e incautación.....	826
5.3.1. Decomiso.....	827
5.3.2. Incautación instrumental.....	836
5.3.3. Incautación cautelar.....	840
5.3.4. Presupuestos de la incautación.....	841
5.3.5. Otros temas vinculados.....	845
5.4. Las medidas preventivas contra personas jurídicas.....	847
5.4.1. Consideraciones generales.....	847
5.4.2. Medidas coercitivas del artículo 105 del Código Penal.....	848
5.4.3. Las medidas coercitivas de la legislación sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.....	849
5.4.4. Las medidas administrativas complementarias.....	852
5.5. Medida de coerción contra personas jurídicas en caso de responsabilidad administrativa.....	852
5.5.1. Concepto.....	852
5.5.2. Notas características.....	853
5.6. Medidas anticipadas, desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos.....	853
5.7. Secuestro conservativo.....	855

PARTE SÉPTIMA
EL DERECHO PROBATORIO PENAL

LECCIÓN DÉCIMA NOVENA
ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

I. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN	
1. Definición.....	859
1.1. A. Concepto.....	859
1.1. B. Adiciones.....	861
1.2. Limitaciones. Relación prueba y verdad.....	863
1.3. Principios de la actividad probatoria.....	864
1.4. Actividad probatoria.....	867

2. Función	868
3. El derecho a la prueba.....	869
4. Regulación de la prueba	871
 II. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA	
1. Objeto de la prueba	872
2. Libertad de prueba.....	873
2.1. Regla general.....	873
2.2. Objeto de la prueba	873
2.3. Medios de prueba	875
3. Objeto concreto y carga de la prueba	875
3.1. Objeto concreto de la prueba.....	875
3.2. Carga de la prueba	876
4. Aspectos problemáticos de la carga de la prueba (Excursus).....	878
4.1. Planteamiento general.....	878
4.2. El non liquet y carga de prueba.....	880
4.3. Presunción de inocencia y carga de la prueba	881
4.4. Presunción de inocencia: significados y reglas	883
4.5. Circunstancias modificativas y decisión jurisdiccional	884
 III. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA	
1. Noción y alcances	885
2. Diferencias.....	886
 IV. NOTAS Y PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA	
1. Notas esenciales	886
2. Principios reguladores	889
2.1. Principios básicos.....	889
2.2. Otros principios.....	892
 V. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA	
1. Fuente y medio de prueba.....	895
2. Fuentes de prueba.....	895
3. Medios de prueba	896
3.1. Concepto y alcances.....	896
3.2. Identificación de los medios de prueba.....	896

LECCIÓN VIGÉSIMA
MEDIOS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

I.	EL IMPUTADO Y SU DECLARACIÓN	
	1. Marco Jurídico.....	899
	2. Aspecto problemático.....	904
	3. La confesión del imputado.....	909
	3.1. Concepto.....	909
	3.2. Efectos.....	909
	4. Declaración del imputado y prueba ilícita.....	910
	5. La declaración del coimputado.....	911
II.	EL TESTIMONIO	
	1. Concepto.....	912
	2. Estatuto jurídico del testigo.....	913
	3. Capacidad, incompatibilidad, abstención.....	914
	4. Estructura de la testimonial.....	915
	5. Valoración del testimonio.....	918
	6. La declaración de la víctima.....	920
III.	LA PERICIA	
	1. Aspectos generales.....	921
	1.1. Concepto.....	921
	1.2. Las pericias.....	924
	1.2.1. Naturaleza jurídica.....	925
	1.2.2. Clases de pericias.....	927
	2. Designación de peritos.....	928
	3. El testigo-perito.....	929
	4. Estructura de la prueba pericial.....	930
	5. Especialidad en pericias institucionales.....	931
	6. Impugnación.....	934
	7. El perito de parte.....	934
	8. La pericia cultural.....	935
	9. Valoración de la pericia.....	936
	10. La prueba científica.....	939

IV.	EL CAREO	
	1. Concepto	941
	2. Reglamentación legal	942
	2.1. Presupuestos	942
	2.2. Necesidad	942
	2.3. Intervinientes.....	943
	2.4. Práctica.....	943
	2.5. Medio careo.....	943
V.	LA PRUEBA DOCUMENTAL	
	1. Referencias normativas y concepto	944
	1.1. Referencias normativas	944
	1.2. Concepto	944
	2. El documento	946
	3. Existencia, validez y eficacia del documento	950
	4. Disponibilidad del documento	951
	4.1. Preliminar	951
	4.2. Concepto	951
	4.3. Supuestos de adquisición	951
	4.4. Formas de adquisición	952
	4.5. Utilización procesal del documento	954
	5. Captación de imágenes	956
	6. Valoración probatoria.....	958
	7. Informe	959
	8. Prueba electrónica o digital.....	960
	9. Prueba documentada	964
VI.	EL RECONOCIMIENTO	
	1. Concepto.....	965
	2. Reconocimiento de personas.....	966
	2.1. Concepto y fundamento	966
	2.2. Procedimiento	967
	3. Reconocimiento impropio	968
	4. Reconocimiento de voces y otros.....	968
	5. Reconocimiento de cosas	969
	6. Fotografías y videos.....	969
VII.	LA INSPECCIÓN JUDICIAL	971

VIII.	LA RECONSTRUCCIÓN	974
IX.	LAS PRUEBAS ESPECIALES	
	1. Regulación	976
	2. Levantamiento de cadáver	976
	3. Necropsia.....	977
	3.1. Alcance	977
	3.2. Destino del cadáver.....	979
	3.3. Pericias auxiliares	979
	4. Pericias médico legales	979
	5. Prueba de preexistencia y pericia de valoración.....	981
X.	EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO	
	1. Fases del procedimiento probatorio.....	982
	2. Fase de proposición probatoria.....	982
	3. Fase de admisión.....	982
	4. Fase de práctica	984

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

I.	ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA 'SUMARIAL'	
	1. Alcances.....	985
	2. Irrepetibilidad	986
	2.1. Concepto.....	986
	2.2. Irrepetibilidad previsible	986
	2.3. Irrepetibilidad no previsible	987
	3. Urgencia.....	988
II.	PRUEBA PRECONSTITUIDA	
	1. Concepto	988
	2. Notas esenciales	989
	3. Conclusión	990
	4. Informe Especial de la Contraloría General de la República	990

III.	PRUEBA ANTICIPADA	
	1. Concepto y regulación	992
	2. Ámbito objetivo.....	992
	3. Motivos de irrepetibilidad	993
	4. Solicitud y práctica.....	993
	5. Reproducción en el juicio oral.....	994
	6. Decreto Legislativo 1307	994
IV.	CONVENCIÓN PROBATORIA	
	1. Reconocimiento legal.....	995
	2. Ámbito de funcionamiento	996
V.	PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA	
	1. Definición	997
	2. Identificación.....	998
	3. Presupuestos	999
	4. Procedimiento.....	999
	5. Límites	999
LECCIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA		
APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y PRUEBA ILÍCITA		
I.	ALCANCES DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA	
	1. Momentos de la actividad probatoria	1001
	2. Aspecto preliminar de la apreciación probatoria.....	1003
	3. El método de valoración probatoria.....	1004
	4. Apreciación individual y conjunta de la prueba.....	1007
	5. El estándar de prueba.....	1009
	6. Reglas valorativas	1012
	7. Motivación de la valoración de la prueba.....	1013
	8. Control impugnativo de la apreciación de la prueba	1015
	9. Reglas valorativas incorporadas legalmente.....	1016
II.	LA PRUEBA INDICIARIA	
	1. Aspectos generales	1017
	1.1. Concepto y alcances.....	1017
	2. Objeto de prueba	1020

3.	Necesidad de prueba	1022
4.	Clases de prueba	1024
5.	La presunción judicial o la prueba por indicios-Aspectos generales	1025
6.	Reglas de prueba por indicios	1028
7.	La prueba en contrario-el contraindicio	1032
8.	El control impugnativo de la prueba por indicios	1034
9.	Tipología de indicios	1034
10.	Algunos indicios –Casuística judicial	1035
III.	EL SILENCIO DEL IMPUTADO	
1.	Ámbito constitucional del derecho	1037
2.	Valoración del silencio	1038
3.	La versión del imputado	1039
IV.	DECLARACIONES SUMARIALES Y PLENARIALES CONTRADICTORIAS	1040
V.	TESTIGOS DE REFERENCIA	1041
VI.	LAS DECLARACIONES ESCASAMENTE FIABLES	
1.	Planteamiento.....	1042
2.	La declaración del coimputado.....	1043
3.	La declaración de la víctima	1044
VII.	PRUEBA ILÍCITA E INUTILIZACIÓN PROBATORIA	
1.	Preliminar.....	1046
2.	Pautas generales	1051
2.1.	Planteamiento básico	1051
2.2.	Ubicación institucional objeto y alcance	1053
2.3.	Prueba ilícita, jerarquía normativa y elementos	1059
3.	Referencias normativas (individualización de las prohibiciones probatorias)	1064
4.	Régimen normativo	1074
5.	Prueba ilícita y delito provocado	1102

**PARTE OCTAVA
IMPUGNACIÓN PENAL**

**LECCIÓN VIGÉSIMA TERCERA
IMPUGNACIÓN PENAL**

I.	ASPECTOS GENERALES	
1.	Regulación.....	1107
2.	Definición.....	1107
3.	La impugnación penal.....	1108
3.1.	Concepto y tipología.....	1108
3.2.	Bases de la impugnación. Notas esenciales	1109
3.3.	Recurso.....	1110
3.4.	Fundamento	1111
3.5.	Notas esenciales	1113
II.	RECURSOS PENALES Y CLASIFICACIÓN	
1.	Aspectos generales	1114
1.1.	Naturaleza del recurso	1114
1.1.1.	Impugnación en sentido estricto	1114
1.1.2.	Medios de gravamen	1115
1.2.	Órgano competente	1115
1.3.	Ámbito del recurso	1116
1.3.1.	Recursos ordinarios.....	1116
1.3.2.	Recursos extraordinarios	1116
1.3.3.	Recursos accesorios.....	1117
1.4.	Contenido del pronunciamiento objeto del recurso	1117
1.4.1.	Recurso procesal	1117
1.4.2.	Recurso material	1117
2.	Condiciones constitucionales del sistema de recurso.....	1118
2.1.	Exigencias constitucionales	1118
2.2.	Directivas en materia de recursos	1118
2.2.1	Antecedentes: SCIDH del 2 de julio de 2004:	
	Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica	1118
2.2.2	Análisis de la CIDH.....	1120
2.2.3.	Directivas a partir de lo resuelto por la Corte	1121
3.	Principios generales del recurso	1121
3.1	Identificación.....	1121

3.2. Principio dispositivo	1121
3.3. Limitada competencia del Tribunal Superior. Efecto parcialmente devolutivo	1122
3.4. Prohibición de la <i>reformatio in peius</i>	1123
3.5. Poder de reparación o integración	1125
3.6. Renuncia, desistimiento e irrevocabilidad	1126
3.6.1. Regla general	1126
3.6.2. Desistimiento	1126
3.6.3. Irrevocabilidad	1127
4. Presupuestos procesales del recurso	1128
4.1. Definición y alcance	1128
4.2. Presupuestos subjetivos	1128
4.2.1. Gravamen	1128
4.2.2. Conducción procesal	1130
4.3. Presupuestos objetivos	1131
4.4. Presupuestos formales	1132
4.4.1. Tiempo	1132
4.4.2. Lugar	1133
4.4.3. Modo	1133
5. Efectos del recurso	1134
5.1. Planteamiento inicial	1134
5.2. Efecto devolutivo	1135
5.3. Efecto suspensivo	1135
5.4. Efecto extensivo	1136
5.5. Efecto diferido	1137
5.6. Efecto traslativo	1138
6. Adhesión al recurso	1138
7. Clasificación de los recursos	1140
7.1. Por el órgano competente	1140
7.2. Por la resolución recurrida	1141
7.3. Por el ámbito de impugnación	1141

LECCIÓN VIGÉSIMA CUARTA LOS RECURSOS PENALES

I. EL RECURSO DE REPOSICIÓN	
1. Concepto	1143

2.	Resoluciones impugnables.....	1143
3.	Procedimiento.....	1144
II.	EL RECURSO DE APELACIÓN	
1.	Concepto.....	1145
2.	Notas esenciales	1148
2.1.	Ámbito de aplicación y resoluciones recurribles.....	1148
2.2.	Naturaleza jurídica.....	1148
2.3.	Efectos.....	1150
2.3.1.	Efecto devolutivo	1150
2.3.2.	Efecto suspensivo.....	1150
2.3.3.	Efecto extensivo	1151
3.	Modelo de la apelación en el CPP.....	1151
3.1.	Planteamiento.....	1151
3.2.	Notas esenciales	1154
4.	Procedimiento.....	1155
4.1.	Interposición y formalización.....	1155
4.2.	Admisión	1156
4.2.1.	Decisión del <i>iudex a quo</i>	1156
4.2.2.	Control del <i>iudex ad quem</i>	1156
4.3.	Proposición de pruebas	1157
4.3.1.	Preliminar. Apelación de autos	1157
4.3.2.	Trámite previo.....	1158
4.3.3.	Regulación legal.....	1158
4.3.4.	Reglas Generales de admisión probatoria	1160
4.4.	Audiencia de apelación	1161
4.4.1.	Citación (artículo 423 CPP).....	1161
4.4.2.	La posición del Tribunal Constitucional	1162
4.4.3.	Realización de la audiencia (artículo 424 CPP).....	1163
4.4.4.	Periodos de la audiencia.....	1164
4.5.	Sentencia de vista.....	1165
4.5.1.	Deliberación.....	1165
4.5.2.	Valoración de la prueba	1166
4.5.3.	Alcances de la sentencia de vista (artículo 425 CPP)	1172
4.5.4.	Audiencia de lectura de sentencia	1177
4.5.5.	Recursos	1177
5.	La SCIDH del 23 de noviembre de 2012: caso Mohamed vs. Argentina	1178

5.1. Antecedentes del caso.....	1178
5.2. Análisis de la corte	1179
5.3. Algunas atingencias a la SCIDH Mohamed	1181
5.4. La Ley 31592 y el recurso de segunda apelación.....	1183
III. RECURSO DE CASACIÓN PENAL	
1. Aspectos generales.....	1185
1.1. Introducción.....	1185
1.2. Concepto.....	1187
1.3. Notas esenciales	1189
2. Límites del Tribunal de Casación	1197
2.1. Desde su naturaleza jurídica	1197
2.2. Desde su ámbito funcional	1201
2.3. Técnica casacional	1202
3. Carácter del recurso de casación	1202
4. Objeto impugnabile.....	1203
5. Impugnación subjetiva.....	1205
6. Inadmisibilidad excepcional por economía procesal	1206
6.1. Planteamiento básico	1206
6.2. Motivos de inadmisibilidad excepcional	1206
6.3. Algunas otras causales relevantes de inadmisión	1207
7. Motivos de casación: artículo 429 CPP.....	1210
7.1. Planteamiento general.....	1210
7.2. Casación constitucional: vulneración de precepto constitucional	1213
7.2.1. Alcance.....	1213
7.2.2. Presunción de inocencia	1214
7.2.3. Motivación	1219
7.2.3.1. Ámbito de la motivación	1219
7.2.3.2. Recurso de casación y motivación fáctica. Adiciones	1223
7.3. Casación procesal: quebrantamiento de forma	1231
7.3.1. Alcance.....	1231
7.3.2. Infracción de las normas sobre el régimen de los actos procesales	1232
7.3.3. Infracción de las normas reguladoras de la decisión.....	1232
7.3.4. Valoración	1235

7.4. Casación sustantiva: Infracción de la ley material	1235
7.4.1. Análisis	1235
7.4.2. Las normas procesales y casación sustantiva	1238
7.5. Casación jurisprudencia: infracción de doctrina jurisprudencial....	1239
8. Casación y condena del absuelto en segunda instancia	1239
9. El principio de inmediación y control casacional.....	1245
10. Tramitación	1246
10.1. Aspecto básico	1246
10.2. Fase de interposición.....	1246
10.2.1. Acto de interposición.....	1246
10.2.2. Acto de calificación.....	1247
10.2.3. Acto de elevación	1248
10.3. Fase de sustentación.....	1248
10.3.1. Traslado	1249
10.3.2. Juicio de admisibilidad.....	1249
10.3.3. Alegatos ampliatorios.....	1249
10.3.4. Citación a la audiencia de casación	1250
10.4. Fase de decisión	1251
10.4.1. Deliberación	1251
10.4.2. Audiencia de lectura de sentencia.....	1251
10.4.3. Sentencia casatoria	1251
11. Sentencia vinculante	1254
12. Sentencia de casación y condena del absuelto. Adiciones.....	1255
12.1. Aspectos generales.....	1255
12.2. Recurso de apelación y condena del absuelto.....	1256
12.3. Recurso de casación y condena del absuelto	1259
 IV. EL RECURSO DE QUEJA	
1. Concepto	1261
2. Tramitación	1262
2.1. Acto de interposición.....	1262
2.2. Plazo y lugar del recurso.....	1263
2.3. Procedimiento y decisión	1263
2.4. Queja y recurso diferido.....	1264
 V. LA ACCIÓN DE REVISIÓN	
1. Aspectos generales.....	1265

1.1.	Impugnación de la cosa juzgada	1265
1.2.	Fundamento, definición, notas esenciales y principios.....	1266
1.2.1.	Fundamento	1266
1.2.2.	Definición	1266
1.2.3.	Notas esenciales	1267
1.2.4.	Principios que rigen la acción.....	1268
2.	Sujetos y órgano judicial de la revisión	1269
2.1.	Sujetos de la promoción de la revisión.....	1269
2.2.	Órgano judicial.....	1270
3.	Motivos de revisión.....	1271
3.1.	Alcances.....	1271
3.2.	Motivos específicos	1271
3.2.1.	Incociliabilidad de sentencias	1271
3.2.2.	Duplicación de sentencias.....	1272
3.2.3.	Hechos o medios de prueba falsos.....	1273
3.2.4.	Nuevos hechos o medios de prueba.....	1274
3.2.5.	Condena por delito por o contra el Juez.....	1274
3.2.6.	Inconstitucionalidad de la Ley Penal	1275
4.	Procedimiento	1275
4.1.	Acto de interposición	1275
4.2.	Acto de calificación	1276
4.2.1.	Juicio de admisibilidad y de procedencia.....	1276
4.2.2.	Efectos.....	1277
4.3.	Actos de sustanciación	1278
4.3.1.	Traslado	1278
4.3.2.	Actuación probatoria	1278
4.3.3.	Audiencia de revisión	1279
4.4.	La sentencia de revisión	1280
4.4.1.	Sentencia desestimatoria	1280
4.4.2.	Sentencia estimatoria	1280
VI.	LA NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES	
1.	Presentación	1281
2.	Acto procesal.....	1281
2.1.	Regulación legal y concepto	1281
2.2.	Requisitos del acto procesal	1283
2.2.1.	Finalidad de los requisitos del acto procesal.....	1283

2.2.2.	Consideración general de los requisitos	1283
2.2.2.1.	Perspectiva aislada	1283
2.2.2.2.	Perspectiva compleja	1283
3.	Defectos y nulidades procesales	1287
3.1.	Defectos procesales. (I)	1287
3.1.1	Nulidad – definición	1287
3.1.2	Identificación	1287
3.1.3	Diferencias.....	1288
3.1.4	Reglas para su declaración	1288
3.1.5.	Nulidad absoluta. (II)	1289
3.1.6.	Nulidad relativa. (III).....	1290
3.1.6.1.	Definición	1290
3.1.6.2.	Límites para su declaración.....	1290
3.1.7.	Efectos de la nulidad (IV)	1292
3.1.7.1.	Ámbito.....	1292
3.1.7.2.	Extensión	1292
3.1.8.	Convalidación y saneamiento de actos procesales. (V).....	1293
3.1.8.1.	Convalidación	1293
3.1.8.2.	Saneamiento.....	1293
4.	Tratamiento procesal de la declaración de nulidad procesal	1294
4.1.	Control de la nulidad. Medios. (I)	1294
4.2.	Incidente de nulidad de actuaciones. (II)	1295
4.2.1.	Criterio base	1295
4.2.2.	Solicitud	1295
4.2.3.	Trámite	1295
4.2.4.	Decisión	1296
4.3.	Medios de impugnación regulares. (III).....	1296

PARTE NOVENA

LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES

LECCIÓN VIGÉSIMA QUINTA

LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES: GENERALIDADES

I. LA ANTERIOR LEY PROCESAL PENAL

1.	Clasificación	1299
1.1.	Lineamientos básicos	1299

1.2. Características	1299
1.2.1. Procedimientos ordinarios o comunes.....	1299
1.2.2. Procedimientos con especialidades procedimentales.....	1300
1.2.3. Procedimientos especiales	1301
II. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
1. Planteamiento básico	1301
1.1. Necesidad de un nuevo sistema procesal.....	1301
1.2. Regulación	1301
1.3. Justificación	1302
1.3.1. Alcances	1302
1.3.2. Costos y principios	1303

LECCIÓN VIGÉSIMA SEXTA LOS DIVERSOS PROCESOS ESPECIALES

I. EL PROCESO COMÚN	
1. Planteamiento básico	1305
2. El procedimiento de investigación preparatoria.....	1305
3. El procedimiento intermedio	1306
4. El procedimiento de enjuiciamiento.....	1306
II. EL PROCESO INMEDIATO (CPP ORIGINARIO, D. L. 1194 Y 1307)	
1. Presupuestos del proceso inmediato	1307
1.1. Planteamiento.....	1307
1.2. Flagrancia delictiva	1308
1.3. Confesión	1308
1.4. Evidencia delictiva	1309
1.5. Declaración del imputado.....	1310
1.6. Proceso inmediato y causas con pluralidad de imputados	1310
2. Incoación del procedimiento inmediato	1311
2.1. El requerimiento fiscal	1311
2.2. Trámite inicial.....	1312
2.3. Decisión judicial.....	1312
3. Características del proceso inmediato.....	1312
4. Desestimación del requerimiento del proceso inmediato	1313
5. Decreto Legislativo 1194 y 1307.....	1314

5.1. Aspectos generales.....	1314
5.2. De la definición del nuevo proceso inmediato.....	1315
5.3. Del juicio inmediato.....	1319
6. Ley 31960 y Decreto Legislativo 1605	1320
6.1. Supuestos de aplicación	1320
6.2. Audiencia única de incoación del proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva.....	1321
 III. EL PROCESO DE SEGURIDAD	
1. Objeto del proceso de seguridad.....	1322
1.1. Proceso penal y medida de seguridad	1322
1.2. Proceso de seguridad e inimputabilidad	1324
2. Incoación del proceso de seguridad	1325
3. Particularidades del proceso de seguridad.....	1326
4. Transformación del proceso.....	1328
4.1. Auto de transformación del proceso	1328
4.2. Proceso común y medida de seguridad.....	1328
 IV. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA	
1. Aspectos generales.....	1329
1.1. Notas distintivas	1329
1.2. Ámbito de aplicación	1330
2. Legitimación activa y competencia.....	1331
2.1. Legitimación activa.....	1331
2.2. Competencia	1331
3. Iniciación del proceso	1331
3.1. Oportunidad	1331
3.2. Postulación procesal.....	1332
3.3. Efectos e impedimentos	1332
3.3.1. Efecto principal.....	1332
3.3.2. Impedimento.....	1332
3.4. Modalidades de solicitudes de terminación anticipada	1333
4. Etapas del procedimiento.....	1334
4.1. Calificación de la solicitud	1334
4.2. Audiencia de terminación anticipada	1335
4.2.1. Características.....	1335
4.2.2. Pasos de la audiencia.....	1335

5.	Sentencia anticipada	1338
5.1.	Ámbito de la sentencia anticipada	1338
5.1.1.	Juicio de legalidad.....	1338
5.1.2.	Juicio de razonabilidad	1339
5.2.	Estructura de la sentencia anticipada.....	1339
6.	Beneficio premial	1340
7.	Terminación anticipada y pluralidad de hechos imputados.....	1341
8.	Recurso impugnatorio.....	1342
9.	Aspectos problemáticos de la terminación anticipada y conformidad procesal (<i>Excursus</i>).....	1343
9.1.	Planteamiento general	1343
9.2.	Conformidad procesal	1346
9.3.	Proceso especial de terminación anticipada	1348
V.	EL PROCESO POR DELITO PRIVADO	
1.	Aspectos generales.....	1351
1.1.	Introducción.....	1351
1.2.	Notas esenciales	1352
2.	El derecho de acción penal y legitimación activa	1353
2.1.	Derecho de acción penal.....	1353
2.2.	Legitimación activa.....	1355
3.	El procedimiento preparatorio de incoación de la causa	1356
3.1.	La querella	1356
3.2.	El control de admisibilidad	1357
3.3.	El control de procedencia.....	1357
3.4.	La querella preliminar y solicitud de auxilio judicial.....	1358
3.5.	La admisión del proceso.....	1359
4.	El procedimiento de enjuiciamiento.....	1360
4.1.	Periodos del enjuiciamiento	1360
4.2.	Particularidades del juicio	1360
5.	Otras particularidades procedimentales.....	1361
5.1.	La coerción personal	1361
5.2.	El abandono	1362
5.3.	El desistimiento y la transacción	1362
5.3.1.	El desistimiento	1362
5.3.2.	La transacción.....	1363
5.4.	Sucesión procesal	1363

5.5. Publicidad de la sentencia	1364
6. Impugnación	1364
VI. EL PROCESO POR FALTAS	
1. Caracteres generales	1365
2. Ámbito de aplicación, competencia y partes.....	1366
2.1. Modalidades de juicio de faltas.....	1366
2.2. Competencia	1367
2.3. Partes	1367
3. Iniciación del proceso	1367
3.1. Incoación.....	1367
3.2. Citación a juicio	1369
4. El juicio oral	1369
4.1. Instalación	1369
4.2. Periodos.....	1370
4.2.1. Marco general	1370
4.2.2. Especialidades.....	1372
4.2.3. Documentación	1372
5. Impugnación	1372
6. Otras particularidades procedimentales.....	1373
6.1. Restricción de la libertad.....	1373
6.2. Desistimiento	1373
VII. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	
1. Aspectos generales.....	1374
1.1. Función pública y proceso penal	1374
1.2. Prerrogativas procesales.....	1375
1.2.1. Acusación constitucional	1375
1.2.2. Aforamiento	1379
1.3. Modalidades procedimentales	1381
1.3.1. Regulación legal.....	1381
1.3.2. Justificación	1381
2. El proceso por delito de función contra altos funcionarios públicos	1381
2.1. Competencia objetiva	1381
2.2. Requisitos de procedibilidad	1382
2.3. Iniciación y formalización del proceso penal	1382
2.4. Resolución de imputación.....	1383

2.5. Otras particularidades	1384
2.6. Auto de conversión del procedimiento	1385
3. El proceso por delito común contra congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo	1386
4. El proceso por delitos de función contra otros funcionarios públicos.....	1387
4.1. Ámbito	1387
4.2. Competencia objetiva	1387
4.2.1. Competencia objetiva de la Corte Suprema	1387
4.2.2. Competencia objetiva de la Corte Superior.....	1388
4.3. Reglas del procedimiento	1388
VIII. EL PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ	
1. Aspectos generales.....	1389
1.1. Criterios funcionales	1389
1.2. Regulación Legal	1390
2. Teoría general	1390
2.1. Lógica del proceso especial.....	1390
2.2. Notas características	1391
2.3. Elementos básicos	1392
2.4. Carácter de la información del colaborador.....	1393
3. Ámbito competencial.....	1394
3.1. Delitos comprendidos	1394
3.2. Competencia objetiva	1394
4. Estructura del proceso por colaboración eficaz	1395
4.1. Fases del proceso por colaboración eficaz.....	1395
4.1.1. Calificación	1395
4.1.2. Corroboración.....	1395
4.1.3. Celebración del acuerdo de colaboración	1398
4.1.4. Acuerdo de beneficios y colaboración	1399
4.1.5. Control y decisión jurisdiccional	1399
4.1.6. Revocación de los beneficios	1400
5. Eficacia y utilización de las diligencias de corroboración	1400
5.1. Proceso por colaboración concluido	1401
5.2. Proceso por colaboración en trámite	1401
5.3. La prueba trasladada al proceso derivado o conexo.....	1401
5.3.1. Bloque normativo	1401
5.3.2. Prueba trasladada.....	1404

5.4. Valor probatorio del testimonio del colaborador	1406
5.5. Prisión preventiva y declaración del colaborador	1409
6. Personas Jurídicas y proceso por colaboración eficaz	1412
IX. PROCESO CON ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES ORGANIZACIÓN CRIMINAL	
1. Aspectos generales	1415
1.1. Preliminar	1415
1.2. Concepto de organización criminal	1415
1.3. Delitos comprendidos	1417
2. Aspectos procesales de la criminalidad organizada	1419
2.1. Ámbito de aplicación	1419
2.2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado	1420
2.3. La investigación preparatoria	1428
2.3.1. Plazo de las diligencias preliminares	1428
2.3.2. Carácter complejo	1429
3. Los actos especiales de investigación	1429
3.1. Aspectos generales	1429
3.2. Seguimiento y vigilancia	1431
3.3. Operaciones encubiertas	1431
3.4. Geolocalización	1432
3.4.1. Alcances	1432
3.4.2. Procedimiento	1434
3.4.3. Derecho afectado y legitimidad de la medida	1436
3.4.4. Conservación de datos derivados de las telecomunicaciones	1437
3.5. Prueba pericial de inteligencia	1439
4. La prueba trasladada	1441
5. El decreto legislativo 1607	1443
6. La ley 31989	1446
X. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL PROCESO POR DELITOS DE CORRUPCIÓN	
1. Aspectos generales	1447
2. Proceso penal y corrupción	1450
2.1. Promoción de la acción penal	1450
2.2. Jurisdicción y competencia penales	1452

2.3. Especialidades procedimentales	1454
2.3.1. Contraloría General de la República	1454
2.3.2. Unidad de Inteligencia Financiera	1455
2.3.3. Secretos de Estado	1455
2.3.4. La denuncia anónima	1456
2.4. Medidas instrumentales restrictivas de derechos	1457
2.4.1. Levantamiento del secreto bancario	1457
2.4.2. Intervención de las comunicaciones	1458
2.5. Medidas de coerción	1459
2.6. El agente encubierto	1460
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL	1463

PARTE SEXTA

**EL PROCESO PENAL DE COERCIÓN
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN**

LECCIÓN DÉCIMA SEXTA

PROCESO PENAL DE COERCIÓN CONCEPTOS GENERALES

I. EL PROCESO DE COERCIÓN

1. Concepto y naturaleza jurídica

El proceso de protección, cuyo eje central son las medidas coercitivas, se corresponde con una subfunción de la jurisdicción y con una clase de pretensión.

- A.** La jurisdicción. Son tres las funciones de la jurisdicción, que se corresponden con la naturaleza de la pretensión hecha valer. En el proceso jurisdiccional penal se tiene: **1.** El proceso declarativo de condena –proceso para la aplicación del derecho penal, que es derecho público por excelencia–, que satisface la pretensión punitiva (declaración de la existencia de un hecho punible y de la intervención delictiva del acusado, así como la imposición de la correspondiente sanción penal y, en su caso, de la reparación civil) y, por tanto, soluciona definitivamente el conflicto penal a través de la creación de un “título jurisdiccional de ejecución”. La pretensión es declarativa de condena. **2.** El proceso penal de ejecución, destinado a –tiene por objeto– la realización judicial –cumplimiento forzoso– de la sanción penal y, en su caso, civil, materializada en la sentencia firme de condena –importa ejecutar lo juzgado–. La ejecución de las penas está sometida al principio de legalidad y al control judicial. Concreta la nota característica de la jurisdicción de ser práctica, es decir, que se lleve a la realidad mediante la ejecución forzosa. La pretensión es de ejecución forzosa. **3.** El proceso penal de coerción, satisface una pretensión puramente procesal, de tutela del proceso en su conjunto. Mediante ella se pide el aseguramiento de la plena efectividad de la potestad jurisdiccional, a través del cual se concreta la potestad punitiva del Estado –plenitud de la prestación jurisdiccional, base de la garantía de tutela jurisdiccional–. Se asienta en

la idea de que la realización de un debido proceso y en el que existe la garantía de pluralidad de la instancia (artículo 139, incisos 3 y 6, Const.), requiere tiempo –imposibilidad de progresión del proceso y de no efectiva ejecución de la sentencia de condena– y, durante el transcurso de éste, pueden realizarse actos o adoptarse conductas que impiden o dificulten gravemente la propia realización de la causa y, en su día, impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia de condena que puede ser dictada –la función coercitiva sirve para asegurar la función de juzgar y la de ejecutar [BARONA]–. Este riesgo, de ineficacia del propio proceso y de la sentencia que se dicte [MORENO CATENA] es el que persigue contrarrestar el proceso de coerción, mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado adecuada y suficiente a tal efecto [ORTELLS]. El objeto de este proceso es, pues, facilitar otro proceso, el de declaración, garantizando la eficacia de sus resultados [MONTERO].

- B.** Ahora bien, se entiende, en primer lugar, que la satisfacción de las pretensiones no puede alcanzarse con solo los procesos de declaración y ejecución. Frente al tiempo transcurrido para la tutela demandada –toda actividad procesal, de investigación especialmente, requiere de un tiempo para realizarla, en ocasiones dilatado– y el riesgo de que no sea posible el debido esclarecimiento de los hechos, la realización del juicio por la ausencia del imputado o de hacer inútil o inejecutable la resolución que se dicte, surge una subfunción de la jurisdicción, llamada de seguridad, de protección o de cautela, que se realiza a través del proceso de protección o de coerción o cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos subfunciones: declaración y ejecución. Su finalidad consiste en asegurar, en la medida de lo posible, la eficacia práctica de la resolución final; además, tiene una función meramente instrumental en relación a las otras subfunciones de la jurisdicción, y por su intermedio el Estado ejerce una tutela jurisdiccional mediata [BARBOSA MOREIRA]. Es de tener claro que el juicio penal, de un lado, puede desembocar en la imposición de una sanción penal, lo que interesa a todos que tal sanción sea susceptible de cumplimiento efectivo; y, de otro lado, no puede olvidarse que el juicio penal tiene como otro objetivo la reparación de las consecuencias económicas del delito y, especialmente, la protección de las víctimas (indemnización reparatoria). Ambos objetivos no deben descuidarse [RAMOS MÉNDEZ].
- C.** La pretensión que se plantea, en segundo lugar, es puramente procesal: se pide el aseguramiento de la plena efectividad de la futura sentencia de

condena durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento. Las medidas que se dictan en este proceso persiguen hacer posible la efectividad o la ejecución forzada de una eventual sentencia condenatoria, en tanto exista *fumus delicto y periculum libertatis*; asegura la función de juzgar y de ejecutar.

El proceso penal, como acto de autoridad, para cumplir sus fines necesita, en casos taxativos, una intromisión legítima en la esfera de algunos derechos fundamentales, cuya base o fundamento se encuentra en la garantía de tutela jurisdiccional —a su efectividad—, en concreto a la tutela coercitiva. Por un lado, según ya se ha analizado, están los actos de investigación limitativos de derechos, que son medidas instrumentales restrictivas de derechos que buscan garantizar el proceso de conocimiento —su finalidad de esclarecimiento—, asegurar fuentes de investigación; pero, por otro lado, están lo que el CPP denomina medidas de coerción, que aseguran la eficacia del proceso —su normal funcionamiento— y de la sentencia del proceso, por lo cual el órgano jurisdiccional —a través de una cognición sumaria— habrá de dictar y ejecutar la medida de coerción que sean adecuadas para garantizar el debido esclarecimiento de los hechos y la efectividad de la sentencia a expedirse [PRIORI POSADA].

La regulación legal de las medidas de coerción se encuentra en la Sección III del Libro III La actividad procesal. Consta de los artículos 253 al 263 del CPPL: un total de sesenta y ocho artículos. Cabe puntualizar, desde la forma como se reguló esta institución, que ha sido el Código Procesal Civil el que optó por asumir la concepción del proceso cautelar —o de coerción—, no así nuestro Código Procesal Penal que se decidió por la tradicional categorización legal de la institución simplemente como medidas de coerción, más allá de haber configurado una regulación muy precisa y prolija. No obstante ello, no es un obstáculo para seguir asumiendo, desde una perspectiva dogmática, que lo coercitivo —que incluye lo cautelar, lo aseguratorio de la prueba y lo tuitivo coercitivo—, integra propiamente un proceso con una función típica, una clase de pretensión específica y unas notas características diferenciadas.

El objeto del proceso penal de coerción estriba en contrarrestar las conductas que pueden realizarse (*i*) para impedir o dificultar gravemente la ejecución de la sentencia de condena que puede ser dictada, (*ii*) para garantizar la buena marcha del proceso —evitar que la actividad investigativa y de enjuiciamiento pueda alterarse o impedirse—, y, en su caso, (*iii*) para prevenir que se sigan cometido delitos, en especial contra la víctima. Como consecuencia del paso del tiempo se genera inevitablemente un riesgo para el desarrollo del proceso y la ejecución de

la sentencia que en él recaída [ARMENTA]. Tal función se realiza mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado, adecuada y suficiente, a tal efecto. Es una materia con inmediata y directa relevancia constitucional. Las medidas de coerción personales son objeto de una primera configuración en el artículo 2.24 de la Constitución; y, por otra parte, en todas las medidas de coerción penales habrán de respetarse las exigencias que derivan de la garantía genérica de presunción de inocencia como regla de tratamiento [ORTELLS]. Estas medidas se sustancian con independencia del proceso penal declarativo de condena, aunque exista influencia de este sobre aquellas o viceversa [DI LORIO].

2. Notas características

El proceso de protección, cuyas reglas básicas están contempladas en el Título I “Preceptos generales” de la Sección III “Medidas de coerción procesal” del Libro Segundo “La actividad procesal” del CPP, tiene cinco notas características:

- A. Es sumario: corto o breve y de cognición limitada. Genera una pieza o cuaderno separado. Es importante aclarar, sin embargo, que estas medidas no presentan, por sí mismas, autonomía alguna, pues siempre se encuentran en conexión con un proceso penal declarativo de condena y pierden su eficacia una vez finalizado el mismo (principio de instrumentalidad).
- B. En la dictación de las medidas, por lo general, en atención al rol emergente que cumplen [MONROY GÁLVEZ], no rige el principio de contradicción (principio de *inaudita altera pars*), salvo si hubiere una medida intermedia previamente ejecutada (artículo 258 CPP) o si se trata de modificarla, en cuyo caso siempre se requerirá audiencia oral (artículo 255.3 CPP).
- C. Por lo general, es competente para dictarla el juez que conoce del proceso penal declarativo. Su adopción ha de ir precedida de un verdadero enjuiciamiento sobre los presupuestos que las condicionan.
- D. El legitimado para dictarla es el fiscal para medidas penales y civiles, y el actor civil para las medidas civiles (artículo 255.1 CPP). Rige, pues, el principio de rogación, inherente a la potestad jurisdiccional.
- E. Las resoluciones no generan cosa juzgada, no causan estado; pueden modificarse (desestimarse, reformarse, sustituirse o acumularse), incluso de oficio, si cambian los presupuestos que la determinaron (artículo 255.2 CPP, regla *rebus sic stantibus*). Además, son resoluciones típicamente instrumentales, destinadas a asegurar preventivamente los eventuales

resultados que recién cobrarán consistencia cuando se dicte sentencia definitiva; su ejecutabilidad es inmediata por revestir carácter urgente; y, se tramitan en un cuaderno especial y sigue un trámite diferente sin importar el estado procesal en el que se encuentre el proceso penal declarativo de condena [PELAEZ]. Pero una vez culminado el proceso declarativo de condena con un fallo estimatorio, la medida de coerción se convierte en medida ejecutiva, que se erige en la herramienta para asegurar el cumplimiento de la sentencia estimatoria en última instancia [TITO PUCA]. Asimismo, su vigencia en el tiempo se encuentra subordinada a la presencia del proceso (principio de provisionalidad), al que en determinados supuestos se introducen la nota de la temporalidad que solo habilita la medida de coerción a un periodo de tiempo específico.

II. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

1. Concepto

Las medidas de coerción, personales y reales o patrimoniales, se erigen en la piedra angular del proceso de coerción. Dos son sus elementos centrales: **1.** La configuración normativa de sus condiciones procesales (presupuesto y requisitos procesales) [GARBERÍ]. **2.** Sus efectos [ORTELLS].

Las medidas de coerción, cuya nota típica es el empleo de la fuerza pública, sirven para otorgar efectividad al proceso mismo. Son actos realizados por la autoridad penal que pueden adoptarse contra el presunto responsable de un hecho punible, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro lado, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial, de obstaculización de los actos de aportación de hechos o de realización de ulteriores hechos punibles en el curso de un procedimiento penal (artículo 253.3 CPP), por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus fines con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia. Tienen como finalidad asegurar la eficacia del fallo de la sentencia que pueda dictarse e impedir las consecuencias que para los fines del proceso pueda originar la duración del mismo [TOMÉ GARCÍA] –durante ese tiempo, que puede ser bastante largo, el imputado puede desaparecer, impidiendo la celebración del juicio o la ejecución de la sentencia, o puede destruir pruebas, o puede provocarse una situación de insolvencia (o desaparecer bienes delictivos decomisables, conservarlos), afectando las consecuencias penales y jurídico-económicas del delito–.

Están sometidas a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad (artículo 253.2 del CPP).

Son, propiamente, garantías porque comportan la tutela del desarrollo del proceso, y porque aseguran las personas y los bienes en aras del cumplimiento de la sentencia condenatoria. Ahora bien, debe diferenciarse entre medidas limitativas de derechos, que son el género, y las medidas de coerción, sean con función cautelar, aseguratoria de la prueba o tuitiva coercitiva [MÁLAGA DIEGUEZ], que tienen como nota característica específica la instrumentalidad – vinculadas al normal desarrollo del proceso de declaración y a la ejecución de la probable sentencia condenatoria que pueda dictarse–. Las primeras son la anticipación probatoria, las restricciones de la libertad que no se adoptan en función de un proceso penal, las restricciones para posibilitar la realización de actos de investigación y de prueba (ingreso y registro, control de comunicaciones, intervenciones corporales, etc.) y la celebración de actos procesales que requieren la presencia de ciertas personas (incautaciones). Se debate si las denominadas “medidas interdictivas o anticipatorias” (v.gr.: suspensión preventiva de derechos, suspensión de la actividad contaminante, desalojo preventivo, pensión provisional de alimentos), son medidas de coerción; así como, las denominadas “medidas preventivas”, para prevenir la comisión o reiteración de delitos.

GIMENO solo entiende que las medidas cautelares –destinadas a asegurar la futura comparecencia del imputado en el juicio oral pueden y la eventual ejecución de la pena– son las únicas que pueden calificarse como tales, y que las otras funciones (aseguratoria de la prueba y tuitiva coercitiva) constituyen una nueva categoría, de medidas provisionales, en las que está ausente la nota de la homogeneidad–. Estas últimas (*1*) limitan derechos fundamentales del imputado, mediante los cuales se le ocasiona el (*ii*) surgimiento de determinadas obligaciones procesales tendentes a garantizar el cumplimiento de los fines del proceso penal; así, respecto de la función aseguratoria de la prueba, la obligación de probidad y buena fe procesal en la conservación de la prueba y, en cuanto a la función tuitiva coercitiva, la obligación de abstenerse de cometer nuevos delitos. Los requisitos para la procedencia de la medida en orden a la ocultación o alteración de fuentes de prueba estriban en: (*1*) que las fuentes de prueba sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal del proceso; y, (*ii*) que el peligro de la actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado –no se aceptan riesgos genéricos–, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, peritos o quienes pudieran serlo. Los requisitos para la procedencia de la medida respecto

de la reiteración delictiva son la necesidad que exista una naturaleza común entre el hecho delictivo presuntamente cometido y el que se pretende evitar, que tanto uno como otro sean especialmente graves o, al menor, de la misma gravedad que los que autorizan con carácter general la medida provisional y que el imputado tenga el suficiente grado de experiencia y capacidad para facilitar la repetición de los actos delictivos [SSTEDH, asunto W vs Suiza, de 26-01-1993; Asunto W vs Austria, de 16-07-1990; Asunto B vs Austria de 28-03-1990].

Las medidas de coerción importan actos realizados por la autoridad penal, que si es jurisdiccional –regla general– requieren de una resolución fundada compatible con los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad –amén de legalidad estricta–: artículo 253.2 del CPP, que pueden dictarse contra el presunto responsable de un hecho punible, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales, civiles y procesales, de la sentencia. Están sometidas a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad, y son conducentes a viabilizar la efectividad de la tutela jurisdiccional que pudiere otorgarse en una eventual sentencia condenatoria [GARBERÍ].

Su nota típica es el empleo de la fuerza pública para la restricción de los derechos; tanto su utilización directa –es el caso, verbigracia, de la detención y del embargo– como la amenaza de aplicarla –así, por ejemplo, la citación cautelar y la orden de presentación de bienes–. Persiguen evitar actuaciones dañosas o perjudiciales del imputado, y en esa perspectiva adoptan tres funciones: cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivo-coercitivas (artículo 253.3 CPP). La primera: garantiza la eficacia de la sentencia condenatoria; la segunda, impide actuaciones o confabulaciones del imputado que obstruyan la investigación o perturben su práctica; y la tercera, evita que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles, idénticos o análogos a los que provocaron la incoación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito enjuiciado [MÁLAGA DIÉGUEZ]. No son, pues, fin en sí mismas, sino un medio para asegurar los fines legítimos del proceso y de las consecuencias jurídicas de una probable sentencia condenatoria. Esto último significa que la medida de coerción se otorga prevalentemente en interés de la administración de justicia, en beneficio del orden jurídico en su integridad. Aquí la jurisdicción funciona *uti civis*, garantizando su propio ejercicio, el *imperium iudicis* [COUTURE]. La coerción procesal si bien tiene de común con la coerción material la utilización de la fuerza a emplearse por las autoridades del Estado con competencia predispuesta para ello,

difiere en cuanto sus fines se constriñen exclusivamente al ámbito del proceso; las coerciones personales recaen sobre la persona, mientras las coerciones reales afectan a la persona en forme indirecta por restringir o privar a la misma de su goce de los derechos sobre una cosa o bien, siendo en ambos casos que ambas persigue asegurar que el proceso se lleve a cabo y con normalidad [JAUCHEN].

La eficacia, como finalidad de la tutela coercitiva, y la necesidad de evitar peligros que pongan en cuestión el proceso mismo, explican, de un lado, el carácter urgente que revisten las medidas coercitivas, y, simultáneamente, el hecho de que, para legitimar su adopción, no es posible investigar de manera completa y solo cabe aceptar una averiguación provisoria de los presupuestos materiales que requieren, por lo que únicamente permite un juicio de probabilidad acerca de la necesidad de su imposición [BARBOSA MORERIA]. De igual manera, la homogeneidad de las medidas de coerción respecto de las medidas ejecutivas (penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, medidas preventivas contra personas jurídicas), requiere que las primeras se asemejen a las segundas.

Es de precisar, respecto de la autonomía del proceso penal de coerción, de un lado, que las medidas de coerción no son una manifestación de la potestad punitiva pues lo impide la garantía de presunción de inocencia; y, de otro lado, que al inciden en los derechos fundamentales no es posible considerarlas simples medidas instrumentales del proceso principal, sino corresponde rodearlas al máximo de las garantías de un proceso. La materia que lo contiene es de inmediata y directa relevancia constitucional, tanto más si la detención y la prisión preventiva tiene una primera configuración en el artículo 2, numeral 24, de la Constitución (libertad personal y presunción de inocencia).

Los efectos de las medidas de coerción. Varían según se trate de medidas reales y personales. **A.** Las primeras, son de mero aseguramiento (embargo, secuestro conservativo, inhibición), de conservación de una situación, y de efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión (v.gr.: pensión provisional de alimentos, desalojo preventivo). **B.** Las segundas solo tienen efectos de aseguramiento, pues de lo contrario afectarían la garantía de presunción de inocencia (artículo 2.24.d', de la Const.). Los efectos, en ambos casos, están en función de la instrumentalidad de las medidas de coerción (que impone su adecuación a aquello que se trata de asegurar) y de la entidad del riesgo, que además han de respetar el principio de proporcionalidad.

La actividad procesal es diversa por el heterogéneo tratamiento relativo a cada medida de coerción. Es de destacar, al respecto, tres notas características

de carácter general: **1.** Solo se imponen a instancia de parte (principio de rogación), por el sujeto procesal legitimado: fiscal y actor civil (artículos 254.1 y 255.1 CPP), pero como excepción rige la imposición de oficio para el caso del secuestro conservativo (artículo 312-A.1 CPP). **2.** Rige la regla de inaudita et altera pars, salvo que existan medidas intermedias previamente dictadas, y la necesidad de audiencia que incorpora el régimen del debate contradictorio. La audiencia está impuesta en los casos de prisión preventiva: artículo 271.1 CPP; de prolongación de internación preventiva: artículo 293.2 CPP; de prolongación de impedimento de salida: artículo 296.4 CPP; de suspensión preventiva de derechos: artículo 301 CPP; y, de variación y reexamen de incautación: artículo 319,'c', CPP). **3.** Son variables. No causan estado. Se modifican en función de la variación de los supuestos o condiciones procesales que motivación su imposición o rechazo. Cabe que se reformen tanto a pedido de parte cuanto de oficio (artículo 255.2 CPP). También pueden sustituirse o acumularse con otra medida más grave, de oficio o a solicitud de la parte legitimada, cuando se infringen sus disposiciones (artículo 256 CPP).

2. Estructura

El proceso penal de coerción, tiene una estructura similar al proceso penal de declaración. Consta, al decir de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, de cuatro fases: **1.** Fase Preparatoria, que importa el conjunto de actividades destinadas a obtener información necesaria o conveniente para poder plantear y desarrollar dicho proceso cabalmente, determinando asimismo la existencia de sus condiciones (presupuestos y requisitos). **2.** Fase de Alegaciones, que se integra por el conjunto de actos que tienen por finalidad proporcionar al juez los fundamentos de hecho y de derecho que configuran el objeto de la controversia: cumplimiento forzoso de la sanción penal y, en su caso, civil de la sentencia condenatoria. **3.** Fase de Prueba, que en pureza no es propiamente tal, pues solo persigue la acreditación de la procedencia de las medidas de coerción requeridas, es decir, de la concurrencia de las condiciones procesales (presupuestos y requisitos) para su adopción: *fumus delicti comissi y periculum libertatis*. **4.** Fase de Conclusión, que se compone por dos tipos de actos: **(i)** Recapitulación o síntesis de lo actuado en el proceso hasta entonces, a cargo de las partes, quienes propondrán las razones de la procedencia de sus pretensiones o resistencias, tanto en cuanto a los hechos relevantes como en cuanto a los argumentos jurídicos en que apoyen dichas pretensiones; y, para terminar, **(ii)** la Resolución del órgano jurisdiccional sobre el objeto del proceso.

3. Presupuestos e impugnación

La norma procesal que configura una medida de coerción –sin ley no puede dictarse medida de coerción alguna; *nulla coativo sine lege*–, en primer lugar, prevé un supuesto de hecho, un presupuesto y unos requisitos; y, en segundo lugar, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos efectos.

3.1. Presupuesto material y requisitos

El presupuesto material de toda medida de coerción es el: *fumus commissio delicti*, mientras que los requisitos están en función al *periculum libertatis*.

- A.** *Fumus commissio delicti*. Es la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela se establece la medida. El *fumus* es la apariencia o justificación del derecho subjetivo, que en el proceso penal es la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada –no la certeza del mismo–, y que requieren de indicios delictivos [STEDH Klass, de 06-09-78]. Es el presupuesto material de la imputación, que consiste en un juicio de carácter instrumental en contraposición a un juicio de certeza que tiene un carácter final [CALAMANDREI]. Es un juicio de probabilidad –o de verosimilitud–, de carácter objetivo (o apariencia probable de legitimidad), que se funda en los actos de investigación sobre la responsabilidad penal y civil del imputado u otro sobre quien recae la medida –indicio procedimental o principio de prueba de que la pretensión coercitiva se encuentra aparentemente bien fundada en derecho– [ARMENTA], y que deben ser evaluados prudentemente por el juez. La comprobación de la imputación requiere de un conocimiento en grado de probabilidad [REYNA].
- B.** *Periculum libertatis*. Es el daño jurídico derivado del retardo del procedimiento o de la mora procesal e interés específico que justifica la emanación de cualquiera de los hechos de coerción [CALAMANDREI]. Es el requisito de importancia fundamental en tanto que la irremediable duración del proceso provoque situaciones dañosas para la persona o la sociedad [GARBERÍ]. Está en función a aquellos riesgos que pretenden evitarse, como consecuencia de la libertad del encausado, para garantizar la efectividad del proceso y de la sentencia, que pueden referirse tanto a la persona como al patrimonio del imputado.

Consta de dos elementos: **(i)** retraso, demora en expedirse el fallo; y, **(ii)** realización en ese lapso de conductas que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica del proceso. Son tres los peligros o riesgos que integran el *periculum*: **1.** Ocultación personal o patrimonial del imputado; la fuga, como expresión de la ocultación personal, impide la ejecución penal y la celebración del juicio oral; mientras que la ocultación de la cosa o la insolvencia afecta la efectividad de la responsabilidad pecuniaria. **2.** Ocultación de pruebas u obstrucción de la investigación. **3.** Comisión de nuevos delitos –que incluye la desprotección de la víctima–.

Debe quedar claro que las medidas de coerción suponen una injerencia del poder público en los derechos constitucionales, y que se justifica en la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho constitucional más allá de lo razonable; por consiguiente, toda decisión que limite tales derechos: **(i)** ha de asegurar que esas medidas sean necesarias para conseguir el fin perseguido; **(ii)** ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquella a quien se le impone; y, en todo caso, **(iii)** ha de respetar su contenido esencial (STCE 18/1999, de 22-02-99).

3.2. Presupuesto formal

Son las notas de escrituralidad y especial motivación. La medida de coerción debe ser dispuesta por una resolución judicial especialmente motivada e instada por la Fiscalía o el actor civil –según el caso (artículo 255.1 CPP), conforme a las directivas del artículo 254 CPP. Por tanto, la medida de coerción se inscribe en un proceso abierto y no puede ser efectuada más que por el juez que previno de su conocimiento (artículo 3 CPP). De igual manera, cumple un rol esencial la expresión de una motivación suficiente y razonada de la resolución que sustenta una medida de coerción, por un lado, se trata de un principio que informa la actividad jurisdiccional y, de otro, de un derecho constitucional de los justiciables. Este presupuesto cobrará mayor vigencia tratándose de la medida de prisión preventiva (STC n.º 894-2007-PHC/TC, FJ 6). Excepcionalmente, se autoriza medidas provisionálsimas, no solo por la Policía y Fiscalía, pero que requieren la pronta convalidación judicial, sino también medidas preordenadas a un proceso por abrir: detención preliminar.

3.3 Efectos jurídicos

Los efectos jurídicos es el otro eje de esta institución coercitiva. Se trata de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento vincula a las medidas de coerción para cumplir la función que con ella se propone. Las medidas de coerción personales –al igual que las reales– tienen efectos jurídicos de aseguramiento, pues cualquier anticipación en satisfacer el *ius puniendi*, es contraria a la garantía de presunción de inocencia. En la **prisión preventiva**, empero, la utilización como medio de la privación de libertad, aunque el régimen jurídico de la misma sea diferente al del cumplimiento de la pena y el legislador expresamente declare que no se reputarán penas (artículos 28 y 29 CP), produce efectos esencialmente anticipativos, como se demuestra por la imputación del tiempo de esta medida coercitiva a cumplimiento de la pena que se imponga (artículo 47 CP) [ORTELLS].

La doctrina procesalista reconoce tres clases de efectos de las medidas de coerción: (*i*) de aseguramiento, (*ii*) de conservación, y (*iii*) de innovación. Las **primeras** se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud (v.gr.: prisión preventiva, internación preventiva, embargo, inhibición, secuestro conservativo). Las **segundas** se caracterizan por mantener el *statu quo* previo a la incoación del proceso penal evitando su alteración, en espera de lo que se resuelva en la sentencia (v.gr.: suspensión de la actividad contaminante, incautación de bienes delictivos). Las **terceras** se caracterizan por innovar la situación existente al incoarse el proceso penal e imponer una satisfacción provisional de la pretensión penal y civil que, extraprocesalmente, ni estaba siendo reconocida, ni satisfecha (v.gr.: pensión provisional de alimentos, desalojo preventivo, suspensión preventiva de derechos) [ORTELLS].

3.4. Recursos

La resolución coercitiva es impugnabile por el fiscal y el imputado, al igual, en lo que les afecta, por el actor civil y el tercero civil: medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil (artículo 257 CPP).

4. Clasificación

Son personales y reales o patrimoniales. Esta clasificación atiende al ejercicio de los derechos fundamentales afectados, según sea la persona del imputado –derecho a la libertad ambulatoria–, o el patrimonio del mismo.

- A. Las medidas de coerción personales recaen o limitan los derechos vinculados a la libertad personal y la libertad de tránsito –consistentes en la posibilidad de actuar y moverse sin otras limitaciones que las impuestas por el medio natural [GUTIÉRREZ DE CABIEDES]– y demás derechos civiles del encausado. Son derechos que aseguran la responsabilidad penal ligados al *status libertatis*.
- B. Las medidas de coerción patrimoniales limitan el derecho de propiedad o de libre disposición de los bienes del imputado, de los que delictivamente estén en su poder o de los responsables civiles. Aseguran la responsabilidad pecuniaria: pena de multa, consecuencia accesoria de decomiso y costas.

Son un total de dieciséis medidas de coerción que reconoce y regula el CPP.

Así:

- A. Personales: **1.** Detención. **2.** Prisión preventiva. **3.** Internación preventiva. **4.** Arresto domiciliario. **5.** Arraigo **6.** Comparecencia. **7.** Vigilancia Electrónica personal. **8.** Suspensión preventiva de derechos.
- B. Patrimoniales: **9.** Embargo. **10.** Inhibición. **11.** Secuestro conservativo. **12.** Incautación. **13.** Medidas anticipativas genéricas. **14.** Medidas innovativas (pensión de alimentos y desalojo preventivo). **15.** Medidas preventivas contra personas jurídicas. **16.** Medidas cautelares contra personas jurídicas.

5. Elementos

Son cinco: jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, homogeneidad y proporcionalidad.

- A. Jurisdiccionalidad. Las medidas de coerción procesal solo pueden ser adoptadas por el juez competente, en tanto que es una manifestación más de la función jurisdiccional. Excepcionalmente, las provisionálsimas, pueden ser dispuestas por la policía o el fiscal.
- B. Instrumentalidad. No son un fin en sí mismas –son ‘el instrumento del instrumento’ [CALAMANDREI]. Están supeditadas o preordenadas a un proceso penal. Son un instrumento para hacer efectivo el proceso y la ejecución del fallo que eventualmente se dicte. Finalizan con el proceso principal, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas.

- C. Provisionalidad. Como están dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, su vigencia ha de ser limitada. Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, si se modifican los presupuestos y circunstancias que justificaron su adopción: regla del *rebus sic stantibus*. Algunas medidas, concurrentemente, son temporales.
- D. Homogeneidad. Son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienen a preordenar. Como las medidas de coerción garantizan los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa, en cierto modo, de las medidas ejecutivas; se corresponde con el juicio de idoneidad que debe presidir su imposición.
- E. Proporcionalidad. Es una cualidad esencial que ha de cumplir toda medida de coerción, que se alza como presupuesto rector de la misma. Esta nota característica –de clara naturaleza relacional– entre los juicios e intereses jurídicos en conflicto cuando se aplica la medida, exige un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado por la medida de coerción, y los bienes que su afectación trata de proteger; entre el riesgo que pretende conjugar y las consecuencias perjudiciales que produce sobre el derecho fundamental concernido. Sus presupuestos son la legalidad de la medida y su finalidad constitucional legítima. Sus requisitos son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

6. Juicio de coerción

Se entiende por “juicio de coerción” el conjunto de razonamientos y ejercicios valorativos que se llevan a cabo para decidir la procedencia y necesidad de acordar o no varias medidas de ese género. Comprende, de un lado, el examen de los presupuestos materiales de las medidas de coerción y, de otro, la aplicación de la regla de proporcionalidad, adecuación concretamente.

En cuanto al primer ámbito de análisis, se requiere la existencia de un proceso y de un sujeto imputado; luego, la presencia de un riesgo de frustración procesal –que el proceso en concreto es susceptible de necesitar protección–; y, finalmente, la configuración de una ‘peligrosidad procesal’ –aptitud (disposición material) y actitud (disposición anímica) del imputado para materializar un riesgo de frustración, si el imputado es peligroso procesalmente–. El razonamiento llevado a cabo para justificar a la disposición material es de carácter deductivo,

cuyas premisas están mayoritariamente conformados por aserciones sobre el ‘estado de cosas’, que habrán de ser verdaderas; mientras que el razonamiento llevado a cabo para argumentar la disposición anímica es de carácter inductivo y busca que las premisas hagan razonable la conclusión.

Respecto a la regla de proporcionalidad, que implica adecuar el medio (la tutela coercitiva) al fin (protección de la válida sustanciación del proceso) –la procedencia del medio se aprecia con los presupuestos materiales del mismo: *fumus commissio delicti y periculum libertatis*–. Esta adecuación tiene como primer ejercicio el juicio de idoneidad, esto es, establecer que la medida coercitiva permite mitigar o eliminar el peligro que justifica su adopción, a partir de la disposición material o la disposición anímica del imputado. El segundo juicio es de intervención mínima o de menor lesividad, que permite decidir cuál o cuáles de las medidas de coerción permiten mayor grado de eficacia y una menor restricción de derechos –es un juicio de optimización que importa un ejercicio comparativo de las distintas medidas, cuyos parámetros son la calidad o intensidad del peligro, el contenido de las distintas medidas idóneas, y los efectos asociados a la imposición de cada uno de estas medidas (STC n.º 0050-2004-AI/TC, FJ 109). El tercer juicio es el de proporcionalidad *stricto sensu*, que consiste en comprobar que el contenido de la medida no supone una injerencia en los derechos fundamentales superior a la que supondría el eventual castigo del hecho enjuiciado [PUJADAS TORTOSA]. Estas tres dimensiones del principio de proporcionalidad están expresamente recogidas en el artículo 253.2 que dispone: “La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”.

7. Principio *pro homine*

Este principio, propio del DIDH, en tanto las normas coercitivas limitan derechos fundamentales, informa que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. A su vez, y como contracara de ello, se debe imponer la norma más restrictiva cuando se trata de la suspensión extraordinaria de esos derechos.

A tal punto llega este principio que cualquier norma, con independencia de cuál sea ella, en la medida que amplíe la aplicación de los derechos humanos reconocidos en un tratado internacional, se deba imponer frente a otra que lo restrinja aunque esta última tenga mayor jerarquía normativa [SHIAVO].

LECCIÓN DÉCIMA SÉPTIMA

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES

I. CONCEPTO

La libertad personal puede ser objeto de restricción o de privación en el proceso penal, al igual que cualquier otro derecho, siempre y cuando se verifiquen las condiciones que la Ley en este caso determina expresamente para cada tipo de limitación. La SCIDH Gangaram Panday de 21-01-94 acotó que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), aunque con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente difundidos por la misma (aspecto formal).

Es posible definir las medidas de coerción personales como medidas, plasmadas normalmente en resoluciones judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limitan la libertad ambulatoria del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que oportunamente se pronuncie. Estas medidas se sitúan entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro (así: STCE n.º 41/1982, de 2 de julio).

Como la libertad es un derecho fundamental –entendida como autodeterminación, por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita, y como derecho y garantía frente a toda privación ilegal o arbitraria de la misma en el devenir físico de su vida [GUTIÉRREZ DE CABIEDES]– su limitación ha de ser una excepción. A su vez, los motivos que autoricen su restricción han de ser interpretados restrictivamente, y aplicados atendiendo a las características del caso [ASENCIO]. Nuestra Constitución, de manera específica, por un lado, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 2.24 CP) y, de otro lado, establece una excepción a dicha regla al señalar que toda persona detenida debe ser informada mediante resolución escrita y motivada emitida por el juez penal o por las autoridades policiales en flagrante delito (artículo 2.24.f CP). De esto se desprende que la libertad es un derecho fundamental, y que las medidas

limitativas –sean restrictivas o privativas– deben aplicarse con recto criterio, siempre y cuando sea necesario para los fines del proceso.

Es posible diferenciar dentro de las medidas de coerción personal, entre aquellas que suponen una restricción de la libertad, de las que implican una privación de ella, de acuerdo a la magnitud del grado o intensidad de la limitación a la libertad. Esta diferencia reside, esencialmente, entre el grado o intensidad de aplicación de la medida en cada caso concreto (STC n.º 2050-2002-AA/TC, FJ 7).

El CPP prevé las siguientes medidas de coerción personales: **1.** Detención. **2.** Prisión preventiva. **3.** Internación preventiva. **4.** Arresto domiciliario. **5.** Arraigo. **6.** Comparecencia. **7.** Suspensión preventiva de derechos.

II. DETENCIÓN

1. Concepto

Es una medida provisionalísima y personal, que puede adoptar la autoridad policial o judicial, incluso los particulares, con motivo de la comisión de un delito, consistente en la privación del derecho a la libertad ambulatoria o libertad de movimientos, con fines múltiples y variados, tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes. En tanto medida de coerción ha de preceder la imputación –comisión de un hecho punible y posible responsabilidad penal del afectado– y el peligro para el proceso si no se adopta: presunción de incomparecencia (STSE n.º 88/1995).

Presenta dos especialidades atinentes a los elementos de la jurisdiccionalidad y provisionalidad –cortísimo periodo de tiempo–. Asimismo, ostenta varias modalidades y especialidades: policial, ciudadana, judicial preliminar y judicial convalidada. En razón a la forma de cumplimiento pueden ser ordinaria y comunicada, o incomunicada.

Es imprescindible que cuando una persona sea detenida, sea comunicada de forma oportuna de los hechos imputados, de las razones por las cuales se ha llevado a cabo la detención –salvo en el caso del arresto ciudadano y de los derechos, tanto materiales como procesales– que le asisten, entre los que se encuentra, por ejemplo, el derecho al silencio, a designar un abogado, entre otros (artículo 71 CPP) [BANACLOCHE]. Ha sido reconocido así en el artículo 14.3.b del PIDCYP que establece: “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada

sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”. Asimismo, el artículo 8.2.a de la CADH dispone que: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas”: [...] **b)** Comunicación previa y detallada de la acusación formulada” (STC n.º 2098-2010-PA/TC).

De vital importancia es no solo la información –oral o escrita– sobre la detención, sino también el respeto del plazo legal determinado por la propia ley procesal penal; de lo contrario, la detención se convertirá –necesaria e inmediatamente– en ilegal (STSE n.º 256/1999).

Cabe puntualizar, desde una perspectiva general y de primacía normativa, que el artículo 2, numeral 24, literal f), de la Constitución sufrió una reforma constitucional mediante la Ley 30558, de 9-5-2017. El plazo de la detención aumentó a cuarenta y ocho horas, mientras que se incorporó otra modalidad delictiva exceptuada bajo el plazo máximo de quince días: delitos cometidos por organizaciones delictivas (se agregó a los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas). Ello va a significar que, desde ya, se entienda que cuando la legislación preconstitucional mencione veinticuatro horas, asumiendo la referencia constitucional precedente, ahora se entenderá que será de cuarenta y ocho horas.

2. Antecedentes (antes de la reforma)

2.1. Detención policial

Es la medida de privación de la libertad personal adoptada por la policía, sin orden judicial, en los únicos supuestos de flagrancia delictiva: es la imputación como presupuesto material de la misma. Esta requiere inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente; esto es, el hecho punible es actual, y en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo (STC n.º 1757-2011-PHC/TC, FJ 2). La flagrancia es la prueba más directa del delito. Si el hecho es una falta o el delito está conminado con pena privativa de libertad no menor de dos años, podrá ordenarse, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos urgentes, otra medida menos restrictiva (artículo 259 CPP).

El D. Leg. n.º 983 amplió la noción de flagrancia delictiva. No solo cuando el delincuente es sorprendido en flagrante delito: el agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo; sino cuando ha huido

y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del delito y es encontrado dentro de las 24 horas de acontecido el delito. También lo será cuando es encontrado dentro de las 24 horas con efectos o instrumentos procedentes del delito o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

La detención policial constituye el ejercicio de una obligación impuesta por la especial misión de la policía de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores –deber jurídico en el ejercicio de las funciones que le son propias–. Su objeto es realizar determinadas diligencias de prevención y de investigación autónomas, si fuere el caso, y culminar el informe policial, de suerte que resulta ser, además de una medida de coerción, un acto de investigación indirecto, en tanto que posibilita actos urgentes e inaplazables –realización de diligencias de investigación preliminar–. Se entiende que se ordena la detención de una persona cuando se presume su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, y está sometida a un tiempo brevísimo: 48 horas en delitos ordinarios y hasta quince días en delitos exceptuados –son límites cuantitativos máximos–, todos condicionados a la realización de las diligencias indispensables para los esclarecimientos de los hechos.

Al tratarse la detención policial como ejercicio de un deber impuesto a la Policía Nacional, su omisión trae como consecuencia, no solo responsabilidades de carácter administrativo, sino de carácter penal pues estaríamos frente a un delito de omisión de actos funcionales (artículo 377 CP) u omisión o retardo injustificado de apoyo policial (artículo 378 CP).

2.2. Detención judicial preliminar

Es la medida de privación de la libertad personal dispuesta por el juez de la investigación preparatoria a solicitud fundamentada del fiscal –dictada mediante auto fundado y sin trámite alguno–, que ha iniciado averiguaciones, en los supuestos de ausencia de flagrancia delictiva y cuando el imputado se encuentra debidamente individualizado. Como presupuestos materiales se exige: **a)** razones plausibles para considerar la comisión de un delito; **b)** motivos de detención: que se desprenda cierta posibilidad de fuga; y, **c)** delito de determinada entidad, como expresión del principio de proporcionalidad: que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años. Otros supuestos de detención son: el sorprendido en flagrante delito que logre huir, y el que se fuga de un centro de detención preliminar. Responde a estrictas necesidades de la investigación preparatoria.

La orden de detención se cursa a la policía por escrito y, de ser el caso, por vía rápida: fax, correo electrónico, teléfono. La requisitoria dictada tiene una vigencia de seis meses, salvo cuando se refiere a los delitos exceptuados: tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, en donde la medida no caducará hasta la efectiva captura del requisitoriado. El Decreto Legislativo 1575, de 11-10-2023, bajo el entendido de garantizar una efectiva persecución de los delitos comprende, agregó que la no caducidad de las requisitorias cursadas a la Policía se extiende a los delitos de competencia del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e integrantes del Grupo Familiar (SNEJ), señalados en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1368 (de 29-07-2018) y los delitos contra la dignidad humana. El aludido Decreto Legislativo 1368, en este ámbito, comprende cinco grupos delictivos: **1.** Femicidio, previsto en el artículo 108-B del CP. **2.** Lesiones, previstos en los artículos 121-B, 122, 122-B, en concordancia con el artículo 124-B del CP, cuando la víctima es una mujer agredida por su condición de tal, niños, niñas o adolescentes. **3.** Violación sexual, previstos en los artículos 170, 171, 172, 173, 173-A y 174, y sus formas agravadas comprendidas en el artículo 177 del CP cuando la víctima es una mujer agredida por su condición de tal, niños, niñas o adolescentes. **4.** Actos contra el pudor en menores, previsto en el artículo 176-A del CP. Asimismo está incurso en esta extensión los delitos contra la dignidad humana, introducidos al Código Penal por la Ley 31146, de 30-03-2021, que comprende los siguientes delitos: trata de persona, explotación sexual, pornografía infantil, difusión de pornografía infantil, esclavitud y servidumbre, trabajo forzoso y tráfico de órganos y tejidos. De seguirse la perspectiva preventiva-represiva del legislador llama la atención, primero, que no se incorporó los delitos cometidos por organizaciones criminales, que se considera un delito exceptuado conforme a la Ley de Reforma Constitucional 30558, de 09-05-2017; y, segundo, que tampoco se incluyeron los delitos de genocidio –el más grave del sistema penal– y de tortura, que importan prevalimiento del poder público (Capítulos I y II del Título XIV-A del Libro Segundo del Código Penal, incorporados por la Ley 26926, de 21-02-1998).

Producida la captura del requerido, la policía, sin perjuicio de comunicar la orden al detenido, dará cuenta al fiscal y lo pondrá a disposición del juez de la investigación preparatoria. A continuación, el juez realizará la audiencia de control de la detención. El objeto de esta diligencia es constatar, con la intervención del defensor –de confianza o de oficio–, que el detenido es quien fue objeto de mandato judicial de detención y establecer si sus derechos fundamentales, los fijados en el artículo 71 CPP, se han cumplido. Luego de ello, lo pondrá a disposición del

fiscal. Excepcionalmente puede disponer el cese de la medida si las evidencias acompañadas establecen que esta fue equivocada.

El plazo de la detención es de 24 horas en delitos comunes y quince días en delitos exceptuados. A su vencimiento, el fiscal debe decidir si ordena la libertad –en todo caso, comparecencia sin restricciones–, solicita la prisión provisional o quiere otra medida alternativa –puede incluir, de ser el caso, la detención convalidada–.

En los delitos exceptuados las potestades de control del juez se extienden, tales como audiencia de control de las actividades de investigación, disposición de examen médico, autorización de traslados.

La Casación n.º 01-2007/Huara ha seguido estos lineamientos sobre la naturaleza de la detención preliminar, al indicar que si bien se trata de una privación de la libertad provisional de naturaleza estrictamente cautelar, su fin es, por un lado, asegurar a la persona del imputado y, de otro, la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables destinados a cumplir el objetivo de la investigación. De igual forma, esta ejecutoria suprema ha establecido dos aspectos relevantes de relación especial con la medida de prisión preventiva: (i) No es presupuesto de la prisión preventiva que el imputado se encuentre detenido policialmente o por previo arresto o preliminarmente por orden judicial; (ii) La no aceptación de la detención preliminar no imposibilita un posterior requerimiento de prisión preventiva.

3. Decreto Legislativo 1298

La Constitución consagra como derecho fundamental la libertad y la seguridad personales (artículo 2.24.f: primera versión). Desde el ámbito de la persecución penal tiene las siguientes previsiones: Primero, conforme al literal b), solo se autoriza la restricción de la libertad personal en los casos previstos por la ley (legalidad, en concreto: tipicidad procesal). Segundo, la detención por comisión de un delito, está permitida, de oficio, por la policía solo mediando flagrancia delictiva, y, fuera de esa excepción, por mandamiento escrito y motivado del Juez. Tercero, ejecutada la detención, el arrestado debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro del plazo de 24 horas, salvo en tres delitos (terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas), que podrá extenderse hasta por 15 días naturales –supuesto en el que se dará cuenta al Fiscal y al Juez, quien podrá asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo–. En esta perspectiva el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos prescribe que: *“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez...”*, mientras que el apartado 6) estatuye que: *“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”*.

Desde luego, esta institución está sometida a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, que son garantías horizontales propias del sistema de derechos fundamentales en una sociedad democrática.

El Código Procesal Penal ha desarrollado esta institución. Pero, además, clasificó las medidas de coerción personal privativas de libertad en dos: detención y prisión preventiva. La primera, es una medida provisionalísima, de auxilio a las primeras medidas de investigación y, básicamente, destinada a evitar el riesgo de fuga, y, por ende, de duración limitada –24 horas, 72 horas, 10 días y hasta 15 días: artículo 264 del CPP–; y, la segunda, es una medida provisional, estable y más grave, pues su plazo varía en extensión –entre 9, 18 o 36 meses: artículo 272 del CPP–. La Constitución no hace una específica referencia a la prisión preventiva, pero sí, por ejemplo, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desde esta perspectiva constitucional, la regulación ordinaria, primero, debe ser clara y precisa en cuanto a los supuestos que la permiten la privación procesal de la libertad. Segundo, el detenido debe ser puesto a disposición judicial, tanto cuando se trata de detención policial en flagrancia delictiva como en los casos de detención por mandamiento escrito y motivado del juez –la Constitución no dice en qué consiste esa puesta a disposición, luego, la Ley debe precisarla–. Y, Tercero, el plazo de duración debe ser breve y su límite, por imperio del artículo 2.24.f, no puede ser, en un caso, mayor de veinticuatro horas –supuesto ordinario o regular–, y, en otro caso, siempre excepcional y predeterminado, mayor de quince días naturales, en cuyo caso se *“...debe(n) dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo”*.

La garantía de ejecución –uno de los ámbitos de la proporcionalidad de la medida– consiste en la afirmación de la jurisdicción preventiva judicial desde que la detención se ejecuta, el derecho de defensa del reo, y la protección de su integridad física y moral, así como la facultad de plantear instancias ante la justicia sobre lo que suceda en ese interregno (Principio 9: Resolución 43/173 de la Asamblea General de Naciones Unidas *“Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”*).

Las disposiciones originarias del CPP, en materia de detención, reconocían: **(i)** la detención policial (artículo 259), **(ii)** el arresto ciudadano (artículo 260), **(iii)** la detención preliminar judicial (artículo 261), **(iv)** la detención convalidada (artículo 266), y **(v)** la detención incomunicada (artículo 265).

La primera la ejecuta la Policía, al margen de la autorización judicial o fiscal, en flagrante delito. La segunda la efectúa cualquier persona (víctima o no) para entregar al detenido inmediatamente a la Policía. La tercera la ordena el juez a pedido del fiscal, siempre que no exista flagrante delito (en cuyo caso no es necesaria la orden judicial) y consten razones plausibles para considerar que el individuo cometió un delito con pena mayor de cuatro años y existe cierta posibilidad de fuga. La última requiere detención efectiva –de oficio o preliminar judicial– y el plazo es de siete días naturales; no procede en caso de delitos exceptuados.

El Decreto Legislativo número 1298, de 30-12-2016, varió radicalmente el sistema diseñado por el originario Código Procesal Penal. Así:

- A. Respecto de la detención judicial preliminar, el cambio fue nimio. En el apartado 4) del nuevo artículo 261, el cambio es solo del tiempo del verbo: de “tendrá” a “tienen” para fijar el plazo de vigencia de las requisitorias. Es de resaltar, de cara a las disposiciones siguientes, que la detención judicial preliminar se dicta de pleno derecho, sin trámite alguno.
- B. En cuanto al plazo de la detención, el Decreto Legislativo número 1298 (artículo 264 del CPP) fijó dos pautas iniciales: **(i)** si es detención policial, el plazo es de 24 horas; **(ii)** si es detención preliminar judicial, el plazo es de 72 horas. Pero, en este último supuesto, si subsisten los presupuestos de indicios de criminalidad y gravedad del hecho (delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años) se puede otorgar un plazo de siete días –se necesita, como es obvio, una petición secuencial adicional y justificada–. Pero, si se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales la detención policial y la judicial por flagrancia puede durar hasta diez días. En caso de terrorismo, espionaje y TID, el plazo es de hasta quince días. La jurisdicción preventiva que antes era solo para delitos exceptuados se ha extendido a todos los delitos.
- C. El caso de extensión del plazo de la detención judicial por flagrancia es un nuevo supuesto. Aquí se requiere audiencia. El plazo puede extenderse hasta por siete días o diez días si es de crimen organizado (peligrosismo procesal: fuga y obstaculización de la verdad). El Fiscal la pide dentro de las 12 horas de producida la detención efectiva por la Policía. La audiencia

se realiza antes de las 24 horas. Esta regulación exige, desde la organización fiscal y judicial, una configuración institucional de Fiscales y Jueces de Guardia o de Turno Permanente, con todo lo que ello implica en recursos logísticos, de personal y, especialmente, financieros.

Tal vez, la norma más censurable es el citado nuevo artículo 264 del CPP. Es de recordar que lo que exige el artículo 2.24.f), párrafo segundo, de la Constitución es que: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”. El Juez debe decidir lo conveniente respecto a su situación jurídica, en los marcos de la ley, pero el reo debe estar en su presencia –luego, el principio procedimental de inmediación es inexcusable o inderogable–. La Ley, desde luego, debe indicar qué debe hacer el Juez (sin duda, controlar la legalidad de la detención, así como la vigencia y eficacia de su derecho de defensa, como mínimos inderogables). Si de esa puesta a disposición sigue la inculpación formal o continúa el procedimiento preliminar, corresponde al legislador decidirlo conforme al sistema normativo que considere oportuno diseñar. En consecuencia, poner a disposición, requiere que el detenido salga de la esfera policial-fiscal y pueda alegar ante el juez lo pertinente a su defensa, para lo cual debe construirse un espacio judicial –de tiempo brevísimo– para que el órgano persecutor y la defensa puedan formular determinadas pretensiones provisionales sobre la libertad del detenido y los pasos siguientes en la averiguación de los hechos –si se justifica la detención de cara a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad–.

Luego, dictar, fuera de los delitos exceptuados –expresamente permitidos por la Ley Fundamental–, una medida procesal privativa de libertad, sin permitir el juego de los principios procesales de contradicción y de audiencia, y procedimentales de inmediación y oralidad, y más aún por plazos que exceden las 24 horas –salvo, claro está, los delitos exceptuados– es inaceptable. No supera esa limitación irrazonable el hecho de que, con posterioridad, el Juez está autorizado a constituirse al lugar de la detención y cuidar de su derecho de defensa. La comparecencia, por consiguiente, debe ser *ex ante* no *ex post*.

En esa línea no puede objetarse, desde la constitucionalidad, el nuevo artículo 266 CPP sobre detención judicial en caso de flagrancia, pues garantiza los principios antes citados.

Una detención fuera de flagrancia delictiva requiere para su dictación que el detenido sea puesto a disposición judicial, y que el juez decida lo conveniente bajo la vigencia y aplicación de los principios de contradicción e inmediación. No

rige, por tanto, la regla decimonónica –actualmente en crisis– de toda medida de coerción: *inaudita et altera parte*.

La norma originaria del CPP sí respetaba la Constitución. La nueva, lamentablemente, no lo hace. Por ello, se instituyen más limitaciones al derecho individual y se generan o consolidan menos garantías a la libertad y seguridad personal para el detenido.

Con posterioridad a estos cambios legislativos, se modificó el artículo 2.24,f) de la Constitución, mediante la Ley número 30558, de 9-5-2017. Dos son los cambios más trascendentes, seguidos de una prevención remarcable.

En efecto, el primer cambio estriba en que el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas –ya no veinticuatro horas– o en el término de la distancia –este plazo funciona tanto para la detención policial cuanto para el caso de mandamiento escrito y motivado del juez–. El segundo cambio consiste en que el plazo de detención de quince días se extiende –además de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas– a los delitos cometidos por organizaciones criminales –se entiende, a los integrados o de algún modo vinculados a las organizaciones criminales, siempre y cuando los delitos perpetrados se inscriban en el plan delictivo de aquéllas–.

La prevención que destaca reside en que la detención, como institución procesal de relevancia constitucional, no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones. Este precepto implica reconocer que la finalidad central de la detención, amén de las propiamente coercitivas, es la realización de diligencias urgentes de investigación, a las que se somete el juicio de necesidad para determinar su adecuación constitucional, no necesariamente al peligrosismo implícito en toda medida de coerción –que, por lo demás, le otorga su legitimidad constitucional–, lo que exige una ponderación para equilibrar ambas finalidades.

Ahora bien, dicha reforma constitucional impone, en razón a su aplicación directa, algunos cambios necesarios a la legislación procesal penal ordinaria. La detención solo puede durar hasta un plazo máximo de cuarenta y ocho horas –no rige, el artículo 264.1 del CPP, que conforme a la norma constitucional originaria establecía un plazo de veinticuatro horas–. La detención por delitos cometidos por organizaciones criminales puede durar, regularmente, hasta quince días –no rige, el artículo 264.2 del CPP, que según la norma constitucional originaria no consideraba esos delitos como exceptuados, y por ello solo la extendía al plazo de

diez días—. Luego, el apartado 2) del citado artículo queda vacío de contenido y se integra al apartado 3), que se refiere a los delitos exceptuados.

Es obvio que, más allá de los plazos máximos fijados por la ley, el plazo razonable concreto de la detención —de toda modalidad de detención— está en función al “...*tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones...*”, conforme al nuevo texto del artículo 2.24.f) de la Ley Fundamental.

4. Decreto Legislativo 1605

El Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, a tono con la modificación constitucional antes expuesta, modificó los artículos 263, 264 y 266 del CPP, en orden a la medida de detención. La reforma incide en lo siguiente:

- A. Cuando se ha producido la detención policial en flagrante delito —única posibilidad de detención sin previa orden judicial— la autoridad policial informa al detenido el delito que se le atribuye y, además, por los canales correspondientes —expresión amplia que concreta la necesidad de una lógica de coordinación efectiva— informa al Ministerio Público. De igual manera, cuando se trata de los delitos exceptuados: terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y cometidos por organizaciones criminales —concordancia adicional con la Ley de crimen organizado 30077, de 20-08-2013—, también informa al juez de la investigación preparatoria.
- B. El plazo de la detención policial *ex officio* es de cuarenta y ocho horas o el término de la distancia. La detención preliminar (artículo 261 del CPP) dura setenta y dos horas, pero, excepcionalmente, si subsisten tanto (1) los requisitos fijados en el artículo 261, apartado 1, del CPP (en lo más común, y copulativamente: razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años —es patente la falta de concordancia con la modificación de la condena condicional y de la prisión preventiva que elevó el mínimo a cinco años: Decreto Legislativo 1585, de 22-11-2023—, y cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad); como (2) se presenten circunstancias de especial complejidad en la investigación —que se trate de un caso difícil de esclarecer o muy complicado hacerlo por la presencia de pluralidad de factores que inciden en la averiguación de los hechos—, puede durar un plazo máximo de siete días.
- C. En los delitos cometidos por organizaciones delictivas, la detención preliminar (artículo 261 del CPP) o la detención judicial por flagrancia

(artículo 266 del CPP) puede durar un plazo máximo de diez días. Empero, este precepto no se condice con el apartado 4 del nuevo artículo 264 del CPP y, antes, con el modificado artículo 2.24.f) de la Constitución, en tanto en cuanto la detención policial *ex officio* o la detención preliminar puede durar hasta un plazo no mayor de quince días en todos los delitos exceptuados –que, lógicamente, incluye los delitos cometidos por organizaciones criminales–. En esta misma falta de concordancia se encuentra el apartado 7 de dicho precepto, al no considerar dentro de los delitos exceptuados (terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas) al incorporado delito cometido por organizaciones criminales. Tal antinomia debe resolverse a partir de la *Lex Superior* y, por tanto, entender que el delito cometido por organizaciones criminales, en todo caso, sea detención policial *ex officio* o detención judicial preliminar, sin flagrancia o con flagrancia, ha de durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales.

- D. La detención judicial en caso de flagrancia (artículo 266 del CPP), obviamente en delitos no exceptuados, puede solicitarse dentro de las veinticuatro horas de producirse la detención efectiva y puede durar hasta un plazo máximo de siete días, siempre que, adicionalmente, se presente cierta posibilidad de peligro procesal. Este precepto modificado vuelve a disponer, sin advertir la reforma constitucional, que en caso de delitos cometidos por organizaciones criminales el plazo de duración es hasta diez días, cuando debe ser de quince días. A su vez, la audiencia judicial para la ampliación del plazo de la detención en flagrancia debe realizarse antes del vencimiento de las cuarenta y ocho horas de la detención. Como ya se expuso, es un craso error no incluir que en esta institución está incluido el delito cometido por organizaciones criminales, y solo excluir los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

5. Arresto ciudadano

Es una facultad que asiste a todo ciudadano a privar de la libertad ambulatoria a otro en los casos de delito flagrante, dando cuenta inmediatamente de dicha detención a la autoridad policial y poniéndolo a disposición de ella –ese es su objeto–. En consecuencia, tiene dos fases. Una fase facultativa que se inicia desde el momento en que el particular descubre en flagrancia al agente hasta el momento en que procede su detención. De otro lado, tiene una fase imperativa que empieza desde el momento en que el sorprendido en flagrancia es aprehendido hasta que,

finalmente, es puesto a disposición de la Policía Nacional [ORÉ GUARDIA]. Se trata de una de las instituciones cuya entrada en vigencia fue adelantada mediante Ley n.º 29372.

El tiempo para la puesta a disposición a la autoridad policial ha sido definido por el artículo 260.2 CPP: el tiempo que demande dirigirse a la dependencia policial más cercana o al policía que esté por las inmediaciones del lugar. La Policía debe redactar un acta donde se haga constar la entrega del detenido y las demás circunstancias de la intervención. El plazo del arresto ciudadano es menor que en el caso de la detención policial porque no se autoriza al ciudadano a realizar actos de investigación.

Sus notas características son: **(i)** facultativo –a diferencia de la detención policial–, por tanto, su incumplimiento no genera ninguna consecuencia de carácter penal para el ciudadano; **(ii)** procede en caso de flagrancia delictiva [*vid.* artículo 259 CPP]; **(iii)** no autoriza a los ciudadanos a interrogar a los detenidos, ni a ejercer violencia; **(iv)** oral, no requiere de resolución autoritativa.

6. Detención convalidada

Es la medida jurisdiccional de continuación de la privación de libertad, siempre de carácter provisionalísima, que dicta el juez de la investigación preparatoria mediante auto fundado a instancia del fiscal contra el imputado detenido, bajo cualquier modalidad, a fin de garantizar la efectividad de los actos de investigación imprescindibles que se requieren para el debido esclarecimiento de los hechos. Como se trata de una medida de coerción es necesario que se cumplan los presupuestos generales correspondientes: *fumus commissi delicti* y *periculum libertatis* –subsistencia de las razones que determinaron la detención–, y como presupuestos específicos, de carácter implícito, se requiere que el delito investigado esté sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, en especial, que resulte indispensable la necesidad de continuar actos de investigación para completar el esclarecimiento de los hechos, sobre todo respecto de los alcances del delito y del involucramiento de otras personas en su comisión.

El plazo de la detención convalidada –o, en pureza, detención prolongada– es de siete días naturales. Para su dictación se exige instancia motivada del fiscal y previa audiencia pública. El juez de la investigación preparatoria decide analizando las actuaciones proporcionadas por el fiscal y las alegaciones de las partes. Al vencimiento del plazo el fiscal está obligado a poner al detenido a disposición judicial para determinar, previa audiencia, si dicta mandato de prisión preventiva

u otra medida alternativa: comparencia restrictiva. Están excluidos de esta medida los delitos exceptuados, precisamente porque el plazo de detención es hasta de quince días.

7. Detención incomunicada

Es una modalidad de cumplimiento de la detención, dispuesta judicialmente, que consiste en el total aislamiento del imputado detenido respecto del mundo exterior –contacto verbal o escrito con terceros–, de modo que ni puede recibir visitas –salvo con su abogado defensor– ni realizar o recibir comunicaciones ni, claro está, salir del centro de detención, a fin de evitar –a través de la clausura de contactos o conversaciones con otras personas– una actitud activa del imputado sobre las fuentes de prueba–. Como representa un especial agravamiento de la situación del imputado, solo se podrá decretar en supuestos excepcionales y cuando exista una justificación suficiente.

Sus notas características son las siguientes:

- A. El artículo 265.1 CPP estipula que procede “siempre que resulta indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados”. Esta indispensabilidad, sin embargo, requiere el riesgo de frustración del éxito de la investigación penal: conjurar el peligro de que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en el hecho punible, que el imputado y relacionados puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, a través de la comisión de nuevos hechos delictivos, o intervenir, de una u otra forma, en la ocultación, alteración o destrucción de elementos probatorios relacionados con la comisión del delito.
- B. La incomunicación durará un plazo no mayor de diez días naturales, siempre que no exceda el plazo de duración de la detención. Esto es consecuencia de su urgencia, de los fines que persigue y la desaparición inmediata de sus efectos por causa del transcurso del tiempo. Se define en función al tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias imprescindibles que pueden comprometerse con una situación de detención ordinaria.
- C. No todo delito posibilita la incomunicación. Son los delitos exceptuados y todo aquel sancionado con pena superior a los seis años de privación de libertad.
- D. La incomunicación puede adoptarse al iniciarse la detención o cuando resulte necesaria, en el curso de la investigación.

La incomunicación se acuerda mediante auto fundado (STCE n.º 7/2004). Se dicta de inmediato. No se requiere trámite de audiencia previa (artículo 265.1, última frase, CPP). La ley procesal no ha incorporado la posibilidad de que, levantada la comunicación, esta se adopte de nuevo [ARMENTA DEU]. Esta posición, sin embargo, estaría habilitada siempre y cuando en su primera oportunidad el plazo solicitado por fiscal no sobrepase el límite máximo previsto por la norma adjetiva. Así, podría darse el caso donde el fiscal, en primer término, solicita la detención incomunicada por cinco días y luego de levantada, surge nuevos motivos suficientes para volver a dictar la medida. En este último supuesto, el segundo requerimiento solo podría tener un plazo de cinco días para no exceder el plazo total descrito en el artículo 265.1 CPP.

8. Recurso de apelación

Son apelables los autos que acuerdan la detención judicial preliminar, convalidada e incomunicada. El plazo para impugnarlos es de un día. Se trata de una impugnación sin efecto suspensivo.

El trámite es sumarísimo y calificado. Se exige que las actuaciones se eleven, inmediatamente, a la Sala Penal Superior. La decisión del recurso requiere del trámite de vista de la causa, que debe señalarse dentro de las 48 horas de recibida.

La decisión se expedirá en audiencia, bajo responsabilidad.

III. PRISIÓN PREVENTIVA

1. Concepto

Es la medida de coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal. “[...] Es la medida de coerción más grave del sistema procesal, al privar al imputado del derecho más importante, luego de la vida y paralelamente reducir en cotas relevantes la garantía de defensa procesal. Al derecho a la libertad, además, se le califica de un valor superior del ordenamiento jurídico; consecuentemente, como estatuye el artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la prisión preventiva no debe ser la real” (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 7). Surge como consecuencia de una resolución jurisdiccional, debidamente motivada, de carácter provisional y duración limitada que se adopta en el seno de un proceso

penal, por la que se priva del derecho a la libertad del imputado por la comisión de un delito grave y en quien concurre (fines) un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que se ausentará a las actuaciones del proceso, o un riesgo razonable de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (*periculum*, artículo 268.1c CPP) [GIMENO SENDRA]. La norma, al hacerlo así, restringe el ámbito de aplicación de la prisión preventiva al cumplimiento estricto de los fines, de manera que la medida solo podrá decretarse cuando exista un peligro concreto y fundado y siempre motivadamente [ASENCIO]. Se exige la configuración de un peligro concreto y fundado, explicitado en el auto judicial, de modo tal que sea instrumental del proceso al cual se preordena. Está regulada en el Título III de la Sección Tercera del libro Segundo del CPP: artículos 268-285 CPP, ordenados en seis capítulos.

La finalidad de la prisión preventiva es asegurar la presencia del imputado durante la celebración del proceso penal para garantizar: **1)** el desarrollo del proceso declarativo, evitando el peligro de ocultación o alteración de las fuentes-medios de prueba, y **2)** la ejecución de la futura y eventual pena o medida a imponer, para lo que se hace necesario evitar el peligro de fuga [ODONE SANGUINÉ]. En efecto, el propósito que oriente a la prisión preventiva es de carácter preventivo y no sancionatorio, se busca responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la concurrencia del imputado al proceso y la efectividad de la eventual condena a imponer. Es evidente, por tanto, que bajo ningún concepto se debe concebir a la prisión preventiva como una pena anticipada, ni tiene finalidad retributiva o preventiva (SCoIDH, caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párr. 312, a). De esta manera, la privación procesal de la libertad persigue impedir al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictiva o de la labor que emprenda con la exprofitada finalidad de ocultar, destruir o desvirtuar los elementos probatorios importantes para la investigación y posterior juzgamiento [GRANADOS].

Una de las características más notorias, unida a su absoluta **(i)** jurisdiccionalidad –solo el juez competente, legalmente determinado e imparcial puede adoptarla, tras un procedimiento oral, que se corona en una audiencia, siempre a instancia del fiscal–, es la **(ii)** excepcionalidad de la medida y su no obligatoriedad. Lo normal es la espera del juicio en situación de libertad, por lo que no puede haber más supuestos de prisión preventiva que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada, prevea –en su aplicación las normas han de ser interpretadas de modo estricto, y que al recurrir a ella ha de hacerse de modo necesario en orden a los supuestos taxativamente previstos por la ley–. En

tal virtud, rige el principio de *favor libertatis* o de *indubio prolibertate*, de suerte –como ya se anotó– en la interpretación y aplicación de las normas que la regulan debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen. Este principio, a su vez, ha de conducir, asimismo, a la elección y aplicación en caso de duda, de la ley más favorable, esto es, la menos restrictiva de la libertad [GUTIÉRREZ DE CABIEDES].

Otra característica es la **(iii)** vigencia plena de los principios transversales, todos ellos de jerarquía constitucional, residenciados en los propios alcances de cada derecho fundamental afectado, de intervención indiciaria y de proporcionalidad –se divide ambos principios, en la línea fijada por MARTÍN MORALES–. Es de acotar que la apreciación de los graves y fundados indicios –procedimentales– de criminalidad o sospecha vehemente no constituye una presunción de culpabilidad del imputado, únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la probable comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (STCE 108/1994, de 11 de abril).

El primer principio transversal, intervención indiciaria, exige una determinada carga cuantitativa de sospecha del hecho delictivo (constancia de una infracción penal) y de la vinculación del imputado con aquel. Está en relación a la existencia de los hechos delictivos imputados y de la vinculación del imputado con ellos, que se resuelve en mérito a los denominados “elementos de convicción” existentes al momento de decidir su procedencia (resultado de la apreciación de los actos de investigación inculpatórios necesarios para apreciar en clave de un estándar de grave o fuerte probabilidad delictiva). Está en función al presupuesto material del *fumus delicti comissi*.

Requiere, como dicen ROXIN-SCHÜNEMANN, de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el delito y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad: alto grado de probabilidad de una condena. Opera como *conditio sine que non* de la adopción y mantenimiento de tan drástica medida de coerción (STCE 128/1995, de 26 de julio). La STEDH Stogmüller, de 10 de noviembre de 1969, de igual manera, insistió en la constatación de sospechas razonables de responsabilidad criminal que como *conditio sine que non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida.

El vocablo “sospecha”, en término de la doctrina procesalista germana, significa el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatórios obtenidos en el curso de las averiguaciones del delito, que autorizan a dictar una decisión judicial.

El segundo principio transversal, proporcionalidad, como plantea GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, requiere, de un lado, como presupuestos, (i) la tipicidad procesal o reserva de ley –seguir escrupulosamente las pautas normativas, bajo una interpretación restrictiva de sus elementos–; y, (ii) la motivación reforzada en relación a los presupuestos materiales que justifican la limitación del derecho a la libertad deambulatoria (justificación teleológica). De otro lado, a tono con las reglas de excepcionalidad y subsidiaridad, se precisa el cumplimiento de tres requisitos: necesidad, idoneidad, y estricta proporcionalidad o ponderación. La prisión preventiva no es automática ni indiscriminada. Siempre debe perseguir fines legítimos que se expresan a través de los riesgos de fuga y de obstaculización –en Perú, se sigue la teoría de los dos peligros, que descartó rotundamente el denominado “peligro de reiteración delictiva”–.

La proporcionalidad, conforme al artículo 268 del CPP, según la Ley 30076, de 19-8-2013, está vinculada a los denominados “motivos de prisión” –el *periculum libertatis*, concreción de ese principio en sede de medidas de coerción, nos remite a los riesgos relevantes, y éstos, a las finalidades constitucionales legítimas de esta medida [GUTIÉRREZ DE CABIEDES]–. La prisión preventiva debe ser adecuada al fin u objetivo que con ella se pretende, debe recurrirse a la misma cuando no exista otro modo de actuar que, siendo igualmente operativo para la finalidad que se pretende, resulte menos restrictivo de los derechos de quien soporta la limitación, y debe concurrir una razonable correspondencia entre el perjuicio individual vinculado a la medida y el valor jurídico que de su aplicación se pretende (Auto TSE, Magistrado Llarena Conde, causa 20907/2017, de 9 de noviembre). Forma parte del juicio de proporcionalidad, sin duda alguna, una apreciación correcta del derecho a la salud de las personas y el derecho a un entorno de encierro en establecimientos adecuados, en cuya virtud los Estados tienen la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad física de las personas, de suerte que la conjugación de ambos factores será un criterio a tomar en consideración para determinar la razonabilidad de una medida de prisión preventiva.

Así se tiene que (i) en clave del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de gravedad del delito: la pena concreta ha de ser superior a los cinco años de privación de libertad (según la modificación establecida por el Decreto Legislativo 1585, de 22-11-2023); y, (ii) en clave de los subprincipios de idoneidad y necesidad, debe valorarse, alternativamente, la presencia de riesgo de fuga o riesgo de obstaculización de la actividad de esclarecimiento. El primer riesgo o peligro tiene que ver con la disposición del imputado de ocultarse y hacer mal

uso de su libertad, es el riesgo de fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*–; busca garantizar la presencia o disponibilidad física del imputado durante la pendencia del proceso penal, para asegurar su propio y cabal desarrollo, así como la eventual ejecución de la sentencia [GUTIÉRREZ DE CABIEDES]. El segundo riesgo, riesgo de obstaculización, está en función a la concreción de actividades que importen interponerse a la actividad de esclarecimiento; busca proteger el proceso jurisdiccional –o sea, la investigación y las fuentes de prueba– frente a actuaciones ilícitas del imputado dirigidas a dificultar o imposibilitar su obtención o práctica [GUTIÉRREZ DE CABIEDES].

También, en relación a estos riesgos, se requiere sospecha fuerte, que permita inferir fundadamente los riesgos que buscan superarse. La situación personal, familiar, laboral del imputado, su –digamos– “moralidad”, en el caso del primer riesgo (fuga) son esenciales para sostener esta prognosis de peligrosismo procesal. Como pauta hermenéutica, pueden citarse la Sentencia Plenaria 1-2017/CIJ-433, de 11 de octubre de 2017, y las Sentencia Casatorias 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015, y 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015.

El principio de proporcionalidad, en cuya virtud esta debe adecuarse a los fines constitucionalmente legítimos: asegurar normal desarrollo del proceso, y la ejecución del fallo –asegurar la disponibilidad del imputado a los fines del proceso–, a la que solo ha de acudir en situaciones importantes y graves. El CPP, en la materia, no ha considerado el riesgo de reiteración delictiva, como sí sucede en la legislación colombiana por ejemplo donde bajo la Ley n.º 1453 de 2011, denominada Ley de Seguridad Ciudadana, estableció dicho elemento como criterio para la determinación de una adopción de prisión preventiva [GRANADOS].

Junto a la necesidad e idoneidad de la medida, se requiere la proporcionalidad estricta, esto es, un juicio de ponderación entre los intereses en juego, de manera que el sacrificio resulte razonable en comparación con la importancia de la medida. Bajo esta consideración, para que proceda la prisión preventiva no solo es necesario el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en las consideraciones del respeto de principios constitucionales [GRANADOS]. Al ser la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Deber ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el objetivo del proceso penal (STC n.º 1091-2002-HC/TC) [DEL RÍO]. Un dato a tomar en cuenta de modo relevante es la gravedad del delito atribuido al imputado: pena privativa de libertad superior a cuatro años, artículo

268.1b CPP. Finalmente, otra característica esencial **(iv)** es su provisionalidad y temporalidad, de suerte que **(i)** los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos a considerar para su mantenimiento, pues el mero transcurso del tiempo puede hacer que el riesgo de destrucción del material probatorio, por ejemplo, desaparezca ulteriormente, o que, también como ejemplo, el riesgo de fuga disminuya para imponer y prolongar la prisión preventiva (STCE 37/19967, de 112 de marzo); y, **(ii)** su duración viene condicionada al cumplimiento de plazos legales, considerados como máximos, lo que puede significar que, en cada caso concreto, pueda concebirse un plazo menor, atendiendo, por un lado, a la duración efectiva de la prisión preventiva y, por otro, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por la fiscalía y el órgano judicial, y al comportamiento del imputado (STCE 987/2002, de 29 de abril). El juicio acerca de la razonabilidad del plazo de privación procesal de la libertad ha de basarse en las circunstancias particulares de cada caso —todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva [Informe CIDH Argentina, 12/96, de 01-03-1996]—, y fundamentarse en la sana crítica del juez o prudente apreciación judicial. La prisión preventiva debe durar el tiempo imprescindible para alcanzar sus fines y en tanto subsistan el presupuesto y los requisitos que justificaron su adopción [RAMOS MÉNDEZ]. Ha de analizarse, también, si el fiscal empleó la debida diligencia en la sustanciación del procedimiento de investigación preparatoria, pues toda persona privada de su libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad y que se imprima una diligencia especial en la tramitación del mismo.

Es, pues, una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan (STCE 128/1995, de 26 de julio).

El interrogante que se plantea en doctrina es si esta exigencia de sospecha fuerte, unida a los imperativos derivados del principio de proporcionalidad, hace de la prisión preventiva una institución que vulnera la presunción de inocencia. Desde luego, si se adopta por una concepción psicológica de esta garantía se podría concluir de esa forma (presunción de inocencia como reglas de prueba y de juicio), pero tal cuestionamiento se supera con el concepto normativo de la misma.

El concepto de sospecha fuerte no es una consecuencia de la garantía de presunción de inocencia, sino del principio de intervención indiciaria, el que no admitiría que una privación de libertad de la intensidad de la prisión preventiva debiera ser soportada por aquél contra el cual no existen elementos de convicción muy fuertes. El interés persecutorio elevado es lo que, prima facie, legitima la

institución, y éste existe cuando se presenta sospecha fuerte de culpabilidad en la que la posibilidad de una sentencia condenatoria sube [LLOBET]. Pero, además, es de concebir la presunción de inocencia desde la perspectiva de regla de tratamiento –no como principio informador del procedimiento o como justificación de una condena y ulterior limitación o restricción de un derecho fundamental que envuelve una sanción penal (pena o medida de seguridad)–.

En consecuencia, para concebirla de este modo es determinante la presencia de los motivos –o requisitos– de la prisión preventiva: delito grave y peligrosismo procesal, que consolida la pretensión puramente procesal, ínsita en el proceso de coerción, cuando se pide y se dicta prisión preventiva. Aquí se engarza con el principio de proporcionalidad.

En tanto la prisión preventiva es una media de coerción y sus fines han de ser constitucionalmente legítimos, los que se expresan a través del *periculum libertatis*, no puede atribuírsele la función de anticipar la pena –un no culpable no puede ser castigado a través de la prisión preventiva– (STC n.º 0791-2002HC/TC, FJ 19). En la sentencia de 17-11-09, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, la CIDH ratificó la postura conforme a la cual la detención fundada en fines preventivo-punitivos sería contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos: “[...] la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber, asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. Tampoco es aceptable que cumpla la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quien es el responsable. Igualmente, la prisión preventiva no es un instrumento de la investigación penal, que de ser así colocaría a esta en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria [MORENO y otro]. Esta interpretación se encuentra proscrita por el Tribunal Constitucional Español, pues ha declarado la ilicitud de su utilización con la finalidad de propiciar esta como medio de prueba para obtener declaraciones, pruebas, etc. (STCE n.º 128/1995 de 26 de julio).

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia n.º C-3182008 ha proscrito la imposición indiscriminada y como regla de la prisión preventiva: “[...] En conclusión, una imposición automática e indiscriminada de una determinada medida de aseguramiento resulta contraria al principio de gradualidad que impone que las medidas que se aplican como sustitutivas de otras, deban estar razonablemente fundadas en criterios de necesidad, proporcionalidad y adecuación”.

Debe quedar claro que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas de coerción, toda vez que lo que puede llegar a violar esta garantía constitucional es solo la condena sin pruebas o en virtud de pruebas irregularmente obtenidas, o hechas valer en la causa sin las garantías debidas. El auto de detención o el de prisión preventiva no incide en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que se proyecta sobre el modo de acreditar o fundamentar la culpabilidad del acusado (SSTCE n.º 71/1994, de 03-03-94, y 127/1998, de 15-06-98).

De otro lado, no infringe esta garantía –de por sí inaplicable– estimar como justificación o único fundamento de la prisión preventiva los peligros de fuga y de obstaculización. En efecto, si se mantiene con rigor –y con acierto, porque la necesidad del proceso penal y de la defensa como actividad real del imputado en él escapan a la voluntad de quien la sufre– la prohibición de procesos penales en rebeldía no será posible evitar del todo algún modo de privación de la libertad durante el procedimiento [MAIER].

Es de tener presente, como estipuló la STEDH, Asunto Buzadji vs Moldavia, de 05-07-2016, que para decretar la prisión preventiva no basta con tener indicios racionales de que se ha cometido una infracción penal, sino que han de existir una serie de motivos relevantes y suficientes que justifiquen esta privación de libertad –es lo que se denomina “sospecha cualificada”, en tanto en cuanto la prisión preventiva supone una injerencia en los derechos de una persona imputada que es prácticamente equiparable a la condena [RAGUÉS I VALLÉS]–. Además, dos principios han de tenerse presente para la legitimidad de la prisión preventiva, amén del principio de intervención indiciaria –datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada (grave y fundada dice el artículo 268 del CPP), es decir, razonable, lógica, conforme a las máximas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible objeto de investigación [cfr.: ATSE de 18-06-1992]–. Son los principios de legalidad y de proporcionalidad; el primero opera como elemento habilitante de la privación procesal de la libertad y como fuente de limitación del plazo de duración de la medida, como enseña GIMENO; y el segundo es el pilar principal en que se apoya la regulación de la prisión preventiva, puesto que permite determinar el grado de admisibilidad constitucional de todas las decisiones, actos y normas, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y a los fines constitucionalmente legítimos que le corresponden. La estructura del principio de proporcionalidad

pasa, en primer lugar, por la idoneidad de la medida en aras de conseguir el resultado legítimo que se persigue, y una vez valorada su concurrencia es cuando se aplica el juicio de necesidad con el fin de evaluar la indispensabilidad de esta, en la medida que no existan medios menos gravosos que permitan conseguir un resultado idéntico o parecido, así como luego se examina la proporcionalidad en sentido estricto [SIMÓN CASTELLANO].

La prisión preventiva es admisible en cualquier estado del procedimiento, aunque su sede natural es la investigación preparatoria. Asimismo, es revisable cualquier momento del procedimiento, lo que implica su (v) provisionalidad o variabilidad, de suerte que debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesario y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos [ARAGONESES]. El carácter provisional de la prisión preventiva también encuentra su fundamento en la regla *rebus sic stantibus*, que significa que no solo la adopción, sino también el mantenimiento de la prisión preventiva, están supeditados a las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto. Solo se debe mantener la prisión preventiva en tanto permanezca inalterada la situación que dio lugar su adopción. Si los presupuestos de hecho varían o si se confirma en una determinada etapa procesal que cierta información obtenida hasta dicho momento ha quedado desvirtuada, corresponde su cese de forma inmediata o, en su defecto, que se sustituya por una medida restrictiva de la libertad menos gravosa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la SCIDH Tibi, de 07-09-04, estableció que en la aplicación de la prisión preventiva se deben tener en cuenta los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

Se debate si en la etapa de juzgamiento puede plantearse la medida de prisión preventiva y de ser factible. ¿Qué juez la resuelve? En primer lugar, desde la propia expresión lingüística del supuesto normativo, es obvio que puede hacerse en cualquier estado del procedimiento declarativo en primera instancia (artículo 279 CPP), lo cual es reflejo de la nota característica de provisionalidad o variabilidad. En segundo lugar, si el proceso transcurre por etapas que precluyen, no es posible que el incidente que se plantea en el acto oral –de naturaleza concentrado– sea devuelto a otro órgano jurisdiccional. En tercer lugar, es aplicable el artículo 28.3.b del CPP. En cuarto lugar, no se produce ninguna pérdida de la imparcialidad porque el procedimiento se realiza al amparo del principio de contradicción y porque el juicio es de mera probabilidad delictiva y se centra además en la peligrosidad procesal.

En todo caso, el principio hermenéutico rector de las normas relativas a prisión preventiva es el de *favor libertatis*, o de *indubio pro libertate*. En tanto importan una restricción de la libertad, debe regirse, además del principio de legalidad, por el principio de excepcionalidad. Es claro que en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria debe ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de dichos derechos [BELLIDO PENADÉS]. Por último, la legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, las exigencias de sospecha vehemente o bastante de la comisión por el imputado de una conducta delictiva grave.

Finalmente, es de tener presente, además, que la prisión preventiva incluirá también la privación de libertad ordenada por una autoridad judicial de acuerdo con las normas (incluidas las medidas de ejecución) para la cooperación judicial y la extradición [vid.: artículo 523 del CPP], pero ellas en modo alguno pueden ser aplicadas en detrimento de los requisitos específicos de la prisión preventiva.

2. Presupuestos y requisitos

Son dos los presupuestos de la prisión preventiva: material y formal, en el que se destaca la realización de una audiencia para la adopción de la medida.

2.1. Presupuesto material

Consiste en fundados y graves elementos de convicción y los requisitos se concentran en y motivos de prisión específicos: gravedad del delito y peligro de fuga y/o de obstaculización. Se trata de fundamentos serios y objetivos para privar procesalmente de la libertad a un imputado [VÉLEZ MARICONDE].

2.1.1. Fundados y graves elementos de convicción o sospecha fuerte

La sede natural –aunque no la única– de las medidas de coerción en el proceso penal es la etapa o procedimiento de investigación preparatoria. Ésta, a diferencia de otros procesos jurisdiccionales (civil, laboral, contencioso administrativo, constitucional), solo existe en el proceso penal y está regulada por la ley [GIMENO. Cabe reconocer, eso sí, que en el proceso penal puede presentarse una excepción a la existencia previa de actos de investigación formalizados, que se da en el procedimiento inmediato: artículos 446-448, según los Decretos Legislativos 1194, de 30-8-2015, y 1307, de 30-12-2016.

La investigación preparatoria puede definirse como el conjunto de actuaciones, dirigidas o, en su caso, realizadas por el Ministerio Público tendentes a

averiguar la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias, la persona de su autor o partícipe, a fin de fundamentar la acusación y las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado [SAN MARTÍN]. Si bien su función genérica es preparar el juicio oral, específicamente en ella se llevan a cabo (i) actos de investigación para averiguar la preexistencia y tipicidad del hecho y su autoría, se disponen (ii) medidas de aseguramiento de fuentes de investigación o de prueba, y se adoptan (iii) medidas limitativas de derechos para garantizar los fines del proceso. Es de resaltar, desde su contenido, la realización en ella de actos de investigación y, en su caso, de prueba preconstituida y, más avanzado el procedimiento de investigación preparatoria, de prueba anticipada.

Lo expuesto determinará que lo que las partes procesales y el juez, desde el aporte del fiscal, cuenten en esta fase o procedimiento de investigación preparatoria serán, preponderantemente, medios de investigación, cuyo régimen jurídico, sin duda, es diferente, menos exigente, que el de los medios de prueba. Ambos se unifican bajo la categoría, acuñada por GIMENO SENDRA, de actos de aportación de hechos. Solo rige, cuando corresponde, el principio de posibilidad de contradicción en su ejecución, salvo cuando se decreta el secreto de la investigación preparatoria –de cuya legitimidad no existe duda alguna–. En todo caso, siempre se ha de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es culpable del mismo (STSE 241/2009, de 13 de marzo).

Desde luego, la condición de su utilización para determinar la medida de prisión preventiva es su estricta legalidad –la reciente STC 4780-2017-PHC/TC, de 26 de abril de 2018, destacó esta exigencia, en relación por ejemplo a los audios del caso Madre Mía que no fueron debidamente incorporados al procedimiento coercitivo–. La ley fija los requisitos para la actuación o ejecución de los medios de investigación y, antes, para la obtención de las fuentes de investigación o de prueba, esencialmente cuando es del caso, en el proceso de conocimiento, restringir derechos del afectado. El incumplimiento de las reglas esenciales en alguno de estos niveles hace que el medio de investigación, por ilícito, sea inutilizable.

Nuestro Código Procesal Penal denomina a estas actuaciones “elementos de convicción”, sin duda para hacer referencia al resultado de los actos o medios de investigación, al aporte de conocimiento que brindan, a la información que incorporan, y, por tanto, a la adquisición –siempre intermedia– del convencimiento judicial. No se requiere de prueba, en sentido estricto, pues la verdadera prueba es la actuada en el plenario, con arreglo a los principios de contradicción plena, oralidad, publicidad y concentración. El Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116,

utilizó la denominación germana de “sospecha fuerte”. VOLK, al respecto, apunta que toda medida de coerción en el proceso es dictada con base en la sospecha y por ello el imputado debe tolerar ciertas medidas de injerencia en sus derechos –a ello se le denomina el sentido normativo de la presunción de inocencia–. Su límite es que no se trate al imputado como culpable –no es una pena anticipada ni tiene finalidad retributiva o preventiva: SCIDH Norín Catrimán vs. Chile–, y las sospechas deben extenderse también a los requisitos, clave para la legitimidad de la prisión preventiva, que se emparenta con el principio de proporcionalidad. No se puede hablar de certeza, seguridad o verdad del hecho y de su autor, necesaria para condenar, sino de algo inferior, de conjeturas razonables y fundadas en medios de investigación o de prueba –las preconstituidas–, según el caso, que se comportan como indicios o señales que apuntan a dos extremos (juicio de probabilidad positivo y sostenido).

Solo se necesitan datos inculpatorios que fluyen de los elementos de convicción que apoyan la presunta intervención delictiva del imputado, “...pero no suponen una prueba en extenso sobre los elementos reunidos en la causa, que solo en el momento del juicio oral han de valorarse” (ATCE 68/2002, de 2 de abril).

Ahora bien, se denomina sospecha vehemente o sospecha bastante o fuerte de la existencia de un delito y de su atribución al imputado como autor o partícipe del mismo –se está ante un verdadero juicio de imputación–. Esta exigencia presupone un cierto grado de desarrollo de la imputación y significa, entonces, que debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [Roxin]; probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, la probabilidad de condena se debe fundamentar en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto [NIEVA]. Se requiere, entonces, determinar que los elementos investigativos obtenidos de los medios de investigación –hacer mención a la expresión “elementos de convicción” importa residenciar el presupuesto coercitivo en una lógica subjetiva del juez de muy difícil control impugnativo y objetivación razonable– permiten un resultado altamente probable de que la hipótesis del fiscal es más sólida y con datos firmes en relación con la hipótesis de la defensa [IGARTUA]. Desde luego, no se requiere el descarte radical de la hipótesis defensiva, por lo demás impropia según el estado más o menos inicial del procedimiento penal, pues de ser así se estaría ante un umbral o estándar propio de una condena.

La STEDH Fox, Campbell y Hartley, de agosto de 1990 precisó que se requiere de la concurrencia de elementos que sean suficientes para convencer a un

tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho. La sospecha bastante o vehemente, a juicio del TEDH, opera como condición necesaria para adoptar y mantener la medida [STEDH W, de 26-01-93]. No se requiere certeza, pues a esta situación se llega solo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio [DEL RIO].

Entonces, la sospecha fuerte es un presupuesto indispensable de la prisión preventiva, es la base de las causales o motivos que le corresponde y que solo debe examinarse a continuación para su dictación o mantenimiento. Supone un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal. El término sospecha fuerte debe entenderse como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos que inculpan al imputado obtenidos en la etapa de investigación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas acciones. Se trata, por tanto, de una condición *sine qua non* de la legitimidad de la prisión preventiva, cuya ausencia determina que la medida sea arbitraria (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 24). Requiere, en tanto juicio de atribución del delito imputado, el examen de fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de pruebas lícitos acopiados durante en el proceso, luego de lo cual corresponde concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él va a ser condenado. Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes; esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable que es propio de la sentencia condenatoria (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 25). Los datos que aportan las fuentes-medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probables no son cuantificables. El indicio en materia de coerción procesal, a diferencia del indicio en materia probatoria, valorados libremente y no arbitrariamente por el órgano jurisdiccional, da lugar a un juicio centralmente hipotético, en cuya virtud el indicio es la base fáctica de una predicción, para afirmar la posibilidad que algo suceda en el futuro; no da lugar a afirmar una probabilidad tal alta que equivalga a la certeza jurídica (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 26).

El juicio de imputación requiere que un hecho sea delictivo, esto es, que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la

responsabilidad penal. La imputación, entonces, requiere, primero, de la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal y, segundo, de la existencia de un sujeto pasivo del proceso penal. En suma, se precisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones en el proceso, que con alta probabilidad permiten concluir, de manera provisional, la concurrencia del hecho y de su vinculación con el imputado (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 27).

Ahora bien, entre los preceptos de organización criminal, así como del delito de banda criminal, que se erigen en tipos penales autónomos respecto de los delitos específicos que puedan cometer sus integrantes y personas vinculadas a la organización o a la banda criminal, existe una relación de género y especie: los dos tipos delictivos son modalidades de organización criminal, que solo se diferencian por las características de su estructura organizativa y por su proyecto delictivo. Los jueces deben tener presentes los elementos típicos de ambas modalidades delictivas, y desde su adecuación, podrán dar por satisfecho este requisito legal referido al *fumus comissi delicti*. El estándar de acreditación, desde esta perspectiva, no puede relajarse, no la motivación del auto de prisión preventiva puede obviar la lógica racional y proporcional que necesariamente debe incorporar en orden al juicio de imputación desde una sospecha fuerte o vehemente (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 28-29). Se requiere, entonces, probabilidad positiva de la existencia del hecho y de la intervención punible del imputado, predominio de elementos incriminatorios de cargo de calidad y que permitan dar cuenta de los extremos invocados en la imputación sobre los de descargo; que los hechos afirmados, a partir de un análisis crítico conforme a las reglas de la sana crítica, resulten atendibles según el caudal de medios investigativos aportados.

Los medios de investigación (de incorporar en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes lo actuado en sede del proceso de colaboración eficaz), pueden utilizarse para requerir medidas coercitivas, como la prisión preventiva, en atención a lo establecido en el artículo 481-A CPP. Es claro, en tales supuestos, que las declaraciones del aspirante a colaborador eficaz o el ya declarado colaborador eficaz, a fin de valorar su atendibilidad, en sí mismas no justifican un mandato de prisión preventiva, pues necesitarán otras pruebas (medios de investigación o medios de prueba) que corroboren sus testimonios. La identidad del colaborador, en el momento de examinar la sospecha fuerte, a los efectos de la prisión preventiva, por estar en el estadio inicial de la investigación, no necesariamente debe ser conocida por el órgano jurisdiccional (Ver: Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 33).

En vista de la exigencia de la garantía de presunción inocencia, la responsabilidad de presentar los argumentos para la prisión preventiva recaerá en la Fiscalía. En esta línea no será aceptable que se considere que la Fiscalía cumplió con su responsabilidad respecto a la evaluación del peligrosismo procesal si solo se tiene en cuenta la gravedad del delito, o si el delito justifica el requisito de que el imputado demuestre que no existe ni la más mínima posibilidad de peligrosismo que se pueda derivar del hecho de que siga en libertad o de que se le ponga en libertad [STEDH, Asunto Ilijkov vs Bulgaria, de 26-07-2001].

2.1.2. Requisitos: motivos de prisión

Son dos: delito grave y peligrosismo procesal.

- A. **Gravedad del delito.** La ley fija un criterio cuantitativo en función a la prognosis de la pena privativa de libertad que se espera imponer según los criterios de medición previstos en el Código Penal: superior a cinco años de privación de libertad. Es de tener presente que el transcurso del tiempo lleva a que el criterio de la gravedad vaya perdiendo consistencia y, en las posibles prórrogas, o en el mantenimiento de la medida empiecen a ser más relevantes las circunstancias personales del imputado y las circunstancias del caso (STEDH Labita de 26-04-00).

Entonces, son dos los ejes de este requisito: **i)** la gravedad y características del delito imputado; y, **ii)** entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. Si el pronóstico de pena concreta no será superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, ya no cabe analizar el peligrosismo procesal y corresponderá indefectiblemente a metir un mandato de comparecencia. Por otra parte, otro supuesto se presenta cuando la ley no autoriza imponer pena suspendida o reserva de fallo condenatorio a pesar que la pena privativa de la libertad no supere ese límite. Si se trata de delitos graves, que tienen unas conminadas elevadas, siempre se entenderá que es un requisito necesario pero no suficiente para dictar la prisión preventiva, aunque, inevitablemente se requerirá que exista peligrosismo procesal; empero, en la verificación de su existencia, no se debe ser tan exigente para imponer el baremo de sospecha fuerte, sino será de rigor asumir el de sospecha suficiente, pues el análisis está precedido razonablemente de un dato fuerte de pena elevada, a la que el imputado no es ajeno tanto en su conocimiento cuanto en su riesgo y que

hace más probable el peligro para el proceso y, por ende, existe una pauta sólida de riesgo de fuga. Estas consideraciones también deben comprender a las actuaciones vinculadas con organizaciones criminales. (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 35 al 38).

El Decreto Legislativo 1585, de 22-11-2923, introdujo una línea alternativa para ampliar la noción de delito grave, desde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Estipula el artículo 268-A del CPP que en los delitos cuya pena sea no mayor de siete años de privación de libertad (criterio de pena concreta) se aplicará preferentemente la vigilancia electrónica personal como medida coercitiva más gravosa, es decir, con exclusión de la prisión preventiva y por encima de la comparecencia con restricciones, siempre, claro está, que los riesgos ulteriores puedan contenerse con dicha medida coercitiva. Se entiende, al destacar esta medida de coerción personal menos restrictiva, que los medios tecnológicos obligan, desde el subprincipio de necesidad –y el de subsidiaridad de la prisión preventiva– a estar muy pendientes del cumplimiento de este requisito, bajo la noción de que la prisión preventiva es una medida de última ratio. [RAGUÉS I VALLÉS].

- B.** Peligrosismo procesal –elemento teleológico–. Es su presupuesto principal. Consiste, de un lado, en evaluar proyectivamente que el imputado eludirá la actuación de la justicia que lo busca o, de otro lado, en la verificación de hechos que constituyan influencias desleales en peritos, coimputados, testigos, etcétera, influencias que requieren la posibilidad de frustración de la actividad probatoria [JAUCHEN]; se trata, en buena cuenta, de un riesgo no permitido de obstaculización del procedimiento penal. Se concreta en cualquier acción que pueda realizar el imputado estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en la sentencia [NIEVA] o la finalidad legítima del proceso. La naturaleza del delito y la gravedad de la pena no son suficientes, no puede aplicarse la prisión automáticamente [DEL RIO]. No se puede justificar la privación procesal de la libertad bajo presunciones de orden criminal, aunque tal posición no se deriva de la garantía de presunción de inocencia –como señaló la STC n.º 1802-2005-HC/TC, de 29-0405–, sino del principio de proporcionalidad. La gravedad y la modalidad del hecho constituyen, en línea de principio, un factor genérico para afirmar la peligrosidad, que, en todo caso, deber ser concretado con las particularidades del caso concreto [MURILLO]. La magnitud que debe presentar el peligrosismo

procesal –siempre susceptibles de cuantificación– está sujeta a dos factores relevantes: (i) el carácter más o menos reversible de la realización del riesgo –cuando las consecuencias de la materialización del riesgo resulten (con una elevada probabilidad) irreversibles para el buen fin del proceso, la necesidad de la prisión preventiva es mayor que cuando el daño causado por dicho riesgo pueda revertirse; y, (ii) la responsabilidad del imputado debido a su propio comportamiento, por la realización de una conducta que estaba en sus manos evitar (el imputado, de modo efectivo, intentó huir, alterar pruebas o atacar a la víctima); factores que, en todo caso, deberán concurrir cuando sea del caso decidir la prisión preventiva [RAGUÉS I VALLÉS].

Ha de constatarse la presencia de los dos peligrosismos legalmente previstos: de fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*– y de obstaculización (artículos 268.1c y 269-270 CPP) –con lo que nuestra legislación asume una postura intermedia o teoría de los dos peligros–. Así consta en las SSTEDH Letelier, de 27-07-91, y Tomasi de 27-08-92. En la STEDH Cloth de 12-12-91 se aceptó que las necesidades de la instrucción y los riesgos de ‘colusión entre coacusados o de intimidación de testigos’ pueden justificar la prisión preventiva, a lo que se incluye la complejidad del caso. Asimismo, la STEDH Bouchet, de 20-03-01, aceptó que la vulnerabilidad de las partes en el proceso constituye un motivo pertinente y legítimo de la privación de libertad. Empero, tal criterio pierde consistencia una vez que se va produciendo la audiencia de algunos testigos y la progresión de las investigaciones (STEDH IAC de 23-09-98). El riesgo real de presiones a testigos se atenúa e incluso desaparece con el transcurso del tiempo (STEDH Letellier, de 27-11-91). En igual sentido la SCIDH Bayarri, de 30-12-08, afirmó que la prisión preventiva debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.

La existencia del peligrosismo procesal no se presume. El órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción. Tal peligro existe, es de insistir, cuando es posible fundar racionalmente que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de la condena eventual u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica [MAIER].

Para decidir acerca del peligrosismo, se debe atender individualmente a los antecedentes y otras circunstancias del caso (situación personal, social y laboral) –de carácter subjetivo–, así como la moralidad del imputado, medios económicos de los que dispone; circunstancia de arraigo; la conexiones con otros países; conducta previa, concomitante y posterior del imputado; comportamientos realizados en otras causas, etcétera. Ninguno de los elementos valorativos de los distintos peligros que la norma quiere prevenir pueden ser apreciados de modo automático o imperativo, siendo siempre necesaria su evaluación de manera motivada y conforme a la situación que se quiere cautelar [ASENCIO].

El Tribunal Constitucional ha desarrollado estos elementos de juicio que deben ser evaluados tanto antes como durante el desarrollo del proceso para determinar la existencia de peligro procesal (STC n.º 01555-2012PHC/TC, FJ 16). El tribunal, de forma acertada, no los enuncia en una fórmula de *numerus clausus*, sino que establece que existe un ámbito propio de discrecionalidad de los magistrados para determinar los elementos que a su juicio confirman la existencia de un peligro de fuga. Los criterios que la Ley enuncia son meramente indicativos, nunca vinculantes y, desde luego, no constituyen un listado cerrado: se refieren tanto al sujeto como a los hechos delictivos, son datos que la experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro [ASENCIO].

Asimismo, no puede constituirse como un criterio autónomo o suficiente de valoración, por ejemplo, la gravedad del tipo legal cometido por el imputado. La gravedad del hecho perpetrado es un criterio para la determinación de la pena concreta que recibirá el imputado, pero más allá de eso, el carácter de los hechos no descubre nuevos factores, salvo que se vincule dicho carácter, de nuevo, con la conducta moral del procesado. Atribuir consecuencias jurídicas por el carácter del hecho y no por la posible conducta del procesado o investigados durante la sustanciación del proceso, se asemeja a una pena anticipada [DEL RÍO].

Entonces, el juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto, no puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada con ninguno de estos aspectos, sino dene hacerse en relación con los otros. El riesgo ha de ser grave, evidente. Ha de optarse, al final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar no es la sospecha grave o

fundada del *fumus commissi delicti*, sino justificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga (Sentencia de casación n.º 1445-2018/Nacional, de 11 de abril de 2019). Asimismo, el factor tiempo es, sin duda, en alguna medida relevante. Los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son los mismos que los que debe exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 45).

- Peligro de fuga. El juez debe estimar la acreditación de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga. La base del análisis deberá estar puesta en el conjunto de acciones que una persona pueda desplegar para evitar ser encontrado por el Estado, o desviarlo a éste en su actividad; análisis que debe hacerse desde la única finalidad admisible de la prisión preventiva, que es asegurar la concreción del proceso [JAUCHEN]. Se requiere concluir, por el material investigativo disponible, de una elevada probabilidad de huida y que ésta pueda ocasionar un daño irreversible de frustración del procedimiento penal. Los criterios o circunstancias acreditativas que el CPP incorpora, enunciativamente, en atención a las condiciones objetivas y subjetivas que pueden propender la fuga, son los siguientes:
 - (i) Aquellas vinculadas a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como arraigo –que tiene un carácter objetivo–. El arraigo es el conjunto de factores que permiten valorar que es probable que una persona se sienta más o menos apegada a su residencia fija o centro laboral y, como contrapartida, le cueste más o menos abandonarla. Tal situación debe valorarse juntamente con la existencia de otros parámetros que den cuenta de motivaciones para frustrar la investigación [JAUCHEN]. En este aspecto se verificará, por ejemplo, los lazos familiares del imputado, si su familia vive con él –sustenta a la unidad familiar–, también su ocupación laboral que supone que el medio de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país o en su localidad, y finalmente si tiene un domicilio conocido dentro de la jurisdicción. Es importante mencionar que el análisis del arraigo no supone evaluar la existencia o inexistencia de este presupuesto, sino

que se debe ponderar la calidad del arraigo. En este sentido, es legítimo imponer una prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no aleja al imputado del riesgo fundado de fuga (RA n.º 325-2011-P-PJ, de 13-09-11). Los vínculos ya referidos son meramente referenciales. Incidirá, sobremanera, la situación económica del imputado, es decir, si goza de una pudiente solvencia económica, está en mejores posibilidades de abandonar el país que un reo que a duras penas cuenta con una choza para vivir. Asimismo, el arraigo al país puede también valorarse conforme a los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, de forma concluyente si cuenta con una doble nacionalidad o más de dos, situación que le permite abandonar el país con mayor facilidad y refugiarse en su doble nacionalidad para evitar ser extraditado [PEÑA CABRERA FREIRE]. Es evidente que los criterios que el juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están vinculados, entre otros, al arraigo, el mismo que tiene tres dimensiones: **1.** La posesión, **2.** El arraigo familiar y, **3.** El arraigo laboral. De presentarse estas circunstancias, desincentivan la fuga del imputado. Otro criterio relevante del peligro de fuga está relacionado con la moralidad del imputado, esto es, la carencia de antecedentes. La pena podrá ser relevante, pero si no constane elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva. Asumir un peligro de fuga por la sala condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad (Sentencia de casación n.º 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015).

- (ii) La gravedad de la pena esperable, criterio que establece el legislador para prever si el imputado piensa fugarse, pues es una información que el imputado puede valorar teniendo en cuenta el marco de la pena a esperar en una eventual sentencia condenatoria aunque es de actor que este criterio, por más que la pena conminada sea muy grave, no exime al juez de una consideración individual de las circunstancias específicas del caso (SCIDH Díaz Peña) [ARAYA VEGA]. En efecto, el peligro no puede desprenderse únicamente

en atención a la pena previsible y a la naturaleza del delito, desde el *fumus commissi delicti*. Los automatismos no son de recibo. A la pena previsible y a la naturaleza del delito tienen que añadirse otros factores que inciden en el peligro concreto (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 43). Es, entonces, una pauta más que puede emplearse siempre que se complemente con otras.

- (iii) La importancia del daño resarcible y la actitud del imputado frente a él –si auxilió a la víctima o la abandonó, etcétera–. Este criterio es desacertado, pues condicional a la valoración de la conducta del procesado frente a un hecho futuro e incierto como es el pago de una eventual reparación civil y, además, adopta un canon para la determinación de la pena como es el hecho de analizar su comportamiento frente a la víctima. Es claro que se puede salvaguardar la futura reparación de la víctima mediante la adopción de otras medidas idóneas mediante el embargo o la incautación [ORÉ GUARDIA]. Empero, no puede dejar de señalarse que el imputado que ha reparado total o parcialmente el daño en términos pecuniarios ha adoptado una posición de responsabilidad frente al mismo en el marco de un 11 proceso judicial o extrajudicial, lo que demuestra un posicionamiento que puede ser tenido como compatible con el de una persona que no pretende frustrar la acción de la justicia [JAUCHEN].
- (iv) El comportamiento del encausado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior –si se pone a derecho una vez se entere del emplazamiento judicial, y cómo fue su conducta procesal en otras causas–. Exige evaluar el modo en que el imputado se manejó en el proceso en curso o en otros anteriores. Tratándose del comportamiento del procesado en otras causas, como, por ejemplo, en el caso de una fuga consumada, nos da una puta fiable del comportamiento futuro del imputado.
- (v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración, que es una guía recientemente incorporada y que debe ser valorada junto con el resto de criterios o circunstancias, pues su sola existencia no es requisito *sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva (RA n.º 235-2011-P-PJ– Circular sobre Prisión Preventiva), aunque esta integración como criterio de

prisión preventiva sería más sólida si el imputado estuviera en posibilidad de servirse de la organización criminal para eludir la acción de la justicia, esto es, si fuera un líder o cuadro regional o con algún nivel de mando y responsabilidad dirigente [PEÑA CABRERA FREIRE]. Si se cumple esta nota característica, también debe concurrir la gravedad del delito perpetrado (STCE n.º 128/1995, de 26-07-95).

- Peligro de obstaculización. El riesgo de destrucción de pruebas debe ser tan grave como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción. El juez debe evaluar la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, esto es, la averiguación de las fuentes de prueba en curso que podría ser obstaculizada por el imputado en libertad [NIEVA].

Las fuentes de prueba pueden ser afectadas por la conducta del imputado. Un conjunto de tres comportamientos relevantes incorpora el artículo 270 CPP: destrucción, modificación, ocultación, supresión o falsificación de elementos de prueba; influencia sobre órganos de prueba para que informen falsamente, desleal o reticentemente; e inducción a otros a realizar tales conductas. La decisión tendrá en cuenta la relevancia de las fuentes de prueba para el enjuiciamiento del objeto penal, y la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, órganos de pruebas o quienes pudieran serlo. Constituye un criterio equívoco –no aplicado en el CPP– la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la STC n.º 1091-2002-HC/TC, cuando considera pertinente el mantenimiento de la prisión preventiva porque se advirtió en el caso de autos que el imputado no colaboró con la investigación. Esta resolución –de forma clara– vulnera el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, o a declararse culpable. Es evidente que la negativa de declarar de un imputado no puede ser utilizada como fundamento para instaurar o mantener una medida de coerción como la prisión preventiva. Si se persiste en mantener este ilegítimo criterio en la aplicación de la prisión preventiva, se estaría obligando al imputado autoincriminarse a fin de evitar dicha medida. En esta misma línea de ideas, tampoco puede interpretarse como un supuesto de entorpecimiento las diversas versiones que manifieste el procesado [ORÉ GUARDIA].

Desde una perspectiva dogmática el peligro de obstaculización a diferencia del peligro de fuga, por lo general, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad que éste último peligrosismo. Es una causal de menor entidad expansiva en el orden al tiempo de vigencia de la medida, pues el peligro de obstaculización es posible que pueda ser eliminado con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba material y anticipación probatoria en el caso de prueba personal. Por tanto, el plazo debe ser menor al peligro de fuga. Entonces, se debería practicar tan pronto sea posible los registros pertinentes, tomar declaración a los testigos supuestamente susceptibles de ser influidos. En el caso de organización criminal, este peligrosismo, por ser más intenso, puede prolongarse en el tiempo (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 55). En consecuencia, el peligro de alteración de pruebas debe ser fundado y concreto. El juez ha de estar en condiciones de precisar la existencia de unas pruebas determinadas que se hallan en situación de riesgo, y ha de justificar la existencia de ese riesgo superior al que, en principio, concurre en toda imputación penal. Además, este peligro no debe durar más allá del mínimo tiempo imprescindible para el aseguramiento judicial del material probatorio [RAGUÉS I VALLÉS].

- C. Presupuesto especial. Artículo 268.2 CPP. En función a la gravedad del hecho, pero en relación a imputados integrados en organizaciones o bandas criminales, siempre que pueda advertirse que puede utilizar los medios que estas le brinden para facilitar la fuga u obstaculizar la verdad. Los riesgos clásicos, aun con menor intensidad, deben darse [ROXIN]; y, a su vez, resulta necesario acreditar el *fumus boni iuris* y el *periculum*, con la especificidad, de ser el caso, de la integración en una asociación ilícita. Este presupuesto, sin embargo, ha sido derogado. Los dos presupuestos materiales ya analizados –es de insistir– han de interpretarse desde el prisma de la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. Una medida irrazonable o desproporcionada tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso [BARONA VILAR].

Es de resaltar, desde el principio de proporcionalidad, concretamente de prohibición del exceso, lo que importa en términos de aminoración del peligro de fuga o de entorpecimiento el estado de salud del imputado, más aún si es una persona valetudinaria (de tercera edad y con una enfermedad grave). Es indudable, con independencia del delito imputado, y más allá de la sospecha fuerte de su

comisión y de la intervención delictiva de aquél, que una tal situación personal, acreditada pericialmente, tiene consistencia para estimar que, por tal razón, basada en una consideración humanitaria y de tutela de la salud, de relevancia constitucionales, el imputado no estaría en condiciones exitosas de ocultarse o de alterar la actividad de investigación o de juzgamiento.

Asimismo, desde la exigencia constitucional de ocupar establecimientos penales adecuados –convenientes, idóneos, aptos– (artículo 139, numeral 21, de la Constitución). Todo Establecimiento Penal debe ser apropiado para el uso al que está destinado, debe acomodarse a ciertas condiciones, una de ellas es, desde luego, la de protección de la salud y la seguridad de los internos –concreta el principio de humanidad en el tratamiento penitenciario–. Si existe un riesgo fundado de adquisición de enfermedades graves, sin que se habiliten las medidas sanitarias convenientes, el Establecimiento Penal no está en condiciones de proveerlas, o éstas recomienden disminuir la población penitenciaria, es de rigor, entonces, flexibilizar la interpretación de la subsistencia de la medida de prisión preventiva y optar por otras medidas menos intensas que eviten el contagio o una situación de salubridad riesgosa para los internos –en tanto en cuanto otra medida menos intensa evite la degradación de su salud–.

Así, por ejemplo, la Casación argentina en su sentencia n.º 233/20, de 20-3-2020, a propósito de la pandemia de coronavirus (covid-19), así declarada por la Organización Mundial de la Salud –y generadora de una emergencia sanitaria–, señaló que las personas que integran grupos de riesgo deben ser resguardadas adecuadamente en su derecho a la salud, que el Estado debe garantizar a las personas privadas de libertad, ante su situación de especial vulnerabilidad, por lo que, acreditándose las condiciones del Establecimiento, el estado de salud presente del interno preso preventivo y su situación objetiva de riesgo, bajo los criterios de subsidiaridad y proporcionalidad en las circunstancias concretas de cada caso, debe resolver lo conveniente, siendo por lo demás aplicable el principio que ordena que los pedidos de libertad procesal han de ser resueltos conforme con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su presentación (Fallos: 285:353; 310:819; 315:589).

2.2. Presupuestos formales

Conforme al artículo 271 CPP, el auto de prisión preventiva debe dictarse previo requerimiento del fiscal, procedimiento de audiencia, y la estructura del mismo, está sujeta a determinadas exigencias.

2.2.1. La pretensión coercitiva de prisión preventiva

2.2.1.1 Alcances

El proceso de coerción típicamente penal, vinculado al objeto penal, solo puede ser instado por el Ministerio Público (artículo 268, primer párrafo, CPP), que goza expresamente de la legitimación activa correspondiente —es una legitimación originaria derivada de la Constitución—, mientras que la legitimación pasiva la tiene el imputado, quien es el afectado por la resolución que impone la prisión preventiva o, de ser el caso, otra medida menos intensa. El requerimiento del fiscal —la solicitud de prisión preventiva es una petición de tutela judicial— debe ser fundado y el fiscal ha de exhibir en la audiencia el expediente fiscal (artículo 8.2 CPP) para su examen por el juez. La fundamentación del requerimiento cubrirá el presupuesto y los requisitos de la prisión preventiva (artículo 268, segundo párrafo, CPP) y se razonará desde los medios de investigación acopiados —de los que se desprenden los **elementos de convicción**— referidos a los actos de investigación, o de prueba anticipada o preconstituida si existieran—. Es obvio, desde el punto de vista de las garantías procesales, como consecuencia de que la prisión preventiva la solicita el fiscal, a éste corresponde la carga de la alegación y prueba del presupuesto y de los requisitos de la prisión preventiva; y, en su consecuencia, el auto judicial debe pronunciarse sobre esos extremos, no sobre otros. Se responde los planteamientos materia de la pretensión de la Fiscalía y, en su caso, a los que introduce la defensa como resistencia al requerimiento del Ministerio Público, que es lo que a final de cuentas refleja el principio de congruencia procesal, que integra la garantía de tutela jurisdiccional.

2.2.1.2 Elementos objetivos

La pretensión coercitiva es el objeto del proceso de coerción. Desde su perspectiva objetiva, se integra **(i)** por la **petición** dirigida al órgano jurisdiccional y **(ii)** por lo que se alega o afirma como fundamento de dicha petición (**causa de pedir**). Lo que se pide en la **solicitud coercitiva** se fundamenta en determinados hechos y fundamentos de derecho, que han de ser alegados en ella. Son dos los elementos objetivos de la pretensión: el fundamento o “*causa petendi*” y la petición o “*petitum*”.

1. La petición tiene como objeto el requerimiento de la imposición de una medida de prisión preventiva contra el imputado.

2. La causa de pedir o fundamento de la pretensión es el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la petición: 1. Atribución razonada de

la comisión de un hecho delictivo grave, y **2.** Presencia de un determinado riesgo (fuga y/u obstaculización). Se trata, pues, de la indicación del hecho delictivo, y de los hechos y circunstancias concretas que determinan los requisitos de la prisión preventiva, que den apoyo a la aplicación del precepto legal: artículo 268 CPP; esto es, justificación cumplida o explicación detallada de la concurrencia de los requisitos correspondientes, a partir de los elementos de convicción—.

En cuanto a los alcances de la pretensión, Lo primero que es de resaltar es que el relato del fiscal debe consistir en hechos históricos. Los argumentos no son hechos, sino construcciones intelectuales, al igual que no lo son los medios de investigación y/o de prueba, que son instrumentos para demostrar los hechos—. Lo segundo, es que los hechos han de ser los jurídicamente relevantes y más o menos detallados, idóneos para fundar el juicio de delictuosidad y penalidad, así como el juicio de peligrosismo; es decir, se trata de hechos concretos jurídicamente calificables. Los hechos constitutivos que integran la causa de pedir, propiamente los que identifican la causa de pedir, no son todos que definen el acontecimiento histórico, sino aquellos que permiten identificar la pretensión.

De otro lado, la calificación jurídica (causa de pedir jurídica) es irrelevante como elemento identificador de la causa de pedir —no es un elemento esencial—. Ésta entra en las potestades del juez: *iura novit curia*; por tanto, el juez respetando los hechos y la petición que identifican el objeto procesal, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta, incluso distinta de la propuesta por el Ministerio Público (título de imputación) pero ha de respetar la homogeneidad del bien jurídico tutelado (título de la decisión coercitiva).

A. Aspectos generales

La audiencia de prisión preventiva es una manifestación, no solo del principio procedimental de oralidad, sino especialmente del principio de contradicción en el proceso penal, por el cual tanto el imputado como su abogado defensor cuentan con la posibilidad de contradecir la propuesta de prisión preventiva del Ministerio Público. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de citación a la audiencia de prisión preventiva dentro de las cuarenta y ocho horas del requerimiento fiscal —se entiende que si no se pide la prisión preventiva procede la excarcelación y es automática la conversión de la medida en comparecencia, salvo que pida una medida alternativa o de comparecencia con restricciones—. Este plazo es aplicable para procesos simples, no así en procesos complejos o contra organización criminal, por lo que en cumplimiento del

derecho de la garantía de defensa procesal de exigencia de un tiempo razonable para prepararla, cabe señalar un plazo distinto, judicial, de conformidad con el artículo 142 del CPC (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 66).

La audiencia se celebra con concurrencia obligatoria fiscal, imputado y defensor (si no asiste, se reemplazará con el de oficio). Rige el artículo 8 CPP: el pedido requiere que se adjunte los elementos de convicción. El fiscal debe acompañar expediente fiscal. Instalada la audiencia, se escucha al fiscal, al abogado, y al último al reo (si va agraviado, antes escucha a este). La Casación ha definido que la intervención del imputado está sujeta a su presencia en el juicio. Es de precisar, que no es de recibo que el juez consienta una exagerada y tediosa exposición de la pretensión y de las resistencias. Estas audiencias, salvo casos excepcionales, no pueden durar horas y horas, con réplicas y dúplicas reiterativas. Su enfoque debe ser unificado e integrado a fin de relieves el argumento principal y consolidar la pretensión o la resistencia. Es el juez quien tiene que fijar el plazo único para que las partes realicen sus pretensiones y resistencias. Este plazo está en función a las características de cada caso concreto; asimismo, es el juez quien tiene que procurar que toda intervenciones de las partes verse sobre lo necesario o imprescindible (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 67). Por lo demás, se debe brindar al imputado y su defensa un tiempo corto, pero razonable para preparar su contradicción, y deba ajustar la celebración de la audiencia a tiempos y horarios que permitan llevar a cabo con efectividad el derecho de defensa (STC 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC, de 26 de abril de 2018, fj 135- Caso: HUMALA TASSO/HEREDIA ALARCÓN).

La decisión se profiere en audiencia, sin postergación. Por tanto, se trata de una resolución oral.

B. Fundamento

El procedimiento de la prisión preventiva debe regularse de tal modo que, en esencia, garantice la imparcialidad del juez –ese es su norte–. Para ello la prisión preventiva no solo debe solicitarla el Ministerio Público –lógica acusatoria–, sino que ha de dictarse previa convocatoria y celebración obligatoria o preceptiva de una audiencia –que en nuestro sistema procesal penal es de meras alegaciones y debate sobre el presupuesto y los requisitos (motivos de prisión) de la prisión preventiva–, donde el juez ha sido colocado en la posición de un tercero que observa y resuelve. Lo **estructural** desde el procedimiento que permite esta imparcialidad es que el juez, primero, no es el titular de la investigación preparatoria y no

prejuzga sobre su estrategia y hallazgos, solo la controla jurídicamente; y, segundo, son de aplicación los principios de contradicción, igualdad de armas, oralidad e intermediación, de suerte que se evita por parte del juez una actuación solitaria y ajena a los argumentos de las partes.

C. Características del debate

El debate debe ser preciso y concreto, esclarecedor y con un tiempo limitado, centrándose en lo esencial del problema que trae el caso. Todo ello permitirá la comprensión del asunto litigioso y una solución más justa en relación a la pretensión del fiscal y a la resistencia del imputado. Lo obvio, lo evidente, no se discute.

2.2.2. Auto de prisión: valoración y estandar de la decisión

Este será especialmente motivado, con expresión de la imputación, de los fundamentos de hecho y derecho que lo sustente, y la indicación de las citas legales pertinentes. La resolución se expide de forma oral. La oralidad de la resolución del juez no exime a este de su deber de motivación, pues esto una exigencia que tiene una doble perspectiva de aseguramiento, por un lado, la de garantizar la eficacia del derecho a la tutela judicial efectivo y, de otro, la del respecto a la libertad personal del imputado (STC n.º 03784-2008-PHC/TC, FJ 6). Asimismo, el cumplimiento de la garantía de motivación de la decisión judicial permite al justiciable verificar la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El juez puede optar por imponer al imputado prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva, según el caso.

El auto de prisión preventiva debe efectuar una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión presunta del delito, con precisión de los elementos que caracterizan la imputación; asimismo, ha de justificar las razones por las que afirma que la privación de libertad es indispensable para garantizar los fines legítimos de esa medida (SCIDH CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ, de 21-11-07). El juez ha de incorporar razones fundadas que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de privar de la libertad durante el proceso (STEDH Sulaoja, 2005). Se trata, pues, de una motivación reforzada o más estricta (STC n.º 10912002-HC/TC, de 12-08-02).

Es de precisar que uno de los presupuestos generales, desde el principio de proporcionalidad, de toda medida de coerción personal, en tanto importa la restricción de un derecho fundamental, es la motivación reforzada del auto judicial que la acuerda. La motivación debe incidir, primero, en los dos presupuestos

materiales de la prisión preventiva: (i) presencia de sospecha fundada y grave o fuerte –es decir, sospecha racional y considerable o trascendental, o “*elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del imputado en el hecho delictivo*” [JORGE BARREIRO]–, y (ii) existencia de peligrismo –que es el elemento teleológico y principal de la prisión preventiva–; y, segundo, en el examen jurídico de la punibilidad y de la perseguibilidad del hecho. Es decir, ésta recae sobre los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

Ya se dejó expuesto que el estándar para apreciar los actos de investigación acopiados hasta ese momento es la sospecha fundada y grave (artículo 268.1 CPP). Esto es, alto grado de probabilidad de que están presentes los elementos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXÍN], así como de la intervención del imputado en su comisión. Sin duda, no se requiere certeza –propia de la fase plenaria, de la actividad probatoria plena–, pero sí algo más que sospecha inicial, sospecha reveladora y sospecha suficiente, circunscriptas a los supuestos para decidir las diligencias preliminares, la inculpación formal y la acusación y auto de enjuiciamiento (artículos 329, 336 y 344 CPP). El criterio, en estos casos, es meramente cuantitativo: cuando es muy probable que tras el juicio oral se condene al imputado–. Probabilidad, a diferencia de la certeza, como plantea MAIER, significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el resultado de la verdad, aunque reconoce no haber alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero creo que se ha aproximado a ella –certeza, en cambio, expresa el juicio positivo del sujeto cognoscente acerca del resultado de la actividad cognoscitiva: quien está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, esto es, de conocer la verdad–. Son los medios de investigación los que permiten formular un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, es decir, de probable responsabilidad criminal [BARONA VILAR]. A esto último se denomina “probabilidad positiva” de la responsabilidad del imputado, es decir, cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo por parte del imputado son francamente superiores a los negativos [LLOBET]. Ello, en modo alguno, significa que un análisis más intenso deba hacerse en sede del procedimiento intermedio –como con justa causa cuestiona, por ejemplo, la citada STC 4780-2017-PHC/TC– y, menos, que se omita valorar actos de investigación aportados por la defensa.

Empero, este estándar, propio para realizar una prognosis de culpabilidad procesal desde datos inculpatorios sólidos (presencia de elementos de convicción, en clave de sospecha fuerte), tiene su propia peculiaridad cuando se trata de

apreciar el peligrosismo procesal. La sospecha –presencia de un nivel mínimo, pero razonable, de información acerca del peligro de fuga o de entorpecimiento– siempre ha de estar presente en ese grado requerido (fundada y grave o fuerte), salvo contadas excepciones –por razones de urgencia y de entidad y naturaleza del delito (penas capitales o gravísimas y crimen organizado).

Es entender, empero, materialmente, el juicio sobre la prognosis de fuga o de obstaculización –que son las denominadas por ORTELLS: “situaciones constitutivas del riesgo”– es más complejo y con mayor nivel de arbitrio judicial, aun cuando está anclado en determinados criterios, abstractos y concretos, reconocidos por la criminalística como datos a tener presente (v.gr.: comportamiento en otros procesos, antecedentes penales, arraigo, etcétera, positivizados en los artículos 269 y 270 del CPP). ORTELLS denomina a estos criterios: “circunstancias acreditativas del riesgo o peligro”, que son datos con base en los cuales puede el juez apreciar y declarar la existencia del peligro, y que actúan como indicios que denotan el riesgo de huida; y, como tal, requieren de un complemento subjetivo de muy difícil concreción. En la determinación del *periculum libertatis* se exige al Juez, enseña NIEVA, a construir una perspectiva de futuro, tratando de averiguar qué es lo que sucederá si no se adopta la prisión preventiva.

La motivación del presupuesto y de los requisitos de la prisión preventiva importa la constatación de un hecho delictivo real o de un indicio serio de su comisión –no puede sustentarse en razones vagas y generales al estado de los medios de investigación, sin identificación e individualización de hechos concretos (realización de un examen individual del material investigativo) que puedan determinar el cumplimiento de los elementos de determinada figura delictiva (v.gr.: organización delictiva o lavado de activos)–. Tienen que existir (*i*) sospechas fuertes o graves que den cuenta de la gravedad y de la existencia de un delito concreto atribuido al imputado, así como (*ii*) sospechas sólidas que permitan sostener que el imputado realizará actividades que pudieran perjudicar el curso de la justicia. Se debe incorporar motivos pertinentes y suficientes [STEDH, Asunto Erdal Tercan, de 29-06-2021].

Cabe puntualizar que, en cuanto al arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y sus negocios, profesión o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto –presencia de elementos que denotan un vínculo con el lugar–, lo que se ha de valorar es, de primera intención, es su ausencia, puesto que se pretende identificar un peligro procesal. No se trata de un boleto de entrada o salida a prisión, como si se tratara de una norma programática directa que puede ser aplicada sin mayor ponderación

o juicio que compare otras circunstancias. Es claro que toda persona tiene, siempre, algún tipo de arraigo, por lo que ha de evaluarse su calidad y como ésta puede influir junto con otras circunstancias en la escenificación del riesgo de fuga [DEL RÍO].

Un punto que está adquiriendo notoriedad, en los casos que vienen tramitándose en la actualidad, y que se relaciona con el estándar de sospecha grave o fuerte que se requiere para dictar prisión preventiva, está referido a la utilización de las declaraciones, documentos y demás elementos de convicción que se obtienen en el curso de los procesos por colaboración eficaz, en fase de corroboración. Sobre el particular, en el país se cuenta con preceptos precisos. Rigen los siguientes artículos del Código Procesal Penal reformados por el Decreto Legislativo 1301, de 30-12-2016: **(i)** 476-A –cuando el proceso culminó favorablemente a la colaboración–, **(ii)** 481 –cuando se rechaza el acuerdo de colaboración–, y **(iii)** 481-A –cuando el proceso de colaboración está en trámite–.

El problema, desde la perspectiva de la licitud de su utilización, se presenta básicamente con las exigencias de contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos de naturaleza personal. Cabe aclarar que las actuaciones en el proceso de colaboración eficaz son meramente investigativas o sumariales y, por tanto, se regulan conforme a los actos de investigación legalmente previstos –es claro, por lo demás, que los actos de investigación son prácticamente coincidentes con los actos de prueba [GÓMEZ COLOMER]–. El proceso de colaboración eficaz, a diferencia del proceso común, es reservado en las actuaciones de corroboración –en el común se trata de una fase participativa–. Ahora bien, esta situación *sui generis*, pero razonable dentro de la lógica de corroboración, no es que *per se* hace inutilizables esas declaraciones, sino que tal déficit debe superarse acudiendo a la doctrina de la Gran Sala del TEDH recaída en la sentencia Al-Khawawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15-12-2011; reiterada en la sentencia Schatschaschwili c. Alemania, de 15-12-2015.

Por tanto, según esa doctrina, existen tres criterios de comprobación, que han de analizarse en conjunto: **(i)** si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos –sin duda, en el presente caso, existe una autorización legal y, en la mayoría de los casos, el proceso está en fase de corroboración–; **(ii)** si la declaración en cuestión sería el fundamento único o determinante para la decisión –es de analizar el peso de ese testimonio, pero en todo caso rige la regla de inutilización prevista en el artículo 158.2 del CPP (para declaraciones de colaboradores), por lo que deben existir otros actos de investigación que convergentes con tal declaración–; y, **(iii)** si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las

dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento –a más importancia de las declaraciones sin contradicción más sólidos los elementos de compensación–. Estos elementos de compensación están en función no solo a la coherencia, precisión y detalle circunstancial del testimonio incriminador; sino también, y preponderantemente, la existencia de otras pruebas que corroboren el testimonio único o preponderante –informes periciales, testificales, prueba material, actas de incautación o de intervención, etcétera–. Esta doctrina ha sido correctamente seguida por la STSE 182/2017, de 22 de marzo.

¿Cómo puede determinarse si existe un riesgo de fuga o un riesgo de obstaculización? La regla es que el peligro no debe determinarse con base a criterios abstractos –que solo pueden servir de base en los primeros momentos de la investigación, que se centra en la gravedad y naturaleza del delito cometido, así como en la existencia de antecedentes del afectado– sino en mérito a criterios concretos –el principio de igualdad juega un papel central en este análisis–; ello excluye, por ejemplo, las llamadas presunciones de fuga con base en el monto de la pena esperada (SCIDH, García Asto, n.º 128) [LLOBET].

En principio, y preliminarmente a la valoración, debe tenerse presente que se debe atender individualmente a (i) la naturaleza del hecho y a la gravedad de la pena esperable –circunstancias del hecho atribuido en sentido estricto, gravedad del delito y entidad de la conminación penal–, así como a (ii) las circunstancias concretas y personales del imputado. En este último caso se requiere examinar, primero, el arraigo patrimonial, laboral o profesional, familiar y social; segundo, la facilidad de movimientos: estado de salud, conexiones con otros países, medios económicos); y, tercero, los antecedentes judiciales y/o penales, así como los comportamientos realizados en otras causas –se trata de datos de carácter subjetivo que exigen una valoración integral y concreto– [RIVERA]. Estos datos o, mejor dicho, indicadores materiales –que están en condiciones de materializar la fuga– no se aprecian de modo automático o imperativo; deben evaluarse de conformidad a la situación que se quiere cautelar [ASCENCIO MELLADO]. Además, ha de individualizarse la diferente participación, en caso de pluralidad de intervinientes, que haya podido tener cada imputado, si es que de ella se puede desprender, desde la ley, un menor reproche punitivo.

Tratándose de peligro de obstaculización, sin duda de menor posibilidad expansiva según el tiempo transcurrido, el juez debe evaluar, en cuanto a las circunstancias acreditativas de ese riesgo, siempre expuestas con carácter general, las circunstancias y características personales del imputado –que revelan la real

capacidad de materializar la actuación ilegítima que pretende conjurarse–, la concreta disposición del imputado a obstaculizar las pruebas, esto es, la averiguación de las fuentes de prueba en curso que podría ser obstaculizada por el imputado en libertad [NIEVA] –no puede tratarse de un posible riesgo, sino de uno fundado y concreto–, y la actuación durante el proceso de la destrucción e impedimento ilícito de la obtención o práctica de pruebas.

Es indudable que, dentro de estos baremos, el juez ha de tener puntos de apoyo fácticos, que se sustentan, siempre, en medios de investigación, para realizar este análisis. También es patente que el criterio de las circunstancias concretas y personales del imputado no puede ser exigible plenamente inicialmente, porque, en función al escaso tiempo que puede haber tomado una específica investigación –más aún si se está ante un detenido preliminar en supuestos de flagrancia delictiva– no será posible disponer de tales datos, y, por ende, se resolverá el requerimiento de prisión preventiva mayormente en función a criterios objetivos (gravedad de la pena, tipo de delito, circunstancias que rodearon su comisión y alguno que otro dato adicional), que luego se necesita que se completen, como carga para el Ministerio Público, conforme avanzan las investigaciones (STCE 23/2002, de 28 de enero) –el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto y los datos del caso concreto (STCE 65/2008, de 29 de mayo)–.

Es obvio que si el requerimiento de prisión preventiva está precedido de un periodo de diligencias preliminares (artículo 334.2 CPP) de un tiempo razonable de duración sí será necesaria, desde un inicio cuando se requiere la prisión preventiva el aporte de datos acerca del peligrosismo invocado; y, a medida que avanzan las investigaciones, las exigencias para acreditarlo serán mayores.

2.2.3. La Ley 31012, Ley de protección policial

La Ley 31012, Ley de protección policial, de 28-3-2020, incorporó, entre otras disposiciones, el artículo 292-A al Código Procesal Penal. Estatuyó que *“Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288 al Policía Nacional del Perú que, en cumplimiento de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria y causen lesión o muerte, quedando prohibido dictar mandato de Detención Preliminar Judicial y Prisión Preventiva”*. Desde el derecho penal material esta Ley modificó el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal al establecer que **“20.** Está exento de responsabilidad penal: **“11.** El personal de las Fuerzas Armadas y de la

Policía Nacional que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, causa lesiones o muerte” –llama la atención, por lo demás, que en sede procesal no se considere al personal de las Fuerzas Armadas, lo que obligaría a aplicar en vía de integración jurídica la analogía, plenamente factible en sede procesal penal si es que favorece las garantías individuales–.

Esta Ley presenta varios problemas y presenta serias dudas de inconstitucionalidad. En efecto, si se parte del hecho de que el Policía Nacional actúa en cumplimiento de sus funciones y usa su arma en forma reglamentaria, es obvio que el resultado lesión o muerte, sería causal de exención de responsabilidad penal; y, por tanto, no cabría dictar medida coercitiva alguna, a menos que exista aspectos que deban ser esclarecidos, en cuyo caso desde el principio de proporcionalidad podría aplicarse el mandato de comparecencia simple. Si de lo que se trata es de ponderar una medida de coerción personal cuando el Policía utilice su arma de reglamento, será del caso determinar, desde las circunstancias concretas del caso, si actuó dolosa o culposamente (no ha perdido vigencia, desde luego, el Acuerdo Plenario 05-2019/CIJ-116, de 10 de septiembre de 2019, cuyo enfoque es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestro Derecho constitucional) –es obvio que si se formaliza el procesamiento el Ministerio Público estará optando por una u otra configuración subjetiva–, para lo cual el juez no solo tendrá en cuenta el presupuesto de sospecha fuerte, sino también, y primordialmente, los requisitos de gravedad del hecho delictivo y peligrosismo procesal –el principio de proporcionalidad exigirá analizar si se presentan sospechas razonables de riesgo de fuga o de entorpecimiento–.

Por la propia naturaleza de una medida de coerción, en función a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, no es posible que el legislador se sustituya al juez en la apreciación del presupuesto material y los requisitos de la medida de coerción personal. La nota de jurisdiccionalidad –que es un presupuesto general del principio de proporcionalidad– es la que informa esta institución y ella requiere, como es obvio, una apreciación concreta, caso por caso, desde los medios de investigación y/o de prueba acopiados, por lo que, en mérito a lo que resulte de las actuaciones acompañadas por el Ministerio Público, el juez podrá dictar la medida de coerción que corresponda, sin imposiciones abstractas del legislador. Es obvio, salvo situaciones verdaderamente excepcionales, que en condiciones de una intervención oficial en que un policía o militar haga uso de su arma de reglamento, la medida más razonable será, si media procesamiento, la de comparecencia simple o, muy infrecuentemente, comparecencia con restricciones.

La regulación legal de las medidas de coerción se encuentra en la Sección III del Libro III La actividad procesal. Consta de los artículos 253 al 263 del CPPL: un total de sesenta y ocho artículos. Cabe puntualizar, desde la forma como se reguló esta institución, que ha sido el Código Procesal Civil el que optó por asumir la concepción del proceso cautelar –o de coerción–, no así nuestro Código Procesal Penal que se decidió por la tradicional categorización legal de la institución simplemente como medidas de coerción, más allá de haber configurado una regulación muy precisa y prolija. No obstante ello, no es un obstáculo para seguir asumiendo, desde una perspectiva dogmática, que lo coercitivo –que incluye lo cautelar, lo aseguratorio de la prueba y lo tuitivo coercitivo–, integra propiamente un proceso con una función típica, una clase de pretensión específica y unas notas características diferenciadas.

3. Duración

3.1. Plazos ordinario y especial

El CPP contempla dos modalidades de plazo, según exista sentencia o no sentencia de primera instancia. En la primera modalidad, el plazo ordinario de la prisión preventiva es de hasta nueve meses; empero, si el proceso es complejo (artículo 342.3 CPP) el plazo no durará más de dieciocho meses y si se trata de procesos de criminalidad organizada, el plazo ordinario de la prisión preventiva es de hasta treinta y seis meses. Así, artículo 272 CPP lo ha reconocido de forma expresa. El plazo integra la garantía constitucional de la libertad, más no la agota, pues el plazo efectivo de duración de la situación de prisión preventiva, aún dentro de los límites del plazo máximo legal, tampoco puede excederse más allá de un plazo razonable (STCE n.º 8/1990, de 18-01-90). Además, es de tener en cuenta que, si se trata de un plazo máximo y que, en todo caso, es un plazo judicial porque el juez lo fija cuando dicta la prisión preventiva, si establece un plazo inferior, a su vencimiento el imputado deberá excarcelarse o, con arreglo al artículo 274 CPP, solicitar la prolongación del plazo. El *dies a quo* (inicio del plazo) corresponde a la fecha de la aprehensión del individuo [SCIDH, Asunto Juan Humberto Sánchez vs Honduras, de 07-06-2001].

A su vencimiento, procede la excarcelación inmediata, sin perjuicio de dictarse medidas alternativas, previstas en el artículo 288.2 al 4 CPP: no ausentarse de la localidad que reside, no comunicarse con personas determinadas, caución económica, la obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada.

La segunda modalidad, que es un plazo distinto, se presenta cuando se dicta sentencia de primera instancia y esta es recurrida. El nuevo plazo es de la mitad de la pena impuesta: artículo 274.5 CPP.

La modificación del artículo 274 CPP instaurada por el Decreto Legislativo 1307, de 30-12-2016, introdujo en el apartado 2 la figura de la “adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva”. Esta institución significa que el plazo de prisión preventiva, según lo inicialmente previsto en el artículo 272 CPP, podrá ser objeto de adecuación o ajuste; esto es, que como consecuencia del surgimiento de circunstancias de especial complejidad, no apreciadas cuando se dictó el mandato de prisión preventiva, corresponda estimar que el supuesto típico procesal se corresponde con un proceso complejo o uno de criminalidad organizada –de un proceso inicialmente simple pasa a convertirse en uno complejo o de criminalidad organizada, o de uno complejo pasa a convertirse en uno de criminalidad organizada–. En este caso, entonces, se adecúa el plazo de la prisión preventiva fijándose el que corresponde según la modalidad de proceso sobrevenido. Así se ha pronunciado, por lo demás, el Acuerdo Plenario 1-2017 / CIJ-116, de 13-10-2017.

3.2. Prolongación de la prisión preventiva

Si existe especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso, y subsiste peligro de fuga o de riesgo de perturbación de la actividad probatoria, es posible prorrogar la prisión preventiva: **1.** Para los procesos comunes hasta por nueve meses adicionales. **2.** Para los procesos complejos hasta por dieciocho meses adicionales. **3.** Para los procesos de criminalidad organizada hasta doce meses adicionales. [ver artículo 274.1, CPP, modificado por decreto legislativo n.º 1307, de 30 de diciembre de 2016]. El fiscal la debe solicitar antes de su vencimiento. De manera excepcional, el Juez de la Investigación Preparatoria puede, a solicitud del fiscal, adecuar el plazo de prolongación de la prisión preventiva otorgado, solo si existe circunstancias de especial complejidad que no fueron advertidas en el requerimiento inicial. Para el cómputo de la adecuación del plazo de prolongación se tomará en cuenta lo establecido en el artículo 275 CPP. Se decreta la realización de una Audiencia de Prolongación, con asistencia de interesados, dentro del tercer día de presentado el requisito. Realizada esta, el juez decide en el mismo acto o dentro de las 72 horas siguientes.

Producida la excarcelación por vencimiento del plazo de prisión –ordinaria o prolongada–, se revocará la libertad si no asiste injustificadamente a la primera citación formulada, si se considera necesaria su presencia. Para la

revocatoria se sigue el trámite de audiencia, que se celebrará con los asistentes que concurran (trámite del artículo 279.2 CPP, según la norma de remisión del artículo 276 CPP).

La Corte Suprema, con mayor precisión se pronunció sobre la prolongación de la prisión preventiva en el Acuerdo Plenario 1-2017/CIJ-116 y, desde una perspectiva, más actualizada, en las Apelaciones 57-2022/Suprema, de 26 de abril de dos mil veintidós, y 13-2024/Nacional, de veintinueve de enero de 2024. Estipuló que requiere no solo la subsistencia del presupuesto y de los requisitos de la prisión preventiva: (i) sospecha vehemente o grave y fundada del hecho punible y de la intervención delictiva del imputado; y, (ii) motivos de prisión, subdivididos en delito objetivamente grave, valorado en concreto, y peligrosismo procesal – fuga u obstaculización–. También debe acreditarse, como presupuesto material específico, la presencia actual de circunstancias (hechos, escenarios, entornos o situaciones) que importen una especial dificultad o una especial prolongación del proceso en su conjunto, sin perjuicio de enfatizarse la subsistencia del peligrosismo procesal. No se trata de cualquier dificultad, esto es de un obstáculo o inconveniente que se interpone o impide la ejecución de un acto, propia de toda investigación, sino de aquellos hechos, escenarios, entornos o situaciones que se diferencian de lo común porque están por encima de lo normal o habitual, que son extraordinarios, y requieren de plazos más dilatados para su averiguación o esclarecimiento. Esta dificultad especial, primero, debe ser concreta, debidamente expuesta y justificada por la Fiscalía, valorada a partir de la exigencia al Ministerio Público de que cuando se trata de investigaciones o procesos con presos preventivos éstos deben ser más céleres; y, segundo, debe estar en consonancia con los límites legales al plazo de la investigación preparatoria y, desde ellos, al tiempo adicional que requiere las demás etapas del proceso penal.

3.3. El plazo razonable de la prisión preventiva y su prolongación

En tanto la medida de prisión preventiva responde a la necesidad de asegurar la presencia del imputado durante el trámite del proceso penal –con una doble finalidad, por un lado, evitar el peligro de ocultación, alteración o destrucción de las pruebas y, de otro, la ejecución de la futura penal a imponer–, tampoco puede prolongarse más de lo estrictamente razonable para que el proceso se desenvuelva y concluya con la emisión de una sentencia en primera instancia.

El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable

o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso a través de este tipo de medida cautelar (SCIDH, Caso Bayarri vs. Argentina, de 30-10-08).

La CIDH en la SCIDH Genie Lacayo estableció tres presupuestos para evaluar la razonabilidad del plazo de detención preventiva: **(i)** La complejidad del asunto, que viene establecido por las circunstancias de hecho y de derecho del caso tales como: la prueba de los hechos, la pluralidad de los imputados, la gravedad de los hechos, la legislación ambigua o incierta; **(ii)** la actividad procesal del interesado, es decir, verificar si el imputado no ha hecho un uso abusivo e innecesario de los recursos o figuras permitidas por la ley procesal; **(iii)** la conducta de las autoridades judiciales, en donde hay que analizar circunstancias como la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental y la carga de trabajo. A partir del caso Valle Jaramillo y otros (SCIDH, de 27-11-08), la Corte incorporó un cuarto criterio: la afectación en la situación jurídica del procesado, donde se analiza si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del imputado, en cuyo supuesto resultará necesario sea más expeditivo. La duración excesiva o desproporcionada de la prisión preventiva genera una suerte de transformación de su naturaleza: de cautelar a punitiva [REYNA, STC n.º 29152004-HC/TC, de 23-11-04].

Estos criterios no solo deben verificarse para controlar el mantenimiento de la prisión preventiva en cada concreto, sino también para advertir si existe una prolongación indebida o arbitraria de una prisión preventiva. El criterio es único: la prisión preventiva o su prolongación solo se justifican en tanto existan o subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar; de lo contrario, se afectaría el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (STC n.º 01680-2009-PHC/TC, FJ 34).

La gravedad de la privación procesal de la libertad y su carácter no punitivo requieren tener presente como limitaciones: **(i)** que normalmente no tenga una duración desproporcionada en comparación con la pena que se pueda imponer al presunto delincuente en cuestión; **(ii)** que toda persona debe ser juzgada en un plazo razonable, lo que exige que los procesos en caso de presos preventivos se resuelvan de forma especialmente expeditiva –solo en casos excepciones, y por factores muy especiales, se pueden justificar períodos largos, así por ejemplo consideró periodos largos catorce meses o incluso (indistintamente por sentencias de signo diferente) cuatro años [SSTEDH Asunto Jecius vs Lituania, de 31-07-

2000; Asunto *W vs Suiza*, de 26-01-1993; y, Asunto *Debboub alias Husseini Ali vs Francia*, de 09-11-1999]. El plazo fijado por una ley en modo alguno excluye aplicar las circunstancias de cada caso particular, siendo sancionable de por sí cuando en la ejecución del procedimiento de investigación preparatoria no ha sido especialmente diligente [STEDH, asunto *Ceskö vs República Checa*, de 06-06-2000]; (*iii*) que los periodos pasados en prisión preventiva se deduzcan de las condenas de penas privativas de libertad impuestas, sin que el régimen de ejecución de la pena tenga efecto limitador alguno sobre el cálculo de la deducción —a su vez si se impone una pena no privativa de libertad efectiva, esta privación procesal de la libertad también debe tenerse en cuenta—; y, (*iv*) que debe compensarse a las personas que sean condenadas por el delito que determinó la prisión preventiva por las pérdidas resultantes de la privación de libertad.

La razonabilidad del plazo de prisión preventiva, a los efectos de su delimitación y ulterior control, exigen analizar circunstancias específicas que pueden justificar una demora, atendiendo a la diligencia especial que merece una persona que está privada de su libertad sin sentencia y que para ello se deberá tomar en consideración los criterios antes indicados (complejidad y alcance de la causa, gravedad del delito y conducta del imputado en el proceso). Es evidente, entonces, que la excesiva duración de la prisión preventiva y del propio proceso penal, además de representar una vulneración al derecho al plazo razonable, desplaza toda posibilidad de sostener un escenario de seguridad jurídica, favorece la situación de incertidumbre y tiene el riesgo de invertir el asentido de la presunción de inocencia [MALICA].

4. Impugnación

Conforme al artículo 278 CPP, el auto de prisión preventiva es apelable con efecto devolutivo y no suspensivo en el plazo de tres días. La Sala resuelve previa vista de la causa dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación del fiscal y del defensor del imputado. La decisión se emite dentro de las 48 horas siguientes. Si la Sala declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo u otro juez dicte la resolución que corresponda con arreglo a lo establecido en el artículo 271 CPP. La nulidad solo permite un juicio rescisorio, no rescindente. La Ley, asumiendo una opción determinada, estimó una limitación del poder revocatorio del Tribunal de Alzada.

Lo constitucionalmente relevante, en cuanto garantía sustancial del procedimiento, es la existencia mínima de un control o recurso ante un órgano superior, y que se preserve la garantía de contradicción y de brevedad en la

sustanciación del remedio que la legislación instrumente (STCE n.º 3/1992, de 13-01-92). Bajo similares plazo y procedimiento es apelable la resolución de prolongación de la prisión preventiva (artículo 274.3 CPP).

Con relación a la amplitud del control del auto que acuerda la prisión preventiva, es obvio que corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria y a Sala Penal Superior a través del recurso de apelación, la constatación y valoración integral de los antecedentes fácticos justificativos de la prisión preventiva, ya se refieran a la sospecha grave o fuerte de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga o de obstrucción de la investigación (STCE 128/1995, de 26 de julio) –esta última será plausible, como ya se dijo, como mucho tan solo en los primeros momentos de la investigación preparatoria, en un plazo breve [SÁNCHEZ-VERA]

El artículo 278 CPP no introduce ninguna especialidad procedimental en materia de apreciación probatoria respecto del auto de prisión preventiva (sea estimatorio o desestimatorio). El artículo 420 CPP permite al Tribunal Superior incorporar nueva prueba documental y prueba documentada –en pureza, medios de investigación documental y documentado (diligencias investigativas o actas sumariales)–, que por cierto apreciará como corresponda, sin límite alguno. El límite referido a la prueba personal, conforme al principio de inmediación, no rige porque no se trata de medios de prueba y la resolución impugnada no es una sentencia derivada del procedimiento principal o de enjuiciamiento (artículo 425.2 CPP).

Lo expuesto se condice con la naturaleza del recurso de apelación, ordinario por antonomasia y de plena jurisdicción. El Tribunal Superior revisará autónomamente las actuaciones procesales y, desde la *quaestio facti*, formará su propio juicio con independencia de la decisión del *iudex a quo*, y aplicará el derecho según su leal saber entender. Prima el criterio rector de justicia material y, por tanto, está autorizado para reformar el auto de primera instancia y sustituir la decisión de aquél por otra, claro está si la petición impugnativa es revocatoria –si la petición impugnativa es anulatoria su análisis se circunscribe al examen de vicios de actividad (de procedimiento o defectos estructurales– o defectos de juicio –*in iuri* o *in factum*–.

Distinto es el caso del recurso de casación a cargo de la Corte Suprema de Justicia. El criterio matriz es el examen de los errores jurídicos de la resolución, y su sujeción a los hechos legalmente declarados probados, conforme estipula el artículo 432.2 CPP, es decir, como enseña FERRAJOLI, realizar un juicio sobre el juicio jurisdiccional de mérito.

Así las cosas, en estos casos ha de supervisar:

1. La existencia de motivación suficiente –en el doble sentido de resolución fundada o razonada–, y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción –que se haya sustentado en medios de investigación lícitos y debidamente incorporados al procedimiento coercitivo, y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión preventiva (STCE 40/1987, de 3 de abril)–. Si se concibe, como lo hace WRÓBLEWSKI, que motivar es justificar, ésta ha de estar interna y externamente justificada. La primera, exige que el juicio haya sido correctamente inferido de las premisas que lo sustentan, esto es, corrección de la inferencia –se ha de proporcionar un armazón justificativo racional–; y, la segunda, requiere que las premisas que fundamentan el juicio han de estar justificadas –la motivación ha de ser congruente y, a fortiori, no contradictoria, completa y suficiente– [IGARTUA].
2. La presencia de medios de investigación lícitos de contenido inculpatario en orden al *fumus delicti comissi* y al *periculum libertatis* invocado en el requerimiento fiscal. Como la restricción del derecho fundamental a la libertad personal es de suyo grave el presupuesto de motivación reforzada es cardinal, por lo que corresponde examinar que no se esté ante un supuesto de motivación constitucionalmente defectuosa:
 1. Motivación omitida –omisión formal, omisión sustancial, motivación parcial, en aspectos básicos de algún presupuesto material que impone la prisión preventiva, motivación implícita y motivación *per relationem*–.
 2. Motivación insuficiente –no aporta razones necesarias para ofrecer una justificación apropiada–.
 3. Motivación genérica, hipotética o vaga –motivación aparente–.
 4. Motivación contradictoria –falta de coherencia entre parte considerativa y parte dispositiva o contiene argumentos que se oponen entre sí–, y motivación irracional –que vulnera las leyes de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos: no respeta la coherencia contextual– [IGARTUA].

Es evidente que la garantía de defensa procesal exige el examen de todos los elementos lícitos de convicción presentes en la causa, que han permitido una audiencia contradictoria para definición de la medida de prisión preventiva –de cargo, de descargo, aportados por la Fiscalía como por la defensa–, y que se reconozca al imputado un plazo razonable para ejercer

su defensa (conforme: STC 478-2017-PHC/TC, párr. 135). Pero, de ninguna manera, el Tribunal Supremo puede valorar independientemente el material instructorio.

Cabe enfatizar, finalmente, que el recurso de casación, centrado en la *quaestio iuris*, impide al Tribunal Supremo el examen interno de los concretos medios de investigación para determinar la suficiencia de la conclusión incriminadora –la *questio facti* no es de su competencia funcional, por imperio del artículo 432.3 del CPP–. En clave de la *questio iuris* solo le corresponde determinar la presencia de infracciones normativas, que están en función a las exigencias de la licitud de los medios de investigación, a las exigencias de sospecha fuerte según lo apreciado por el propio juez de mérito, y a la motivación o argumentación de la decisión de mérito, a su carácter razonado y razonable para decidir la prisión preventiva.

Esta limitación a la cuestión jurídica –*quaestio iuris*–, es igualmente exigible al Tribunal Constitucional, por imperio de los artículos 4 y 9 del Código Procesal Constitucional. En los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, como los definió GIMENO, al juez constitucional solo le corresponde un control externo de la resolución judicial de la legitimidad del auto de prisión preventiva, es decir, verificar la concurrencia del presupuesto y requisitos de la medida en cuestión, no las pruebas y los detalles propios del Derecho penal, que son materia de la jurisdicción ordinaria [ZÚÑIGA]. El artículo 200.2 *in fine* de la Constitución, en este punto, exige que las resoluciones judiciales no dimanen de un proceso regular; esto es, que no lesionen las garantías constitucionales genéricas y específicas de carácter procesal (transgresión de un precepto constitucional procesal –garantías procesales de relevancia constitucional– e inobservancia de un precepto constitucional material). Esa es la *causa petendi* del proceso de habeas corpus.

5. Cómputo del plazo

El cómputo comprende los días naturales. El *diez a quo* se computa desde el día en que el imputado sufrió privación procesal de libertad. Empero, se excluye del mismo, no se cuentan el tiempo en que la causa sufrió dilaciones maliciosas, que se vulnera el principio de buena fe procesal, atribuibles al imputado o a su defensa (recursos indebidos, recusaciones irrazonables, inasistencias injustificadas, articulares y remedios jurídicos fatuos o indignos, etc.).

Se excluyen del cómputo, no se considera el tiempo transcurrido efectivamente, cuanto se hubiera declarado la nulidad de lo actuado y dispuesto se dicte nuevo auto de prisión preventiva. De igual manera, se excluye el cómputo cuando se anula un proceso penal militar y se disponga el conocimiento de los hechos punibles por la jurisdicción ordinaria.

6. Revocatoria de comparecencia por prisión

Conforme al artículo 279 CPP, si se presentan indicios delictivos fundados de que el imputado libre está incurso en los presupuestos materiales de la prisión preventiva (artículo 268 CPP), puede emitirse un auto fundado de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva, cuya emisión está condicionada, conforme al principio de rogación, a que sea instada por el fiscal. Es, sencillamente, una expresión del elemento de variabilidad que informa toda medida de coerción. Para acordar esta medida debe celebrarse una audiencia, que se realizará únicamente con los asistentes que concurran. El juez de la investigación preparatoria decide en el mismo acto o dentro de las 48 horas. Contra el auto que se emite, procede apelación con efecto devolutivo, no suspensivo.

7. Prisión incomunicada

Conforme al artículo 280 CPP, en tanto modalidad de la prisión preventiva, es posible dictar la incomunicación del imputado preso. Procede siempre que sea indispensable para el establecimiento de un delito grave; esto es, deberá existir peligro de frustración del éxito de la investigación penal [BARONA VILAR] –necesidad persecutoria–. Rigen los mismos criterios de la detención incomunicada. La Constitución establece que nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, en la forma y por el tiempo previstos por la ley. Se trata, sin embargo, no de un derecho absoluto, sino posible de ser limitado, aunque en casos excepcionales permitidas por la norma procesal penal (STC n.º 10-2002-PI/TC, FJ 172-173). Su adopción no podrá afectar las comunicaciones personales que el imputado deba establecer periódicamente con su abogado defensor, pues, de ningún modo el estado de incomunicación puede restringir la garantía de defensa procesal [PEÑA CABRERA FREYRE].

El plazo de duración es de hasta diez días. La resolución se expide sin trámite alguno. Es recurrible en apelación dentro del plazo de un día, impugnación que no es suspensiva. Una vez vencido el plazo, cesa automáticamente. El Tribunal Superior resuelve previa vista de la causa, señalada dentro de las 48

horas de recibido el expediente, y la decisión se emite en audiencia, bajo responsabilidad.

8. Cesación de la prisión preventiva

8.1. Concepto

Es una institución contracauteelar prevista en el artículo 283 CPP. La cesación se sustenta tanto en el principio de intervención indiciaria como en el principio de proporcionalidad, y tiene como eje la nota característica de variabilidad a partir de nuevos elementos de convicción en relación con los presupuestos materiales de la prisión preventiva, a sus circunstancias fácticas. La variación puede provenir tanto del *fumus delicti comissi* cuanto del *periculum in mora* (gravedad del hecho o peligrosismo procesal); es decir, de una disminución de la intensidad de su presencia (Ejecutoria Suprema RN 3100-2009, de 11-02-11). Igualmente, la medida cesa cuando el imputado haya sido condenado o absuelto en primera instancia, pues como la prisión es un instrumento para asegurar el éxito del proceso penal, resulta consecuente que la decisión que pone fin a dicha averiguación sea el punto final de esta medida de coerción [JAUCHEN].

Todo pedido de excarcelación requiere llevar a cabo una nueva evaluación de los argumentos en pro y en contra de la prisión preventiva; no se deben reiterar simplemente las justificaciones pasadas de la imposición. Además, no basta para denegar la excarcelación que el delito sea grave, pues deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en los artículos 269 y 270 del CPP a los fines de determinar la existencia de peligrosismo procesal [cfr.: Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina de 30-10-2008].

La cesación, como medida provisional que es, importa la imposición en reemplazo de la prisión preventiva de una medida menos intensa. La opción por una de ellas requiere, adicionalmente, tomar en cuenta tres factores específicos: 1) características personales del imputado; 2) tiempo de privación procesal de la libertad; y, 3) estado de la causa. Además, debe imponerse al imputado reglas de conducta del artículo 288, definidas como restricciones, cuyo objeto es garantizar la presencia del imputado y evitar que lesione la finalidad de la medida. Su incumplimiento determina la revocatoria de la cesación, que también se extiende a la no comparecencia injustificada a las diligencias del proceso, y cuando varíen los presupuestos materiales que la condicionaron. Perderá, asimismo, la caución si la hubiera pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración

de justicia. La carga de probar los presupuestos de la cesación corresponde al imputado [CÁCERES JULCA].

La cesación se resuelve mediante el modelo de audiencia. El auto que se pronuncie puede ser impugnado por el imputado o el fiscal, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de prisión preventiva (artículo 284 CPP).

Cabe acotar que, si vuelven a existir los presupuestos materiales de la prisión preventiva, será nuevamente procedente la prisión preventiva del imputado libertado por auto motivado, así aún resta plazo para su ejecución. Si la cesación hubiese operado por vencimiento del plazo razonable de la prisión preventiva, solo es posible la privación procesal de la libertad para la realización de un acto procesal que requiera la presencia del imputado, colaboración de él para con el procedimiento judicial voluntario negada por su incomparecencia, y necesaria para conducir el procedimiento hacia su finalización [MAIER].

8.2. Decreto Legislativo 1229

El D.L. N.º 1229, de 25-09-15, que modificó el artículo 283 CPP –en rigor, se limitó a numerar los cuatro párrafos del enunciado normativo–, ratifica el carácter variable, en función a la subsistencia de los correspondientes presupuestos materiales, de la prisión preventiva.

La prisión preventiva debe cesar –es decir, ponerle término– cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Se requiere un cambio en la situación jurídica del imputado que incida en el presupuesto material (*fumus delicti comissi*) o en los requisitos (motivos de detención, vinculados al *periculum libertatis*) de la prisión preventiva: sospecha grave y fundada de existencia del delito o intervención del imputado en su comisión, así como gravedad del hecho atribuido (en concreto, más de cuatro años de privación de libertad) y peligrosismo procesal: de fuga o de obstaculización.

La imputación del hecho delictivo puede desvanecerse con nuevos actos de investigación o de prueba –según el caso–, su entidad o el título de participación puede disminuir o este puede ser calificado en un tipo legal menos grave al inicialmente considerado como cometido. De igual manera el peligrosismo puede decaer total o parcialmente, al punto de no justificar la privación procesal de la libertad. El decaimiento, por lo regular, procede a través

de una actividad investigativa o probatoria adicional o por acción natural del tiempo de prisión –este siempre relativiza el peligrosismo, base y fundamento de la prisión preventiva–.

La petición de cesación puede ser solicitada por el imputado las veces que lo considere pertinente. Sin embargo, en función a la decisión precedentemente emitida, deberá subsanar, cumplir o tener presente lo que se exija en la resolución judicial precedente.

El procedimiento para decidir sobre la cesación de la prisión preventiva es el típico de las audiencias preparatorias. La ley prevé una resolución oral o una escrita si se emite dentro de las 72 horas siguientes a su culminación.

La sustitución de la medida de prisión preventiva por la de comparecencia, que siempre entraña la cesación de la misma, tiene como efecto la imposición de determinadas restricciones o reglas de conducta: primero, en función a las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación procesal de la libertad y el estado de la causa; y, segundo, que garanticen la presencia del imputado en el proceso o que dañen su finalidad aseguratoria.

8.3. Cesación de prisión preventiva y legislación en materia de emergencia sanitaria

8.3.1 El Decreto Legislativo 1513. Aspectos generales

El Congreso, mediante la Ley 31020, de 28 de mayo de 2020, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia penal, procesal penal y penitenciaria a fin de establecer medidas para el deshacinamiento de Establecimientos Penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus Covid-19. El Gobierno, ante esta autorización, publicó el Decreto Legislativo 1513, de 4 de junio de 2020, denominado “*Decreto Legislativo que establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de Establecimientos Penitenciarios y Centros Juveniles por riesgo de contagio de virus covid-19*”.

Es una disposición legal temporal. Rige hasta 90 días después de levantada la Emergencia Sanitaria, en atención a la determinación de la misma estipulada en el Decreto Supremo pertinente.

Solo contempló una modificación legal a una norma permanente: artículo 46-B del Código Penal, referido a la reincidencia. En su tercer párrafo agregó una oración: “[...] *Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente*

beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; [...]. El entendimiento de “una norma especial de liberación” hace mención a instituciones de Derecho Penal sustantivo, como sería en este caso la remisión condicional de la pena instaurada, aplicada en supuestos de emergencia sanitaria, pero se proyecta a otros supuestos futuros de emergencia nacional decretados por el Gobierno. La “*gracia presidencial*” solo comprende, como es obvio, en la medida que se requiere una pena firme de privación de libertad efectiva en ejecución, el indulto, la conmutación de pena y la amnistía –siempre que, en este último caso, medio pena firme–.

Es lamentable que se obvió la regla establecida en el proyecto de la Comisión de Justicia de 13-5-2020, propuesto por el Poder Judicial. Ambos proyectos introdujeron el artículo 270-A al CPP, rotulado “Criterios de Salud Pública”. Este precepto normativizaba máximas de la experiencia para determinar el nivel de peligrosismo procesal en orden a la salud del imputado y su edad (especial vulnerabilidad), el riesgo derivado del estado de salubridad del Establecimiento Penitenciario, así como las pautas a seguir cuando se está ante una declaración de Emergencia Sanitaria.

8.3.2 Presupuestos materiales de la cesación de prisión preventiva

Respecto de la *cesación de la prisión preventiva*, el Decreto Legislativo consta de dos bloques normativos: (i) en virtud a los presupuestos materiales, y (ii) en mérito al procedimiento que debe seguirse.

El artículo 2, en dos párrafos (2.1 y 2), fija los presupuestos en negativo; luego, procederá la cesación de la prisión preventiva, si no se está ante ellos. Dos son los presupuestos materiales, concurrentes o no, que imposibilitan la cesación de la prisión preventiva. El artículo 2.1 incluyó una lista de delitos excluidos de la cesación. Se configuró once supuestos, centrados, de un lado, en determinados delitos objetivamente graves en relación con la pena conminada; y, de otro lado, en delitos que importan una alarma social sensible, pese a que la pena legalmente conminada no sea extensa –en especial delitos contra la Administración Pública y el Orden Constitucional–. Además, el artículo 2.2 introdujo dos causales de exclusión, con independencia de los delitos antes mencionados (vid.: artículo 2.1): (i) que el imputado preso preventivo tenga otro mandato concurrente de prisión preventiva; o (ii) que el imputado preso preventivo tiene condena a pena privativa de libertad vigente.

La cesación de la prisión preventiva, en caso proceda, según el artículo 2.2 importa en la conversión a una medida de comparecencia con la imposición conjunta de tres únicas medidas restrictivas: **1.** Impedimento de salida –del país o de la localidad– por el mismo plazo que faltaba respecto de la prisión preventiva que se impuso. **2.** Reporte mensual virtual ante el Juzgado competente –el que dictó la prisión preventiva– de sus actividades, sin perjuicio de declarar un cambio domiciliario. **3.** Asistir a cuanta citación le curse el Ministerio Público o el Poder Judicial. Llama la atención que no se contempló la Vigilancia Electrónica Personal.

8.3.3 Condiciones procesales de la cesación de prisión preventiva

Los presupuestos materiales para acordar la cesación, “[...] *en el marco de la emergencia sanitaria nacional por el covid-19.* [...]” (artículo 1), deben compatibilizarse con las condiciones que fijó el artículo 3. Por tanto, no necesariamente tener una primera prisión preventiva, ser primario y no reiterante, así como no haber sido apresado por un delito no excluido, no importa automáticamente a la cesación de la prisión preventiva.

Un primer lineamiento básico estriba en que la revisión de la prisión de preventiva para acordar su cesación es de oficio, con lo que se sigue la regla fijada por el artículo 255.2 CPP. Se impone al Juez un plazo de veinte días hábiles, luego de promulgado el Decreto Legislativo –aunque lo correcto es decir desde la entrada en vigor del mismo–.

Los criterios procesales especiales que se imponen al juez para la decisión sobre la cesación de la prisión preventiva, conjuntamente con los criterios procesales ordinarios estipulados en los artículos 268, literal c), 269 y 270 CPP, son cuatro: **1.** Que se cuente con un plazo de prisión preventiva ampliado –o, más exactamente, prolongado, conforme al artículo 274 CPP– una o más veces. **2.** Que se esté dentro del grupo de riesgo a la covid-19, según los criterios del Ministerio de Salud, así como que se trate de madre con hijos. **3.** Que se esté ante un riesgo a la vida y a la afectación a la salud por Covid-19 en el interior de los Establecimientos Penales. **4.** Las medidas limitativas a la libertad de tránsito dictadas por el Gobierno.

La falta de claridad de estas reglas originará debates posteriores acerca de si se trata de criterios concurrentes o alternativos. Pareciera que se apunta a un criterio de concurrencia y a un análisis conjunto (plazo, situación personal –grupo de riesgo implícito y situación sanitaria del Establecimiento Penal– y limitación a la libertad de tránsito dispuesto por el Gobierno ante la Emergencia Sanitaria Nacional).

Es de tener presente que la Emergencia Sanitaria a nivel nacional declarada mediante el Decreto Supremo 008-2020-SA, de 11-03-2020, y prorrogada sucesivamente en ocho ocasiones, pero al vencer la prórroga dispuesta por el Decreto Supremo 003-2023-A, de 24-02-2023, culminó el 25 de mayo de 2023. Asimismo, la declaración del Estado de Emergencia Nacional por COVID-19, dispuesta por el Decreto Supremo 08-2020-PCM, de 11-03-2020, y prorrogada en siete ocasiones, fue derogada mediante el Decreto Supremo 130-2022-PCM, de 27-10-2022. Siendo así, las medidas excepcionales de cesación de prisión preventiva establecidas por el Título II, Capítulos I y II, y el Título IV, Capítulo I, del Decreto Legislativo 1513, de 0-06-2020, por su carácter temporal, han cesado. Empero, la modificación de la reincidencia, conforme a la Primera Disposición Complementaria, y respecto del tercer párrafo del artículo 46-B del Código Penal, al ser una disposición de carácter permanente, sigue vigente.

9. Revisión de oficio de la prisión preventiva

Conforme a un planteamiento del Tribunal Constitucional (STC 03448-2019-PHC/TC), por el que positivamente imponía una obligación de revisión periódica de la prisión preventiva, de dudosa legalidad al actuar como legislador, tal irregularidad fue finalmente superada por el Decreto Legislativo 1585, de 23-22-3023, que en el nuevo apartado 2 del artículo 283 del CPP, introdujo legalmente esta institución siguiendo parcialmente el modelo de Costa Rica (artículo 253 de su Código Procesal Penal); y, que en todo caso sería concordante en nuestro CPP con el artículo 255, apartado 2, del CPP que dispone que las medidas de coerción son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición. El antecedente de esta institución es la reforma alemana de la Ordenanza Procesal Penal Alemana –en adelante, OPP– de diciembre de 1926, acordada tras el suicidio del ministro de Correos del Reich, doctor Höffle, cuando sufría prisión preventiva en 1925, luego derogada por el régimen nacional socialista y posteriormente reincorporada en la reforma del artículo 117.5 de dicho Código [LLOBET]. Esta institución persigue evitar que la prisión preventiva se prolongue innecesariamente, haciendo efectiva la disposición que indica que ésta debe ser revocada aun de oficio cuando las circunstancias que la motivaron dejaron de existir [LLOBET].

El marco de la revisión de oficio es el examen global del presupuesto (*fumus comissi delicti*) y de los requisitos o motivos de prisión (gravedad del hecho punible imputado: sanción, en el caso concreto, superior a cinco años de privación de libertad y peligrosismo procesal: de fuga o de obstaculización, en tanto, primero, el tiempo puede tener una influencia decisiva en la relevancia del peligrosismo

procesal; y, **segundo**, las actuaciones procesales actuadas en ese período han podido descartar o disminuir sensiblemente la sospecha grave y fundada del delito imputado. Al ser de oficio no está sujeta a pretensiones específicas que solo pueden aportarla las partes.

La revisión de oficio se realiza transcurrido seis meses —en Costa Rica es de tres meses— desde el inicio de la ejecución de la prisión preventiva o, en su caso, desde la última audiencia en la que se hubiera discutido la cesación de la prisión preventiva —ello determina que, si se impugnó el auto de cesación de la prisión preventiva, el *dies a quo* se cuenta desde esa audiencia de impugnación, desde que las solicitudes de cesación de prisión preventiva interrumpen el plazo de seis meses—; la revisión es obligatoria durante todo el tiempo en que dure la medida de prisión preventiva —incluso cuando la sentencia de primera instancia está recurrida en apelación, no así en casación porque este recurso no es suspensivo y la condena impuesta en segunda instancia ya tiene estabilidad—. Se entiende que al ser un plazo fijado en meses y tratarse de una medida de coerción personal se computan los días inhábiles (artículo 143, apartado 3, del CPP y artículo 126 del TUO de la LOPJ).

La Corte Suprema en la Apelación 14-2024/Suprema, de 23 de enero de 2024, precisó que la revisión periódica de oficio (cada seis meses), como ya se indicó, persigue evitar que la prisión preventiva se prolongue innecesariamente, haciendo efectiva la disposición que indica que la prisión preventiva debe ser revocada de oficio cuando las circunstancias que la motivaron dejaron de existir. Apuntó que la evaluación tiene un marco de concreción en el auto que impuso la medida, a partir del conjunto de actos de investigación que han ido actuándose luego de expedida aquélla. Por ello, incide, indistintamente, en el presupuesto (*fumus comissi delicti*) o en los requisitos o motivos de prisión preventiva (delito grave y peligrosismo procesal), obviamente tomando como referencia las nuevas actuaciones o el juicio de proporcionalidad que, por el transcurso del tiempo, podría hacer variar la situación jurídica del preso preventivo.

La revisión de oficio se dilucida en una audiencia preparatoria específica. Las especialidades procedimentales a las que está sujetas son: **1.** Se convoca dentro del tercer día de cumplido los seis meses, lo que importa, **primero**, contar con un registro, específicamente a través de un programa de internet que debe implementar el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y al que debe tener acceso el órgano jurisdiccional competente tanto de la medida impuesta y de las audiencias celebradas si se solicitó la cesación de la prisión preventiva; y, **segundo**, tener a la vista los cuadernos correspondientes referidos a la prisión preventiva y, en su caso, de las actuaciones producidas en el transcurso de esos seis meses. **2.** La

audiencia es virtual e inaplazable, a la que debe intervenir obligatoriamente la Fiscalía y notificarse al imputado y su abogado para que puedan intervenir en ella –su no presencia no impide la instalación y continuación de la audiencia–. **3.** La audiencia importa la evaluación de la subsistencia de los motivos que determinaron la imposición de la prisión preventiva, y de los medios investigativos actuados con posterioridad a su dación –el punto de análisis parte de la última decisión sobre la prisión preventiva, pero ineludiblemente debe comprender el examen del presupuesto y de los requisitos materiales de la prisión preventiva–. **4.** Si el juez (de la investigación preparatoria o penal, según el avance del proceso) acuerda la cesación de la prisión preventiva como consecuencia de la revisión de la pena, impondrá las correspondientes medidas restrictivas o reglas de conducta necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida. **5.** Si se dicta la cesación de la prisión preventiva a mérito de la revisión de oficio, la Fiscalía, en el plazo de tres días de notificado, puede interponer recurso de apelación, pero esta impugnación es suspensiva; luego, la excarcelación no se produce hasta que la apelación no sea resuelta –esta diferencia con el régimen común en la materia, de excarcelación inmediata, no tiene justificación razonable desde que se está ante un procedimiento que ha permitido al juez examinar el conjunto del material investigativo disponible–.

IV. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Es, conforme al artículo 290 CPP, una medida sustitutiva de la prisión preventiva; no es alternativa a ella. Su texto es muy claro, pues se ha de proferir “cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado [...]”. Para su dictación, mediante auto fundado, se requiere de cuatro presupuestos materiales: imputado mayor de 65 años, enfermedad grave o incurable, incapacidad física permanente, o madre gestante. La condición general de la medida estriba en que el peligro de fuga o de obstaculización puede evitarse con su imposición, de lo que fluye que la verificación de los presupuestos objetivos antes mencionados no termina automáticamente en la detención domiciliaria, pues deben ser analizados en cada caso concreto, sopesando las razones de tipo humanitario que se erigen como fundamento del instituto [Cámara Federal de Apelaciones-Buenos Aires, causa 99/2008, de 20-06-08]. Lo esencial es evitar que una restricción de la libertad se convierta en una medida –procesal o ejecutiva– constitucionalmente prohibida [ZAFFARONI].

Un tema de debate es si los presupuestos establecidos en el artículo 290 CPP deben interpretarse de manera restrictiva, es decir, si solo en estos supuestos el juez

está facultado para imponer detención domiciliaria. El artículo 290 CPP constituye una manifestación legislativa del principio de proporcionalidad, pues el legislador consideró que, en determinados supuestos, resulta desproporcional mantener a una persona en un establecimiento carcelario; se trata, por tanto, de una prisión atenuada, aunque está regulada como una restricción de la comparecencia, y, como tal, la ponderación de su restricción se realiza en función a la prisión preventiva. Tiene propósitos asegurativos [REYNA]. Sin embargo, es posible que determinadas situaciones no se encuentren descritas en los supuestos determinados por la ley procesal penal, por lo que el juez –como consecuencia de la vigencia del principio de proporcionalidad– estaría facultado para, en supuestos no previstos en la norma, pero conforme a su juicio de proporcionalidad, otorgar la medida de detención domiciliaria. En el derecho procesal colombiano, por citar un ejemplo, existe un supuesto no reconocido en nuestro ordenamiento que podría –vía incorporación legislativa o interpretativa– ser incluido como causal para justificar una detención domiciliaria. Se trata del supuesto en que el imputado fuera cabeza de familia y brinde la protección y sustento para sus menores hijos o a quienes sufran de incapacidad permanente. En este caso, el artículo 314 CPP autoriza, inclusive, al imputado a laborar, para poder cumplir con la propia finalidad de la norma [BERNAL CUELLAR].

Se cumple en el domicilio del reo o de otro que diga el juez de investigación preparatoria. Cuando la norma se refiere al domicilio, debemos entender este como la residencia del imputado o el lugar que él fije para tales efectos, salvo disposición contraria del juez. Es bajo custodia policial, de una institución pública o privada o de una tercera persona. Se puede acumular con una caución. El plazo de duración es igual que el de la prisión preventiva.

1. La medida adicional de vigilancia electrónica personal

El D. Leg. n.º 1229, de 25-09-15, también modificó parcialmente la institución de la detención domiciliaria. En rigor, introdujo el apdo. 5 al artículo 290 CPP, en cuya virtud la detención domiciliaria puede ser obtenida por un imputado en concurrencia con la restricción de vigilancia electrónica personal, de conformidad con la Ley n.º 29499, de 19-01-10, y su Reglamento (DS n.º 013-2010-JUS, de 15-08-10).

Es de insistir que la detención domiciliaria, a la que se puede agregar una caución, es una medida de coerción personal alternativa a la prisión preventiva. Su ámbito objetivo comprende cuatro tipos de imputados, siempre que los peligros de fuga o de obstaculización puedan evitarse razonablemente con su imposición: (i)

mayor de 65 años –se entiende al momento de ejecución de la medida de coerción personal, no de la comisión del delito–, **(ii)** adolece de una enfermedad grave o incurable –ya no se trata, por tanto, como apunta el derecho comparado, de un valetudinario, que debe reunir los requisitos de ser un adulto mayor y enfermo–, **(iii)** sufra una grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, y **(iv)** madre gestante.

El ámbito material de la medida es el domicilio del imputado u otro que el juez designe que sea adecuado para la custodia de aquel. Es claro, entonces, que el ámbito material de la detención domiciliaria está sujeto a una evaluación de posibilidades, para lo cual será necesario el previo informe de la Policía Nacional. La vigilancia puede ser policial, institucional –pública o privada– y de cualquier otra persona; aquí se agrega como alternativa a las tres modalidades de vigilancia, la vigilancia electrónica personal.

La supervisión de la medida corresponde a la Fiscalía y a la Policía, no al órgano jurisdiccional. Su duración es la misma de la prisión preventiva y la excarcelación sigue las reglas de la prisión preventiva. Por el contrario, la revocatoria de la detención domiciliaria de los sujetos, con excepción de los mayores de 65 años de edad, superados los problemas de salud y de embarazo, requiere informe pericial, aunque, como es obvio, en el caso de la mujer embarazada es un problema no es afectación de la salud sino humanitario vinculado al cuidado del hijo que dio a luz, por lo que en este caso resulta inatendible dicha exigencia: el tiempo es suficiente, salvo que deba extenderse porque el niño no se encuentre bien de salud.

La regla general es que la vigilancia electrónica personal procede, para el caso de procesados, cuando la pena concreta pronosticada no será mayor a ocho años de pena privativa de la libertad. Esta medida como pena y como medida de coerción persigue evitar la privación de la libertad en un establecimiento penal y sus efectos criminógenos, por lo que no puede haber diferencias de aplicación entre pena efectiva impuesta y pena probable. Desde la perspectiva individual se requiere que el imputado no tenga la condición de reincidente o habitual y que con anterioridad no se le haya revocado una pena privativa de la libertad no efectiva o un beneficio penitenciario, así como que tenga arraigo laboral, familiar y social (Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 12 y 14).

Para su revocatoria y su conversión a prisión preventiva, se requiere que el imputado: **i)** haya reincidentado en la comisión de un nuevo delito; **ii)** se haya dictado prisión preventiva en un proceso distinto; **iii)** haya infringido reiteradamente alguna regla de conducta; **iiii)** haya infringido reiteradamente alguna regla

de conducta; **iv**) dañe el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; **v**) cuando el INPE haya comunicado una latera grave o muy grave (Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 22).

Una regla de conducta es el cumplimiento oportuno del costo por el uso del dispositivo electrónico. Es claro que si se fijó un monto individualizado es porque, en principio, el imputado está en condiciones de solventarlo. Empero, no necesariamente la falta de pago será doloso o culposo. En determinados supuestos el pago será imposible, en términos absolutos o relativos, al varir las condiciones económicas del imputado, en cuyo caso la revocatoria no será factible. En todo caso, siempre que se invoque, el juez recabará un informe socioeconómico ampliatorio para determinar si varió la condición económica del imputado a tal punto de incumplir con el pago del dispositivo y del servicio. La revocatoria lo decide el juez en audiencia. La pretensión de revocatoria o amonestación, en su caso, debe ser presentada por el fiscal. La audiencia es inaplazable (Ver: Acuerdo Plenario n.º 1-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019; fj. 23-24).

V. LA INTERNACIÓN PREVENTIVA

Está destinada, conforme al artículo 293 CPP, a los anormales psíquicos (imputados que sufren grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales). Dos son los presupuestos materiales: **a**) existencia de elementos de convicción suficientes de la comisión de un hecho punible y que merecería la medida de seguridad de internación –para esto último se requiere dictamen pericial, que establezca el juicio de peligrosidad, para sí o para terceros–; y, **b**) presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación.

Al establecerse la posible aplicación del artículo 20.1 CP, el juez de la investigación preparatoria informará el juez penal sobre la inimputabilidad e internación del imputado, a la vez que lo pondrá a su disposición. En relación a la insuficiencia de facultades mentales se alude a la inmadurez psíquica del autor del hecho. Fuera de la minoría de edad, en dicha causal se trata de un problema que afecta la inteligencia del hombre que puede aparecer como consecuencia de traumatismos internos, o en el momento del nacimiento, o por daños cerebrales producidos en la gestación o en la infancia. De otro lado, la grave alteración de facultades mentales está referida a la temática de una enfermedad mental que limita o anula la libertad del sujeto.

Esta medida se resuelve previa audiencia. Pero, a esta no será necesaria la concurrencia del imputado si su estado de salud no lo permite, aunque sí debe concurrir obligatoriamente el defensor, audiencia en la cual puede representarlo un familiar.

Por otro lado, el juez de la investigación preparatoria puede dictar la medida de internamiento previo para observación y examen psiquiátrico. El objeto de esta medida, que más tiene de seguridad que coercitiva cautelar, es la de consolidar el informe médico o dictamen psiquiátrico en un hospital público. El internamiento previo no puede durar más de un mes. Los presupuestos materiales para su procedencia son el *fumus commissi delicti*, gravedad de la infracción en función a una probable pena grave y una medida de internación.

El otorgar la medida de internación preventiva supone un reconocimiento –por parte del juzgador– de un trato humanitario hacia la persona que presenta grave alteración de sus facultades mentales o sufre una insuficiencia. Ese reconocimiento permite la internación de la persona en una institución educativa y terapéutica, ya que difícilmente en un centro de detención contará con los recursos humanos aptos para este tipo de personas. Esto se conoce como la personalización del imputado. Es decir, y en oposición a la noción de “cosificación”, se procura aportar desde el proceso penal un factor determinante para el libre desarrollo de la personalidad del sujeto [JAUCHEN].

VI. COMPARECENCIA

1. Concepto y alcances

Presenta dos modalidades: simple y restrictiva. Es una medida restrictiva de la libertad personal menos intensa que se define negativamente; comporta una mínima limitación a la libertad personal; es la convocatoria imperativa que se dirige al imputado para que comparezca a intervenir en el proceso. El artículo 286 del CPP establece dos presupuestos: **A)** Si el fiscal no solicita vencido el plazo de detención preliminar la prisión preventiva. **B)** Si, ante la solicitud fiscal, no se cumplen los presupuestos materiales de la prisión preventiva, previstos en el artículo 268 CPP. El requerimiento fiscal y la resolución judicial deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron su petición o decisión. La notificación de la resolución judicial corresponde al auxiliar jurisdiccional correspondiente y se cursa vía postal. El auxiliar jurisdiccional dejará constancia de la identificación del procesado o de la verificación del domicilio si está ausente (artículo 292).

2. Comparecencia simple

Se impone cuando se trata de un hecho punible leve (por su sanción) y si los actos de investigación aportados no lo justifican (no cubren las exigencias de los presupuestos materiales de la prisión). Si el imputado incumple la citación –no se presenta en término ni demuestra un impedimento legítimo–, se dicta el mandamiento de conducción compulsiva, por el cual la Policía Nacional estará a cargo de su ubicación y captura a fin de que se haga presente ante la autoridad judicial o fiscal. En esto último radica su carácter coercitivo. El imputado tiene el deber de asistir a las diligencias procesales cuantas veces sea llamado por la autoridad competente, cuyo incumplimiento ocasiona el mandato de conducción compulsiva.

3. Comparecencia restrictiva

3.1. Características generales

Está en función a la falta del presupuesto material referido a la gravedad del peligrosismo procesal. Exige analizar si ese peligrosismo puede evitarse ya sea mediante restricciones –que son limitaciones a la libertad personal, de tránsito o de propiedad– o la utilización de una técnica o sistema electrónico o computarizado que permita el control del imputado. Las restricciones, con arreglo al principio de proporcionalidad, pueden imponerse en solitario o combinar varias de ellas. El incumplimiento de las restricciones, previo requerimiento, importa la revocación y la sustitución por la prisión preventiva –siempre la hace el juez, previo trámite de audiencia–.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre la comparecencia con restricciones: presupuesto y requisitos legales materiales. Así, en la Apelación 298-2023/Nacional, de 12 de diciembre de 2023, señaló tres argumentos básicos:

- A. Conforme a la Apelación 64-2021/Suprema, de 22 de marzo de 2022, FJ 6to., la comparecencia con restricciones es una medida de coerción personal cuyo presupuesto es la sospecha razonable del hecho y de la vinculación del imputado con su comisión –a diferencia de la prisión preventiva, no requiere sospecha fuerte–; y, respecto del peligrosismo procesal, como requisito para su imposición, se requiere que uno de los dos riesgos (fuga u obstaculización) no sea de tal intensidad que revele un serio peligro de ocultamiento o de entorpecimiento, como estipula el artículo 287, numeral 1, del CPP. La concreción del riesgo, cuando se trata del inicio del procedimiento de investigación preparatoria formal, no

requiere de una acreditación consistente del arraigo o de otra circunstancia relevante, sino que es posible tener presente, inicialmente desde luego y siempre para el peligro de fuga, los otros parámetros de decisión: gravedad de la pena esperable, magnitud del daño causado, comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, e integración en una organización delictiva (ex artículo 269 del CPP). Así se ha pronunciado, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE 35/2007), de 9 de marzo, de suerte que: “[...] en el momento de adopción inicial de la medida, el riesgo de fugase puede sustentar solo en circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, mientras que, con el transcurso del tiempo, se han de ponderar las circunstancias personales del privado de libertad y del caso concreto”. Para el peligro de obstaculización debe acreditarse la existencia de un peligro concreto de afectación a los órganos de prueba o de los medios de prueba, conforme lo determina el artículo 270 del CPP.

- B.** En la Apelación 152-2022/Suprema se precisó que las restricciones a imponer siempre persiguen evitar los riesgos de fuga o de obstaculización, así como, en su consecuencia, garantizar la presencia o sujeción del imputado al proceso y la evitabilidad de obstrucción a la recolección de fuentes de prueba y actuación de los medios de investigación o de prueba, según el caso.
- C.** Finalmente, en la Apelación 144-2022/Suprema, de 5 de septiembre de 2022, se estableció que el mandato de comparecencia, desde la concordancia de los artículos 286, numerales 1 y 2, y 287 del CPP, se dictará cuando no procede la medida de coerción personal más grave del sistema procesal penal nacional: la prisión preventiva (ex artículo 268 del CPP) –es pues una medida, definida, negativamente, por oposición a la prisión preventiva–. Ante el menor nivel de afectación a la libertad personal de la comparecencia restrictiva en relación a la prisión preventiva, es lógico, por razones de estricta proporcionalidad, reconocer que el estándar o umbral probatorio ha de ser, correlativamente, menor que el estipulado para la prisión preventiva (estadios anteriores a la sospecha fuerte y a la sospecha fundada –esta última propia de la acusación y del auto de enjuiciamiento: ex artículo 344, numeral 1, del CPP–). Siempre será necesario (i) un determinado nivel de sospecha del hecho y de la intervención delictiva del imputado, cuyo mínimo es la sospecha reveladora, aunque con diversos grados, dentro del mismo nivel, en función a la magnitud de las

restricciones que se impongan, así como que el delito tenga determinada entidad –que no se trate de un delito menor, como podría ser uno previsto con una pena no mayor de tres años de privación de libertad o con pena limitativa de derechos o con multa–; y, **(ii)** para evitar el peligrosismo –siempre relativamente presente–, ha de resultar equitativo fijar alguna(s) de las restricciones fijadas en los artículos 287–A, numeral 1, y 288 del CPP, en tanto sean, asimismo, necesarias, idóneas y estrictamente proporcionales.

Las restricciones reconocidas por el artículo 288 CPP son cuatro: **1.** Cuidado y vigilancia de una persona o institución; **2.** No ausentarse de la localidad, no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad; **3.** No comunicación con determinadas personas; y **4.** Prestación de caución económica, si las posibilidades económicas del imputado lo permiten. El artículo 289 CPP regula la caución: suma económica destinada a asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad. Se mensura en función a la naturaleza del delito, condición económica, personalidad, antecedentes, modo de comisión del delito, gravedad del daño, y otras referidas a la posibilidad de fuga. La caución es personal, real y por fianza de terceros.

3.2. La vigilancia electrónica personal

3.2.1. Antecedentes (antes de la reforma)

La Ley n.º 29499, de 19-01-10, instituyó la vigilancia electrónica personal. La definió como mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, cuyo punto de referencia es el domicilio o el lugar que señala el imputado o condenado. Tiene, pues, una doble naturaleza, siempre limitativa de la libertad ambulatoria o de tránsito; se erige tanto como una nueva modalidad de pena aplicable por conversión y, además, en los casos de otorgamiento de un beneficio penitenciario de excarcelación (liberación condicional y semilibertad), cuanto como una nueva modalidad de restricción propia de la comparecencia cautelar. En este último caso puede imponerse de oficio o a petición de parte; y, su finalidad consiste en garantizar la permanencia del imputado en el proceso, evitando por consiguiente el riesgo de fuga.

La nota singular de esta pena y restricción procesal es que para su imposición debe mediar aceptación expresa del imputado, que tiene lugar en los marcos de una audiencia especial –con la sola asistencia del fiscal, el imputado, su defensor,

el juez y el personal del Instituto Nacional Penitenciario, entidad encargada de implementar y ejecutar este mecanismo de control—. Está especialmente normada un acta, en la que han de figurar determinados rubros para consolidar el punto de referencia, la no manipulación del aparato que se le instale, los derechos, las obligaciones, restricciones y responsabilidades correspondientes y toda otra precisión que fuere menester (artículos 8-9).

Este mecanismo, utilizado como restricción procesal, tiene un presupuesto propio vinculado a la gravedad del delito objeto de imputación. Según el artículo 3 de la Ley, modificado por el D. Leg. n.º 1229, de 25-09-15, el delito debe estar sancionado con una pena no mayor a ocho años de privación de libertad (artículo 3º), de suerte que, si puede superarse el peligro de entorpecimiento y el de fuga con este mecanismo, en tanto acepte la vigilancia electrónica personal, no procederá mandato de prisión preventiva. En la medida en que este mecanismo pueda ser masificado, siempre que el denominado lugar y radio de ejecución de control (artículo 9) pueda ser razonablemente configurado, con los mecanismos de seguridad pertinentes, el mandato de prisión preventiva, indirectamente, solo se impondrá cuando el delito cometido supere ocho años de pena privativa de libertad, no cuatro años como se fija en el artículo 268.1.b CPP.

El apartado 5 del artículo 287 CPP, modificado por el citado D. Leg. n.º 1229, expresamente incorpora la vigilancia electrónica personal como una restricción del mandato de comparecencia. Es una medida alternativa que se impone para controlar que no se excedan o vulneren las restricciones impuestas a la libertad personal —estas son las que figuran en el artículo 287 CPP— en el auto respectivo.

A su vez, el artículo 288.5 CPP, también modificado por el indicado decreto legislativo, regula con mayor puntualidad la vigilancia electrónica personal. Su imposición, además, está condicionada a que se acrediten las condiciones de vida personal, laboral, familiar y social con un informe social y pericia psicológica; y, a que el imputado no ha sido condenado anteriormente por delito doloso —es un requisito más estricto que la reincidencia, que tiene un límite de cinco años y lo refiere a una pena privativa efectiva de libertad (artículo 46-B CP)—. La ejecución de esa restricción se realizará en el domicilio o lugar que señale el imputado —básico para determinar el radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito—. El juez debe fijar tanto las reglas de conducta del imputado cuanto las reglas de seguridad de la idoneidad del mecanismo electrónico.

Si bien no existe otro límite subjetivo para esta restricción que el no haber sufrido condena por delito doloso, el D. Leg. n.º 1229 en el literal c del apdo. 5 del artículo 288 CPP, fija cinco prioridades personales para su concesión. Se trata de los mayores de 65 años, los que sufren enfermedad grave acreditada con pericia medicolegal, los que adolecen de discapacidad física o permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación y durante los doce meses siguientes a la fecha de nacimiento, y a la madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra incapacidad permanente y estén bajo su cuidado; igual tratamiento se seguirá en el caso del padre que se encuentre en las mismas circunstancias.

3.2.2. Decreto Legislativo 1322

Vigilancia electrónica personal. Esta institución tiene una naturaleza múltiple, en tanto mecanismo que busca evitar el recurso último a la prisión preventiva y pena privativa de libertad, así como flexibilizar las objeciones respecto a los riesgos para la concesión de beneficios penitenciarios (artículo 2 del Decreto Legislativo 1322, de 6-1-2017). Constituye tanto una medida de coerción procesal, cuanto un tipo de pena aplicable por conversión, y un mecanismo de monitoreo –de control para evitar el alejamiento del reo a las pautas de resocialización en libertad– para los penados que obtienen los beneficios penitenciarios de excarcelación: semi libertad y liberación condicional.

El artículo 3.1 del indicado Decreto Legislativo establece la nota característica esencial, común a los objetivos que persigue: “...es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y de desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos”. Limita, por ende, la libertad de tránsito o locomoción y restringe el derecho a la intimidad personal, pues circunscribe la movilidad de la persona a un radio de acción determinado –incluso, por imperio del artículo 12.1 del citado Decreto Legislativo, y según la entidad del peligrosismo procesal el Juez puede establecer rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios, conforme al informe técnico de viabilidad del INPE– y vigila sus movimientos permanentemente –la intimidad se ve ciertamente restringida aunque no en un nivel muy profundo, pero es más intensa respecto a la intimidad domiciliaria, en cuya virtud la autoridad puede ingresar al domicilio fijado como base del monitoreo con fines de inspección (artículo 9 c)–.

Su implementación y ejecución corresponde al Instituto Nacional Penitenciario.

Medida alternativa de coerción personal. Es, propiamente, una alternativa a la prisión preventiva. Se impone directamente como una medida de comparecencia con restricciones y, frente a un mandato efectivo de prisión preventiva, como un supuesto de variación de dicha medida al haber variado los presupuestos materiales de la misma y ser suficiente, para evitar la fuga, la medida de vigilancia electrónica personal.

Tiene dos requisitos específicos –positivo y negativo, respectivamente–. El primero, estriba en que la pena concreta a imponerse no puede ser mayor de ocho años de privación de libertad –por la naturaleza de la medida y el modelo aceptado por nuestro Código Procesal Penal que opta, para definir la prisión preventiva, por la pena concreta que puede merecer el imputado, esa es la opción que debe seguirse–. Ello determina, una vez se implemente esta medida de coerción personal, que la prisión preventiva, en cuanto al presupuesto material de gravedad del delito, solo se dictará, en principio, si en concreto la pena privativa de libertad no superará el tope de ocho años, pero debe concordarse el artículo 5 de este Decreto Legislativo con el artículo 268, literal b), del Código Procesal Penal.

El segundo requisito, de carácter negativo, consiste en que no procede en 56 tipos legales, en los supuestos de la Ley número 30077, de crimen organizado, y en los delitos de terrorismo. Este último requisito configura la cuestionable figura, por ser de dudosa constitucional, de los *delitos inexcrcelables*, al margen del presupuesto material de riesgo de fuga (inherente a toda medida de coerción personal), que ha de apreciarse caso por caso en función a la persona del imputado y las circunstancias del delito y de la causa. A ello se agrega tres circunstancias, referidas a la actitud del imputado ante el delito o ante el proceso: ser reincidente o habitual, de un lado, o haber sido objeto de revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condenas, de otro lado.

La norma, además, instituye un primer nivel de prioridad –que, por cierto, no excluye a las demás personas–, de seis supuestos, para acogerse a esta modalidad alternativa a la prisión preventiva, que van desde la persona mayor de 65 años de edad, que adolezca de enfermedad grave, que tenga discapacidad física permanente, que sea gestante, que sea mujer con hijos menores de tres años de edad y que sea cabeza de familia con hijos o cónyuges con discapacidad permanente.

Procedimiento. Se inicia con una solicitud escrita y motivada. El imputado debe anexar la información que la justifica, en especial, documentos que acrediten el domicilio o lugar señalado para el cumplimiento de la medida; documentos que acrediten las condiciones de vida personal, laboral, familiar o social; antecedentes judiciales y penales; y, de ser el caso, documentos que acrediten estar inmerso en una de las prioridades legalmente previstas. Además, debe aceptar expresamente la sumisión a las exigencias que conlleva y el pago del servicio respectivo.

Se resuelve previa audiencia, según los cánones del artículo 8 del CPP. El decreto de fecha de la audiencia está condicionado a que se adjunte el informe del INPE sobre la viabilidad técnica en el domicilio o lugar señalado por el solicitante –debe ser, como no puede ser de otra manera, debidamente fundado y, por cierto, a mérito de la información que proporciona y otra alternativa, no es un informe vinculante, aunque se deberá incorporar información técnica que lo refute–.

La resolución judicial que dispone la vigilancia electrónica debe fijar las reglas de conducta respectivas y, adicionalmente, las reglas de conducta de eficaz ejecución de la vigilancia electrónica personal, fijadas en el artículo 9 del aludido Decreto Legislativo –un total obligatorio de seis, a las que se puede incorporarse otras bajo discrecionalidad judicial–. Ésta se emite oralmente o, en su caso, por escrito dentro del plazo no mayor de veinticuatro horas.

Sigue a la resolución de concesión, la diligencia de instalación del dispositivo electrónico (artículo 11). El incumplimiento de las reglas de conducta, según su gravedad y circunstancias del hecho, puede implicar la amonestación y la revocación de la medida, la que es materia de una diligencia especial de desinstalación del dispositivo electrónico.

Aun cuando el Decreto Legislativo no mencione nada sobre el recurso de apelación, éste desde luego es procedente en todos los casos por imperio de los artículos 257 del CPP y 416.1d) del citado Código.

3.2.3. A partir del Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116

Las disposiciones legales a la implementación de la vigilancia electrónica son antecedentes del vigente Decreto Legislativo 1322, de 6 de enero de 2017. El 15 de mayo de 2018, se publicó el Decreto Supremo 006-2018-JUS, que aprobó el calendario oficial de implementación progresiva de la vigilancia electrónica personal en los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Callao y Ventanilla. Un dato no menos importante es que el primer dispositivo electrónico

se colocó el 21 de julio de 2007, esto es, siete años después de la primera ley sobre el tema en mención [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f.2].

La regla general, conforme al artículo 5, apartado 1, literal a, de la Ley, es que la vigilancia electrónica procede para los procesados cuando la imputación se refiera para comisión de delitos cuya pena no sea mayor a 8 años. Es claro que la pena prevista debe ser para la prisión preventiva y los condenados, la pena concreta pronosticada que no será mayor a 8 años de pena privativa de la libertad. La razón para justificar esta opción hermenéutica radica en dos factores: **i)** la primera, es que se trata de una limitación a un derecho fundamental, por tanto, la interpretación debe ser extensiva; y, **ii)** la segunda, es que la vigilancia electrónica personal como pena o como medida de coerción buscan evitar la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario, por lo que no puede haber diferencias de aplicación entre pena efectiva impuesta y pena probable [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f.2]. Por lo demás, el artículo 5, apartado 1, literal c, de la ley incorpora excepciones puntuales en función a determinados delitos, lo que se puede explicar por razones de prevención general dada la gravedad de los mismos, la alarma social por comisión y los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 12].

La reincidencia, habitualidad o una anterior revocación de una pena privativa de la libertad no efectiva o un beneficio penitenciario, que no tenga arraigo laboral, familiar y social, impedirían la aplicación de la mencionada institución [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 14].

También es posible la aplicación de la vigilancia electrónica para los procesos especiales de terminación anticipada o en la de conclusión anticipada del proceso, pero no se dijo nada sobre la colaboración eficaz. En tal caso, solo sería posible la aplicación mientras dure su tramitación y durante el procedimiento de impugnación de sentencia [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 17].

La vigilancia electrónica personal puede ser reformada si varían las circunstancias que determinaron su imposición, o puede ser sustituida si se infringen las reglas de conducta impuestas [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 21]. Se aplica un criterio progresivo para revocar la vigilancia electrónica. En efecto, solo se impondrá amonestación frente al incumplimiento doloso o culposo de una regla de conducta y, también, cuando el INPE comunique una alerta leve.

La comisión de un nuevo delito doloso, la resolución que declara fundado el pedido de prisión preventiva en un proceso distinto, infringir reiteradamente las reglas de conducta, dañar el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; o, cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave, impone la revocatoria de la medida impuesta y su conversión en prisión preventiva [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f.j. 22].

Una regla de conducta es el pago oportuno por el uso del dispositivo, en el que se tendrá en cuenta las condiciones socioeconómicas del beneficiario –si se impuso dicha medida es porque, en principio, el condiciones de solventarlo–, salvo que judicialmente pueda exonerarse total o parcialmente –conforme al informe socioeconómico del INPE–. Si el pago se torna imposible al variar las condiciones socioeconómicas del imputado, no será posible imponer la revocatoria [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f.j. 23]. En todo caso, será el juez que audiencia decida revocarla o no [Ver: Acuerdo Plenario n.º 2-2019/CJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f.j. 24].

3.2.4. Decreto Legislativo 1585

Como se ha visto, la vigilancia electrónica personal ha tenido un tratamiento legal inestable, a partir de varias disposiciones legales que han venido reformándola, sustituyendo, modificando o derogando numerosos preceptos de la Ley penal especial; legislación que tiene una lógica estatutaria, al contener disposiciones de Derecho penal sustantivo, procesal y de ejecución. Así, las variaciones legislativas son las siguientes: **Primero**, la institución se introdujo por la Ley 29499, de 19-01-2010, y se modificó parcialmente por el Decreto Legislativo 1299, de 25-09-2015 –dio lugar, a su vez a los reglamentos aprobados por Decreto Supremo 013-2010-JUS, de 14-8-2010, y Decreto Supremo 002-2015-JUS, de 13-05-2015–. **Segundo**, el Decreto Legislativo 1322, de 06-01-2017, sustituyó las dos normas previas (Ley 29499 y Decreto Legislativo 1299) y desarrolló íntegramente la vigilancia electrónica personal, disposición legal que, luego, fue modificada parcialmente por el Decreto Legislativo 1514, de 04-06-2020 –reglamentado por el Decreto Supremo 004-2017-JUS, de 09-03-2017, y tras su derogatoria, por el Decreto Supremo 012-2020-JUS, de 23-10-2020. **Tercero**, el Decreto Legislativo 1585, de 22-11-2023, que modificó los artículos 4 y 5 del Decreto Legislativo 1322, e introdujo el artículo 5-A a dicha disposición, así como el artículo 268-A al CPP.

La última norma con rango de ley (Decreto Legislativo 1585) tiene los alcances que a continuación se detallan:

- A.** Ratificó que la vigilancia electrónica personal se aplica como pena y como medida de coerción personal. Para su concesión ha de cumplirse con los requisitos legales que la ley estipula (Decretos Legislativos 1322 y 1585), siempre que no se encuentren previstos en una de las causales de improcedencia fijadas en los artículos 5.5 y 5.6 de la citada disposición legal. Lo que agregó el Decreto Legislativo 1585 (veintinueve delitos) fueron los siguientes delitos: 111 tercer párrafo, 122 literales b), c) d) y e) del numeral 3, 129-A al 129-P, 151-A, 176-B, 176-C) y 316-A del Código Penal –homicidio culposo con agravantes, lesiones leves con agravantes, trata de personas y explotación con agravantes, acoso, acoso sexual, chantaje sexual y apología–. Insistió en que tampoco pueden acceder a esta medida los reincidentes y los habituales, los que fueron materia de revocatoria de la vigilancia electrónica personal, a los que se le revocó alguna penal alternativa a la privación de libertad o a los que se les revocó un beneficio penitenciario o de conversión de pena en ejecución de condena, salvo que se trate del delito de omisión de asistencia familiar.
- B.** Amplió el rango punitivo de los delitos que pueden ser pasibles de esta medida. La pena privativa de libertad no debe ser superior a diez años, salvo que se trata de los delitos prohibidos del artículo 5.5 de la propia Ley –se entiende que se trata de un parámetro de pena concreta, no abstracta, con lo que incluso mantendría coherencia con la vigilancia electrónica personal como pena, en la que ésta es, igualmente, de diez años de privación de libertad–. Además, si se impone la medida de detención domiciliaria, la custodia, policial o de una institución pública o privada o de una tercera persona designada al efecto, puede reemplazarse por la vigilancia electrónica personal. Por otro lado, en los delitos culposos se aplicará la vigilancia electrónica personal como medida más gravosa de la comparecencia restrictiva –ello importa, no una obligación por la mera comisión de un delito culposo, sino una posibilidad cuando los riesgos procesales son de tal entidad que el aseguramiento de la persona requiera de la vigilancia electrónica personal–.
- C.** Es del caso considerar, ante el riesgo o peligro de mediana entidad de fuga o de obstaculización, la imposición de la medida coercitiva de vigilancia electrónica personal en las imputaciones por delito de cuatro delitos: **1.**

Delito de hurto simple. **2.** Delito de hurto simple con agravantes de primer grado. **3.** Delito vinculado a dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite portadoras de programa, sin la autorización del distribuidor legal de la señal. **4.** Delito de hurto de uso.

- D.** Incorporó el artículo 268-A al CPP. Una vez que el artículo 268 del CPP fijó el presupuesto y los requisitos materiales de la prisión preventiva, se agregó una alternativa específica a la prisión preventiva, desde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en que, si el delito merezca, en el caso concreto, una pena no mayor de siete años de privación de libertad será preferente la aplicación de la vigilancia electrónica personal como medida coercitiva más gravosa. En estos supuestos, por la propia naturaleza de una medida de coerción, es posible, de un lado, la revocación de la vigilancia electrónica personal por prisión preventiva o, de otro lado, cuando se requiere por segunda vez una medida de coerción personal luego de haberse aplicado previamente la vigilancia electrónica personal como medida de coerción.
- E.** Lo relevante de estas modificaciones es, **primero**, que entraron en vigencia al día siguiente de la publicación del Decreto Legislativo, salvo los artículos 5 y 10 (procedencia de la vigilancia electrónica personal y notificación de la resolución que dispone la vigilancia electrónica personal) que entrarán en vigencia a los ciento veinte días, contados desde el 23-11-2023, esto es, el 23-3-2023; y, **segundo**, que las modificaciones legales, pese a lo anterior, se aplican progresivamente según un Calendario Oficial, aprobado por Decreto Supremo del Sector Justicia y Derechos Humanos –la Tercera Disposición Complementaria Final dispone que el Calendario Oficial se aprobará dentro de los noventa días calendario de publicado el Decreto Legislativo (hasta el 23-02-2023) y, en principio, en tanto en cuanto reúnan las condiciones técnicas de viabilidad par su adecuada implementación y se cuente con la disponibilidad presupuestal, se iniciarán con los distritos judiciales de la gran área metropolitana de Lima: Lima Centro, Lima Este, Lima Sur, Lima Norte, Puente Piedra-Ventanilla y Callao–.

VII. ARRAIGO

Limita la libertad de tránsito. Constituye un medio para evitar el riesgo de fuga del imputado, en especial al extranjero, a partir de la cual pone fuera del alcance de la justicia nacional o dificulta gravemente la persecución del delito.

Esta medida se justifica como modo de facilitar su pronta y segura ubicación cada vez que se requiera su presencia en el proceso, y siempre que la mera fijación de domicilio no sea suficiente a tal fin. El artículo 295 CPP señala su necesidad cuando “resulte indispensable para la indagación de la verdad”, lo que se traduce en su presencia en el lugar del proceso para consolidar la actividad de investigación y de prueba.

El CPP reconoce dos modalidades de arraigo: impedir salida del país – cuando por la capacidad económica del sujeto de la medida permita presumir la existencia de un riesgo adicional de huida al extranjero–, e impedir salida de la localidad del domicilio y del lugar que se le fije. Esta institución funciona, además, como medida de seguridad procesal respecto de testigos importantes.

Esta medida requiere, como presupuestos específicos, los siguientes.

1. Presupuestos materiales, que el delito atribuido esté penado con prisión mayor de tres años. **2.** Presupuestos formales, que el requerimiento fiscal esté fundamentado, que incluso fije el tiempo de su duración. Además, se requiere la realización de una audiencia.

Esta medida se aplica tanto para imputados como para testigos importantes. El límite temporal de esta medida es de cuatro meses para los testigos importantes y para los imputados, los plazos de duración son los establecidos para la prisión preventiva (artículo 272 CPP). La prolongación solo procede respecto de imputados en los supuestos, el trámite y plazo previsto en el artículo 274 CPP, y su dictación exige una celebración de audiencia. Para el testigo, la medida se levantará luego que declare o de la actuación procesal que motivó la medida.

VIII. SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS

El artículo 298 CPP reconoce cinco clases de medidas de suspensión preventiva de derechos, destinadas a la evitación de la violencia o de su reiteración delictiva, y que cumplen funciones de aseguramiento y prevención –protegen a la víctima y a la colectividad de futuras agresiones–. Presentan un perfil de defensa o protección de la sociedad –tienen efectos innovativos de la situación existente al incoarse el proceso penal–. Conllevan una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que se verá afectado por una pena de inhabilitación. Su perfil es de defensa o protección de la sociedad [MORENO CATENA]. Se configuran con unos efectos que trascienden de la conservación de la situación existente al incoarse el proceso penal, e innoven esa situación en el sentido de imponer –

con la provisionalidad propia de toda medida de coerción— una satisfacción de la pretensión de condena a la pena de inhabilitación en el proceso declarativo de condena, que, extraprocesalmente, ni estaba siendo reconocida, ni satisfecha [ORTELLS]. Responde a la finalidad de hacer frente a la exigencia coercitiva con una medida menos grave que la de privación procesal de la libertad o de custodia (arresto domiciliario, vigilancia electrónica personal), cuando sea posible evitar estas últimas [TONINI]. Se procura cancelar una situación objetiva de riesgo para la víctima y otros intereses tutelados por el Derecho [RAMOS MÉNDEZ].

La suspensión preventiva de derechos (medida interdictiva en el proceso penal italiano), como categoría coercitiva, presenta la siguiente tipología: **1.** Suspensión del ejercicio de patria potestad, tutela o curatela. Esta medida es necesaria en todos aquellos casos donde se ha iniciado investigación penal por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, del 153 al 153-J, del 170 al 177, del 179 al 183-B del Código Penal o cuando por cualquier motivo o causa, se ponga en peligro la vida o integridad de un menor de dieciocho años. **2.** Suspensión en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión públicos, salvo elección popular. **3.** Suspensión para conducir vehículos o portar armas. **4.** Prohibición de ejercer actividad profesional, comercial o empresarial. **5.** Prohibición de aproximación, abandono del hogar y suspensión temporal de visitas.

Limita derechos civiles del imputado referidos **(i)** a sus relaciones familiares —en este supuesto se trata de medidas de aplicación excepcional, provisional y proporcionada a la consecución de los fines de protección de la víctima y su familia de probables agresiones; además son alternativas menos gravosas que la prisión preventiva— y procuran atender a la necesidad de proteger a la víctima débil de la relación familiar que muchas veces se encuentra desamparada ante una situación violenta. Esta medida es necesaria en todos los casos donde se ha iniciado investigación penal por cualquiera de los delitos establecidos en la ley (ver artículo 298, inciso 1, literal a, del CPP. **(ii)** al ejercicio de cargos públicos —su objetivo es la prevención general de la comisión de nuevos delitos—; **(iii)** al desarrollo de actividades económicas privadas; **(iv)** a la libertad ambulatoria, por lo menos, en el supuesto último; **(v)** a la privación de permiso de conducción combate el peligro de alteración de la seguridad del tráfico, y está dirigida a prevenir su afectación.

Como presupuestos materiales específicos se exige, en primer lugar, que el delito esté sancionado con pena de inhabilitación: principal o accesoria, o cuando resulta necesario para evitar la reiteración delictiva: es el marco de delimitación

general. En segundo lugar, no solo se requiere indicios de criminalidad sino también peligro concreto que el imputado, por las características del hecho cometido y sus condiciones personales, obstaculizará la verdad o cometerá delitos de la misma clase –en el caso de las víctimas de violencia familiar debe constatarse una situación objetiva de riesgo para la víctima; y, su adopción atenderá al riesgo derivado de la conducta y a la situación del imputado, especialmente su actividad laboral, con la que debe hacerse compatible en la mayor medida posible la restricción de la libertad–.

Estas medidas pueden imponerse conjuntamente con la comparecencia restrictiva.

El incumplimiento de las restricciones impuestas al imputado autoriza al juez a sustituir o acumular estas medidas con otras medidas como la detención domiciliaria o prisión preventiva, teniendo en cuenta la entidad, los motivos y circunstancias de la trasgresión.

El plazo es siempre no más de la mitad de la pena de inhabilitación; a su vencimiento sin sentencia de primera instancia pierde eficacia de pleno derecho. Su cesación antes del vencimiento del plazo requiere audiencia con participación de los sujetos procesales.

LECCIÓN DÉCIMA OCTAVA

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN REALES

I. DEFINICIÓN

Son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídico-económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal.

Las medidas de coerción reales son de naturaleza patrimonial pues su finalidad es asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas. Es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Desde esta perspectiva, y los derechos en conflicto, lo que buscan es evitar que el proceso y la garantía de defensa procesal se transformen en herramientas destinadas a proteger al visible vulnerador de los derechos ajenos. En consecuencia, persiguen satisfacer la eficacia de las consecuencias jurídico-económicas de la sentencia y del proceso [RIVAS].

Las notas características o elementos de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. El artículo 315.1 CPP insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a “las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad”.

Las notas definitorias de las medidas de coerción patrimoniales o reales son las ya abordadas: instrumentalidad, variabilidad, jurisdiccionalidad, temporalidad, entre otras. Respecto de la proporcionalidad, como apunta ARMENTA DEU, si es posible adoptar varias medidas aptas para la tutela de la situación concreta que se considera, habrá que optar por aquella que, siendo bastante, restrinja o lesione lo mínimo posible los derechos del imputado o de

los responsables civiles [PIÑOL RODRÍGUEZ]. A la adecuación y necesidad de la medida, se ha de unir el criterio de subsidiaridad, en virtud del cual, como ya se anotó, la medida que se adopte será siempre la menos lesiva para el interés del afectado [DOIG DÍAZ].

Es de insistir que las medidas de coerción patrimoniales o reales son medidas con efectos diversos que buscan la eficacia de las pretensiones penales y civiles (pena de multa, consecuencias accesorias, reparación civil y costas procesales). Además, en lo específico, buscan evitar los riesgos de ocultamiento de bienes y de insolvencia sobrevinida, así como de reiteración delictiva (artículo 253.3 del CPP).

II. CLASES E IDENTIFICACIÓN

1. Clasificación

Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación (Acuerdo Plenario n.º 07-2011/CJ-116, FJ 17):

- A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.
- B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización.

2. Identificación

El CPP identifica las siguientes medidas de coerción real: **i)** inhibición; **ii)** embargo –el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil–; **iii)** secuestro conservativo; **iv)** incautación; **v)** medidas anticipativas; **vi)** medidas preventivas contra las personas jurídicas: son anticipativas en su esencia.

El CPP no solo reconoce las medidas anticipativas genéricas, también incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311 y 312 CPP).

No están reconocidas las medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de pedir las. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas, conservan la situación de hecho o de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682 y 687 CPC).

3. Presupuestos y requisitos

3.1. *Fumus delicti comissi*

Consiste, en lo penal, en la razonada atribución del hecho punible en un nivel de sospecha suficiente —que la situación tutelable tenga una justificada probabilidad de ser conforme a derecho y, por tanto, que pueda determinar una sentencia de condena y la imposición de determinadas consecuencias accesorias—; y, en lo civil, en tanto, apariencia de buen derecho, en la presencia de elementos investigativos suficientes que revelen los daños generados por el delito y una relación de causalidad de su comisión con el sujeto contra el que se adoptan (imputados y tercero civil).

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aun cuando fuere impugnada.

3.2. *Periculum libertatis o periculum in mora*

Es el peligro derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso declarativo de condena. Requiere la existencia de dos condiciones íntimamente relacionadas entre sí, cuales son, de un lado, el tiempo que dura el proceso y, de otro, el peligro de que una vez concluido sea imposible ejecutar la sentencia [DOIG DÍAZ]. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendency del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal (peligro de infructuosidad). Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado [MORAS MONS].

El *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para

hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El artículo 303.3 CPP, en tal virtud, estipula: “por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien”.

4. Procedimiento

La primera fase del procedimiento de coerción real es la solicitud escrita de la medida, que consagra de este modo el principio de rogación de parte de la parte procesal legitimada: Ministerio Público y actor civil (Acuerdo Plenario n.º 07-2011/CJ-116, FJ 20). Rige el artículo 610 CPC. En consecuencia, la solicitud de la medida real, amén de ser escrita, debe ser fundada –esto es, el aporte de datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar un juicio provisional favorable a la petición cautelar–. Además, debe contener la determinación inequívoca de la medida que se solicita, a la que se debe acompañar la prueba correspondiente o la indicación de los actos de investigación que obran en la causa. La indagación de los bienes que serán afectados es una tarea del fiscal, que debe hacerlo de oficio o a solicitud del interesado.

La solicitud cautelar ha de contener, asimismo, el ofrecimiento de *contracautela*, que es una institución destinada a asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de la medida coercitiva real. La contracautela opera como una garantía para la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad, pues no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al imputado la efectividad del resarcimiento de los daños, generado por la medida de coerción [LEDESMA NARVÁEZ]. Este requisito es viable en los supuestos de embargo e inhibición. El juez deberá pronunciarse en el momento de resolver sobre la medida solicitada –según se trate de un presupuesto cautelar–, en cuya virtud puede graduarla, modificarla o incluso cambiarla por la que considere pertinente, en función a su idoneidad y suficiencia. El solicitante especificará, bajo sanción de inadmisibilidad, el tipo o tipos de la caución ofrecida y la justificación del importe que propone.

La segunda fase del procedimiento es la determinación de la decisión del trámite: con o sin traslado al afectado: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada –solicitud de medida coercitiva–, es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315.2 CPP). Empero, por razones obvias, rige

la regla del artículo 203.2 CPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que “no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida”; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315.2 CPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203.2 CPP).

La tercera fase del procedimiento, una vez que el juez, sin demoras, valoró la justificación del trámite a imprimir, y si decide hacerlo *inaudita parte*, consiste en el análisis de los fundamentos de la petición, en el fondo de la comprobación. Las decisiones coercitivas de adopción se notifican *a posteriori*. Son impugnables en apelación. Rige el procedimiento recursal acelerado impuesto para el caso de la prisión preventiva: artículo 278.2 CPP: pronunciamiento de la Sala Penal Superior previa vista de la causa, que debe realizarse dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación de los afectados. El auto superior se pronunciará el mismo día de la vista o dentro de las 48 horas de realizada.

Como consecuencia de la variabilidad que caracteriza la protección cautelar, es posible que una solicitud anteriormente denegada pueda reiterarse ulteriormente, si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición: conocimiento de hechos, anteriores o posteriores, a la resolución adoptada, que cambian la situación fáctica determinante de la denegación [GIMENO].

La cuarta fase del procedimiento es la ejecución de la medida de coerción. Tiene como notas distintivas que se ejecutan de oficio y será de inmediato. Previamente, se necesitará el cumplimiento de la contracautela. Según el artículo 304° se sanciona con la inadmisibilidad todo acto o petición destinado a dilatar o impedir la concreción de la medida. Una vez ejecutada la medida, cabe la notificación a las partes, para su impugnación dentro del tercer día, sin efecto suspensivo.

5. Las concretas medidas de coerción reales

5.1. El embargo

Es una medida real mediante la cual se persigue la individualización y adscripción de bienes (inclusive se pueden afectar sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos) o derechos suficientes del patrimonio del imputado para garantizar las eventuales responsabilidades

jurídico-económicas del delito. Esta medida apunta a garantizar la eventual ejecución futura de la sentencia, asegura el importe por concepto de multa, reparación civil y costas; su efecto principal es poner el bien a disposición judicial, sin cuyo conocimiento no puede darse a dicho bien otro destino ni someter a una afectación diferente [PELÁEZ]. Esta medida no afecta la disponibilidad del bien; el bien embargado preventivamente no se convierte en indisponible para su titular, pero el titular del embargo tiene sobre él un poder reipersecutorio, en caso de efectuarse cualquier enajenación o transferencia del bien –sea a título oneroso o gratuito–. Se requiere para su validez: que los bienes sobre los que recaiga pertenezcan al imputado –ya se hallen en su poder o de terceros–; que tengan un contenido patrimonial y sean susceptibles de realización; y, que la Ley no establezca su inalienabilidad, total o parcial. No podrán ser objeto de embargo: **(i)** los derechos personales como las prestaciones de seguridad social, los derechos honoríficos, etc.; **(ii)** los bienes excluidos del comercio, ya por la naturaleza propia del bien o por disposición de una norma positiva; **(iii)** los derechos personalísimos o fundamentales de la persona; y, **(iv)** derechos y acciones concernientes al estado civil de las personas, como la filiación y la patria potestad [LEDESMA]. Es subsidiario de la orden de inhibición, de conformidad con el principio de la “alternatividad menos gravosa”.

El actor civil debe prestar contracautela, que puede ser real o personal –entre estas últimas está la caución juratoria–. Esta, según el artículo 613 CPC, tiene por objeto asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La contracautela no es necesaria cuando se dicte una vez emitida la sentencia condenatoria de primer grado. La forma de la medida de embargo está sujeta a lo previsto en la Ley civil. Procede, en su caso, la desafectación y la tercería. El embargo puede ser variado, sustituido y alzado, en su caso.

El artículo 303.1 del Código Procesal Penal exige como requisito para la tramitación de la medida de embargo que se señale la forma o la modalidad en que debe hacerse efectiva la medida. De acuerdo al Código Procesal Civil, será posible requerir las siguientes formas de embargo: **(i)** Embargo en forma de inscripción, el cual está dirigido tanto a los bienes muebles como inmuebles del imputado o del tercero civil que se encuentren registrados en los Registros Públicos; la inscripción se realizará mediante una anotación en la ficha registral correspondiente, pero no se impide la enajenación del bien, en cuyo caso, el adquirente asumirá el gravamen; **(ii)** Embargo en forma de depósito que recae sobre los bienes muebles del obligado que son depositados a la orden del juzgado en poder del propio obligado, en este supuesto

sí existe una limitación a la facultad de disposición del titular del bien; **(iii)** Embargo en forma de retención que opera sobre los bienes o derechos de crédito en posesión de terceros, pero cuyo titular o acreedor del derecho es el imputado o el tercero civil, por tanto, el poseedor del bien recibirá una orden del juzgado de retener el bien o el pago para, luego, entregarlo a quien el juez disponga o depositar el pago en el Banco de la Nación; **(iv)** Embargo en forma de intervención que se puede presentar en forma de recaudación, según el cual el embargo recae sobre los ingresos de una empresa, sea persona natural o jurídica; o, el embargo en forma de intervención por información, mediante el cual el interventor recabará información sobre el movimiento económico de la empresa; y, **(v)** Embargo en forma de administración, cuya medida recae sobre los bienes que producen frutos [ORÉ GUARDIA].

En cuanto al procedimiento en la ejecución del embargo son de aplicación las reglas establecidas en el artículo 644 del Código Procesal Civil que señala que el auxiliar jurisdiccional procederá —durante la ejecución de la medida— a precisar en el acta la naturaleza de los bienes, número, cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Esta información es importante porque a futuro servirá para dilucidar en mejor forma, las posibles tercerías o desafectaciones, cuando se cuestione que los bienes afectados no corresponden al futuro obligado [LEDESMA].

El artículo 305 CPP contiene disposiciones específicas en materia de modificación y alzamiento de las medidas de embargo adoptadas. El elemento variabilidad justifica la modificación y el alzamiento. La sustitución de una medida por una caución a cargo del afectado está expresamente permitida en el apdo. 2 del artículo 305 CPP. En relación a los tipos de embargos, se debe remitir a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 642 al 673.

Como consecuencia de la instrumentalidad, firme la decisión final recaída en el proceso penal declarativo, se procederá:

- A.** Si se dicta sentencia absolutoria, sobreseimiento o resolución equivalente, firmes que sean, se alzarán de oficio el embargo, y se determinará los daños y perjuicios que hubiera podido producir dicha medida, siempre que haya sido expresamente solicitado por el afectado.
- B.** Si se dicta sentencia condenatoria, firme que sea, se requerirá al afectado el cumplimiento de las responsabilidades, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa respecto del bien embargado.

5.2. La inhibición

Está prevista en el artículo 310 CPP. Es la medida real que impide al afectado la libre disposición de sus bienes, cuando sea necesario asegurar el efectivo cumplimiento de las consecuencias jurídico-económicas del delito y del proceso. Tiene como notas características: **1.** Impide la venta o gravamen de cualquier bien. **2.** Se cumple mediante su inscripción en el registro, por lo que afecta principalmente la posibilidad de vender o grabar bienes inmuebles y muebles de carácter registrable.

Aun cuando no lo dice la ley, procede en los casos en que procediendo el embargo, este no tiene efectividad por no conocerse bienes concretos del obligado, o bien porque los conocidos no cubren el importe total del daño causado y reclamado. En efecto, mientras que en el embargo se individualiza el objeto sobre el cual va a recaer la medida real y, al mismo tiempo, pide que salga del dominio del imputado hasta que se proceda su venta judicial; en la inhibición se cuenta con una medida precautoria por la cual el imputado no podrá enajenar los bienes registrados a su nombre en el momento de la anotación de la inhibición en el Registro ni los que adquiera de forma posterior, por cualquier causa [MARTÍNEZ BOTOS]. Lo que hace es bloquear el patrimonio desde fuera, en la frontera de su dominio, para que no salga ningún bien. Se trata, en definitiva, de una medida sustitutiva del embargo, y que debe cumplir con los requisitos del artículo 303 CPPP para su procedencia. No ha sido previsto por la norma procesal si es necesario un previo informe del registrador para emitir la orden de inhibición; sin embargo, incorporar como condición un requerimiento previo no se conciliaría con la celebridad que debe presidir esta medida para evitar que el imputado efectúe algún acto de disposición sobre sus bienes, por lo que sería suficiente con la declaración del imputado en sentido negativo [MARTÍNEZ BOTOS]. La norma no ha previsto –a diferencia de la legislación argentina– la posibilidad de una inhibición voluntaria, que consiste en una transacción extrajudicial por acta notarial que luego debe ser inscrita en los Registros Públicos.

El efecto de la medida es impedir toda actividad que disminuya el patrimonio registrado del inhibido, pero no impide que este pueda incorporarle bienes con los que mejorará la garantía consiguiente. El solicitante debe manifestar no conocer bienes o la justificación sumaria de ser insuficientes.

5.3. Decomiso e incautación

La incautación, como medida de coerción procesal, es una medida que recae sobre bienes delictivos por el que se le quita a su tenedor la disponibilidad

de dichos bienes proveyendo su custodia –opera el desapoderamiento del bien–, de forma que queda inmodificada la situación de hecho o de derecho evitando el peligro de que por hechos naturales o voluntarios sean suprimidos, eliminados, ocultados, destruidos o de algún modo disminuidos y se resienta la ejecución de la sentencia, de la consecuencia accesoria del decomiso –su eventual realización permitirá satisfacer el decomiso del bien–.

5.3.1. Decomiso

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

Definición y destino. El decomiso puede definirse como la privación definitiva de un bien o activo –elementos patrimoniales tangibles o intangibles, en suma– por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal. Su finalidad –siendo plural– es, de un lado, anular cualquier ventaja obtenida por la comisión del hecho delictivo y disfrutada por los autores y partícipes (STSE de 24 de mayo de 2012); y, de otro lado, proteger a la colectividad frente a bienes peligrosos [JESCHECK].

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

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

Las definiciones que podemos afirmar son las siguientes:

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

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

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

MAURACH, de otro lado, clasifica los objetos materiales del delito como aquellos que derechamente dan lugar al decomiso, y los que no pueden decomisarse salvo una disposición específica. Primero, son los objetos que ponen en peligro a la colectividad o cuando exista peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos. Segundo, son los objetos que no pueden decomisarse sin norma expresa que lo autorice: **(i)** los *objetos obtenidos*: botín en el hurto, el dinero que determinó el delito; **(ii)** los *objetos del hecho*: armas sin autorización o licencia, vehículos sin permiso –el vehículo como mercancía de contrabando–; y, **(iii)** los *objetos*

de referencia: objetos que fueron ocultados con el fin de cometer la estafa a la compañía de seguros.

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

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

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

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

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

- D. Ganancias del delito. Son las ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente. Se requiere (i) la ejecución de un delito, y (ii) que el autor o partícipe haya obtenido, ya directamente del delito, ya indirectamente a través de su comisión, una ventaja o ganancia, entendida en sentido económico o patrimonial. Los efectos son el producto directo del delito mientras que las ganancias son el beneficio económico derivado de su comisión. Se extiende a los objetos o valores que, a través de transformaciones objetivas o jurídicas, sufran las ganancias directas [CONDE-PUMPIDO].

Las ganancias comprenden las que se obtienen directamente del hecho (por ejemplo, ingresos derivados de la venta de droga) como también el precio que el autor ha recibido de un tercero por la ejecución del delito –no interesa el conjunto de transformaciones que el activo ha podido experimentar–. El autor tiene que haber cometido un hecho penalmente antijurídico y obtenido para o a través del hecho una ventaja material (cosas, derechos y posibilidades fácticas de aprovechamiento del activo). El decomiso en estos casos se ajusta a la ganancia neta.

Su fundamento consiste en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida; no se acepta un

enriquecimiento sin causa lícita. Su finalidad, por tanto, es la exacción del provecho obtenido con la perpetración de la infracción penal –la eliminación de tal enriquecimiento patrimonial–.

El Decreto Legislativo n.º 1106, de 19-4-2012, en su artículo 9, al hacer mención al decomiso, no traza ninguna especialidad normativa. Se remite el artículo 102 del Código Penal.

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

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

En el caso de las personas jurídicas, las medidas fijadas en el artículo 105 del CP, modificado por el Decreto Legislativo n.º 982, de 22-7-2007, y el Decreto Legislativo n.º 1351, de 7-1-2017, igualmente, se justifica en el concepto de peligrosidad, pero por la forma de organización de una persona jurídica, de comisión a través de ella de futuros hechos delictivos. Cubre los déficits de prevención provocados por la injerencia en el hecho punible de una persona jurídica.

El fundamento, es decir, el “supuesto de hecho” de la responsabilidad de las personas jurídicas –que materialmente es una responsabilidad objetiva de naturaleza administrativa (policial de prevención de peligros) y de carácter no sancionador–, está constituido por las circunstancias que determinan el estado de

desorganización de la persona jurídica que ha propiciado y favorecido el marco de una determinada relación con ella –tal estado de desorganización que ha propiciado y favorecido la comisión del hecho por la persona física relacionada con aquella, y la relación existente entre ambas personas, son hechos concurrentes con el hecho punible de un modo accesorio–. La finalidad de las indicadas medidas es la de neutralizar o disminuir en lo posible la peligrosidad objetiva del estado de desorganización de la persona jurídica como medio de prevención de la comisión futura de nuevos hechos punibles [GRACIA MARTÍN].

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

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

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

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

El decomiso del instrumento, del objeto y del efecto del delito –en este último caso, cuando corresponda–, como su fundamento está en la peligrosidad objetiva del bien o activo y en la necesidad de aseguramiento de la comunidad frente al peligro objetivo de la comisión de delitos que emana de aquellos, es una medida que pertenece al Derecho administrativo de policía. Frente a ese bien o activo se tiene que arbitrar medidas preventivas de carácter de *aseguramiento* de la colectividad frente al peligro de que sean utilizadas para la comisión de delitos –*potestades ablatorias* para la salvaguarda de un interés colectivo, que como tales se adoptan antes de que se produzca la violación del ordenamiento jurídico–. La comisión real del injusto típico es un presupuesto necesario para el decomiso, pero no forma parte del supuesto de hecho propiamente dicho de tal medida [GRACIA MARTÍN].

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

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

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

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

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

El concepto de “tercero de buena fe”, que impide el decomiso, debe entenderse desde el fundamento y la finalidad del mismo –es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos y es de libre apreciación por el órgano jurisdiccional, que tendrá en cuenta hechos y circunstancias que aparezcan probados (STSE n.º 798/2008, de 12 de noviembre)–. Es tercero de buena fe el propietario, no responsable criminal, de los bienes, legalmente adquiridos y de lícito comercio, cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos –se trata de las ganancias–. Por el contrario, es un propietario de mala fe cuando los adquirió con conocimiento de que de esa forma se dificultaba el decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso –se trata de los objetos, instrumentos y efectos del delito–. Solo se decomisará el bien de un tercero cuando éste no presta aquella garantía de vigilancia. En los casos de las ganancias, la inexistencia de buena fe del tercero se dará cuando haya adquirido las ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de un modo imprudente porque previó o podría haber previsto la posibilidad del origen delictivo. Las ganancias ilícitamente obtenidas por una persona jurídica en virtud de hechos delictivos cometidos por sus dirigentes, sin excepciones, son decomisables. Es obvio, salvo prueba en contrario, que cuando se adquiere un bien a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado, no se está ante un tercero de buena fe.

A las personas jurídicas se les impone medidas, y su naturaleza no es penal sino administrativa –el legislador peruano asumió esta concepción con la dación de la Ley n.º 30424, de 21-4-2016, y el Decreto Legislativo modificatorio n.º 1352, de 7-1-2017, al denominar “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”–, que se inscriben, no en el poder punitivo del Estado, sino en su poder coercitivo; y, su imposición no está condicionada a la imposición de una pena o de una medida de seguridad a la persona natural. Asumen responsabilidad propia, no derivada y, por tanto, se erigen en partes procesales principales cuando son emplazadas.

Clases de decomiso. El Código Penal los diferencia en función al titular del preciso bien o activo en cuestión; y, desde otra perspectiva, según la posibilidad de incidir en el propio bien o activo o en otros.

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

En el segundo caso, se trata: **(i)** El decomiso directo, que afecta al propio activo vinculado al hecho antijurídico. **(ii)** El decomiso de valor de reemplazo, que procede cuando los efectos o ganancias del hecho antijurídico han sido ocultado, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier razón análoga, el cual comprende los activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias. **(iii)** El decomiso sustitutivo o de segundo grado, que se refiere a efectos o ganancias en que los activos se han mezclado con bienes lícitos, de suerte que el decomiso procede hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los activos

lícitos se utilizaron como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedente, caso en el que se decomisa ambos tipos de activos.

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

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

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

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

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

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

5.3.2. Incautación Instrumental

Tipos de incautación. El CPP regula dos tipos de incautación: instrumental y cautelar, según primordialmente se refieran a bienes entendidos como fuentes de prueba o como objetivo de decomiso. Así, de un lado, véanse artículos 218-222

CPP; y, de otro lado, artículos 316-320 CPP. Diferente es el caso, por ejemplo, del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, artículo 231 y siguientes, que trata unificadamente esta institución, bajo el rótulo de “secuestro”.

El problema de esta regulación separada es que un bien o activo puede, eventualmente –específicamente según la opción dogmática que se maneje–, ser materia de los dos tipos de incautación. Es menester ubicar, objetivamente, un criterio seguro de diferenciación. Así, es de entender que, para la incautación instrumental, el bien debe ser el cuerpo del delito o las piezas de convicción –en este último caso “...,[cosas] que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados” (artículo 218.1 del CPP); mientras, que para la incautación cautelar, deben ser los efectos provenientes de una infracción penal, los instrumentos con que se ejecutó y los objetos del delito permitidos por la ley (artículo 316.1 del CPP), El cambio producido por el Decreto Legislativo número 1351, de 7-1-2017, empero, no tuvo un impacto para modificar expresamente la norma procesal al mencionar, junto a los efectos, las ganancias del delito.

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

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

También se puede incluir, según un sector de la doctrina procesalista, que asume la noción extensiva, los instrumentos –que algunas concepciones en el Medioevo lo incluían en el cuerpo del delito, al igual que las piezas de convicción [BARRAGÁN]–, y los productos del delito (*instrumentum y productum scaeleris*). Así, por ejemplo, MORENO CATENA, aunque reconoce la vigencia de la noción estricta. Tal noción extensiva, sin embargo, no es de recibo por su extrema amplitud al abarcar instituciones de derecho material autónomas comprensivas del decomiso, como los instrumentos

–que procesalmente se le denomina *piezas de ejecución*, pero que el citado artículo 218.1 del Código Procesal Penal no la incorpora expresamente dentro del cuerpo del delito– y los productos –se incluyen las ganancias– del delito, que tienen su propio ámbito y funcionalidad. Se le denomina *Corpus delicti* o *Corpus criminis* o *Habeas criminis*.

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

- B.** En cuanto al segundo ámbito de la institución, a las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento, se les denomina *PIEZAS DE CONVICCIÓN*. Son las materialidades relativamente permanentes, tales como huellas, vestigios materiales, rastros o efectos materiales, que deja el delito en su comisión de tal modo que puedan ser utilizados para su prueba –permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor–. Se trata de aquellos elementos que dejan constancia de la realidad de un delito y que por ello auxilian la función investigadora (por ejemplo, armas, indumentarias, documentos, objetos varios, huellas dactilares, manchas de sangre, ropa, cabellos, fluidos corporales) [CALDERÓN/CHOCLÁN]. Como tal, tienen carácter preferente en la investigación del delito. También se les denomina “*Corpus Probatorum*”.

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

Si los referidos bienes se encuentran en la escena del delito, descubiertos a mérito de la pesquisa de la policía, serán objeto de recogida y conservación (artículo 208.2 del CPP) –la cosa se toma en depósito oficial [VOLK]–; y, si los tiene en su poder el propietario, poseedor, administrador o tenedor, serán objeto de un mandato judicial de incautación instrumental o de una ocupación *ex officio* si está en flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración (artículo 218 del CPP) –la cosa se somete a la tutela estatal

[VOLK]—. Si existe peligro por la demora (de desaparición, ocultación o perjuicio del bien), se entiende fuera de flagrancia delictiva, el Fiscal *motu proprio* dispone la medida. En uno u otro caso —flagrancia o peligro por la demora—, se requiere inmediata resolución confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

Esta posición, sin duda, plantea diferencias con el Acuerdo Plenario n.º 5-2010/CJ-116, de 16-11-2010. La necesidad de confrontar el texto de la ley nacional con la dogmática que le resulta aplicable, obliga a un cambio de perspectiva. Desde ya cabe aclarar que no es posible incluir en la noción de cuerpo del delito a los instrumentos del delito porque éstos integran el decomiso y son objeto de la incautación cautelar. La regla del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, que incluye expresamente a los instrumentos del delito dentro del cuerpo del delito, no ha sido reproducida por nuestro artículo 318.1 del CPP, lo que obliga a cuidar con ello las citas de la doctrina hispana.

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

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

La destrucción tiene lugar si los bienes son intrínsecamente peligrosos (por su propia naturaleza o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia). Debe levantarse un acta y debe quedar constancia en autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los bienes destruidos, incluso de su valor.

Finalidad. Esta medida apunta a la comprobación del delito, a lo que puede servir de prueba del delito (artículo 218.1 del CPP). Su finalidad es pues probatoria —en pureza, de aseguramiento de fuentes de prueba—, pues tiende a asegurar que los elementos sobre los que puede fundarse la convicción judicial no serán alterados o destruidos, dificultando el juicio que debe contener la sentencia.

Se limita el derecho fundamental a la propiedad con fines de esclarecimiento, de averiguación penal, de ahí su carácter instrumental.

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

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

Es incorrecto sostener que la incautación, como bloque institucional, no cumple funciones duales [GÁLVEZ], en especial la cautelar, desde que necesariamente la ocupación de un bien para fines cautelares requiere de base probatoria y ésta se puede invocar en la decisión que resuelve la acusación. Las cosas –las personas mismas incluso– tienen también importancia probatoria para el procedimiento judicial, más aún en materia penal: ellas contienen, de ordinario, rastros del hecho punible, que permiten verificar conjeturas (indicios) acerca de la acción u omisión a averiguar [MAIER]; y, si se trata de bienes decomisables, desde luego, revelan su vinculación con el delito, de suerte que también sirven para fundar una condena, sin perjuicio de decretar su decomiso.

5.3.3. Incautación cautelar

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

Cabe aclarar que en todo tipo de incautación se restringe el derecho constitucional de propiedad, comprendido él como todas aquellas facultades previstas por el orden jurídico para la relación entre personas y cosas, con inclusión,

entonces de la posesión y la tenencia de cosas y papeles, esto es, no solo el dominio, entendido desde el punto de vista jurídico, sino, antes bien, de él comprendido como señorío de todo tipo sobre las cosas [MAIER].

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

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

La incautación cautelar también puede realizarse en las primeras diligencias (inmediatez), aunque es posible que, igualmente pero con mayor posibilidad, se realice en el curso de la investigación preparatoria por la Policía o el fiscal. Si existe peligro por la demora, el fiscal ordenará la incautación y si no existe se acudirá al juez para requerir la resolución cautelar correspondiente. En el primer supuesto, inmediatamente se pedirá la resolución confirmatoria al Juez de la Investigación Preparatoria. En este caso, como en el de incautación instrumental, no se requiere audiencia para acordarla –no se incorpora en sus disposiciones tal tipo de actuación previa–. El traslado está condicionado a que no se ponga en peligro la efectividad de la medida, en cuyo caso también puede disponer una audiencia (203.2, última parte, del CPP).

5.3.4. Presupuestos de la incautación

Alcances. Toda medida que limite un derecho fundamental –la incautación, una u otra, está referida al derecho de propiedad– requiere del cumplimiento de dos presupuestos: intervención indiciaria y proporcionalidad, según el artículo VI del TP del CPP. Debe haber, en primer lugar, suficientes elementos de convicción:

actos de aportación de hechos que revelen, desde un estándar de mera probabilidad delictiva –no de certeza o de elevada probabilidad objetiva propio de la sentencia [VOLK]–, que el bien está relacionado con el delito investigado. Será mínimo o plausible cuando se trata de incautación instrumental: solo se requiere relativa acreditación del hecho delictivo y juicio de relevancia probatoria del bien en relación a ese ilícito.

- A.** Cuando se trata de incautación cautelar, ese estándar requiere una razonada atribución del hecho punible a una persona determinada y que el bien esté vinculado a esa conducta delictiva –indicios objetivos acerca de que los bienes provengan de la comisión de un delito y no se acredite su origen lícito [GIMENO]–. Se requiere actos de investigación que revelen una sospecha fundada, esto es, que reflejen a nivel semi-pleno la realidad del injusto penal y el vínculo del bien con ese injusto penal y con el afectado por la medida. En suma, se exige una sospecha fundada en datos objetivos de que se ha cometido un delito y de que al mismo está vinculado el imputado y/o el bien concernido. Los datos objetivos en que se apoya la medida apuntan a un doble sentido: **(i)** el de ser accesibles a terceros, pues de otro modo no serían susceptibles de control; y, **(ii)** que han de proporcionar una base real –es decir, elementos objetivos contrastados y significativos– de la que pueda inferirse que se ha cometido un injusto penal por una persona determinada y que el bien está vinculado a esa infracción [PÉREZ-CRUZ]. Es el *fumus comissi delicti*.

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

Las prueba indiciaria podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad delictiva objeto del proceso penal, en el que el bien cuestionado haya sido adquirido durante ese período de tiempo en que el imputado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en

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

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

En segundo lugar, como nota intrínseca a los bienes materia de incautación cautelar debe (i) “...existir peligro de que libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos” (artículo 317.1 del CPP) –es el llamado *periculum in mora*–; y, (ii) estar en una relación de proporcionalidad entre injusto penal y entidad del bien peligroso (artículos 253.2 y 317.2 del CPP). La medida debe ser idónea, necesaria y no debe existir otra medidas menos gravosa para el derecho fundamental a través de la cual pueda alcanzarse el mismo fin legítimo [GIMENO].

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

- B.** En el caso de la incautación instrumental se requiere adicionalmente que los bienes concernidos apunten al esclarecimiento del delito, que tengan una relevancia probatoria (artículo 202 del CPP). Más exigente es la incautación cautelar, pues se requiere que la ocupación del bien sea indispensable, necesaria y estrictamente proporcional; esto es, identificar el bien en orden a su titular y quien lo tenía en su poder, si está relacionado con el delito, si es indispensable incautarlo para evitar su pérdida, su ocultación o que siga

haciendo más daño (“...*peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito puede agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos*”: artículo 317.1 del CPP), si se cumplen los presupuestos del decomiso (artículo 102 del CP) y si existe proporcionalidad estricta (El valor de los efectos e instrumentos del delito “...*garde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal*”: artículo 103 del CP).

Momento de la resolución judicial. Indistintamente cuando se ocupa un bien sin previo mandato judicial, se requiere una resolución confirmatoria. El pedido de esta resolución se hace apenas operó la medida. La ley utiliza una expresión indeterminada. Así, para el caso de la incautación instrumental, el artículo 218.2 del CPP estatuye: “...*el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria...*”; y, para el caso de la incautación cautelar, el artículo 313.2 del CPP dispone que producida la incautación –acto seguido– “...*el Fiscal requerirá inmediatamente al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria...*”.

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

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

Una excepción a esta regla de necesaria resolución judicial es el artículo 13 de la Ley de Contrabando, Ley n.º 28008, de 19-6-2003: no se requiere resolución judicial. La Ley contra el Crimen Organizado, Ley n.º 30077, de 20-8-2013, impone una especialidad en su artículo 17, respecto de la incautación realizada por la policía en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración: no se requiere, a continuación, resolución confirmatoria.

Posición del tercero. El tercero, entendido procesalmente, es la persona distinta del imputado que, por ostentar derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, adquiridos por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de los que puede verse

privados en los casos previstos por el Derecho sustantivo, será afectada por los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia, por lo que puede intervenir en el proceso como consecuencia de su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional [MARCHENA-GONZALES CUELLAR].

El artículo 102 del Código Penal establece, materialmente, los supuestos en los que no es posible el decomiso del bien de un tercero. Desde esa perspectiva, el artículo 318.4 del CPP (según el Decreto Legislativo n.º 983, de 22-7-2007) autoriza la participación del tercero en el proceso. Tiene derecho a ser oído, puede oponerse a la incautación y recurrir. El artículo 319.b del CPP (según el citado Decreto legislativo n.º 983) dispone que el tercero puede pedir el reexamen de la incautación cautelar –si no intervino desde el inicio y, por ello, no pudo esclarecer su pretensión–, y esa decisión puede recurrirla.

Destino del bien incautado cautelarmente. Si son bienes muebles se toman bajo custodia y si es posible se inscriben en el registro respectivo. Si son bienes inmuebles o de derechos sobre aquellos, se ocupan y se anota la medida en el registro respectivo. De igual manera se procederá cuando se trata de bienes inscribibles, que se cumplirá aun cuando no está a nombre del imputado. La medida afecta el bien no al imputado como personal. Véase artículo 318.2 del CPP.

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

5.3.5. Otros temas vinculados

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

Los Códigos en diversos países no han adoptado denominaciones uniformes. Por eso es que en el Derecho Internacional Penal se les llama, indistintamente, embargo preventivo o incautación a la medida procesal y decomiso a la medida sustantiva (artículos 2 y 12, numerales 1 y 2, de la Convención de las Naciones

Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y, artículo 2, literales 'f' y 'g', de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). El artículo XV de la Convención Interamericana contra la Corrupción considera equivalente el término confiscación con el de decomiso.

Corrupción, dinero vinculado y cuentas bancarias. El artículo 401-A del Código Penal estipula que los donativos, dádivas o presentes serán decomisados en los delitos de cohecho, soborno transnacional, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

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

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

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

El artículo 511.1. h) del CPP comprende la incautación y decomiso de bienes delictivos. La cooperación judicial activa está prevista en el artículo 536 del CPP y se ejerce a través de una carta rogatoria. Prescribe el artículo 536.3 del CPP que corresponde a los jueces y fiscales, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, cursar la carta rogatoria correspondiente. En cuanto a la incautación –y con mayor razón al decomiso– la orden judicial es fundamental –sin ella la incautación y el decomiso no se estabiliza jurídicamente–, por lo que adicionalmente la carta rogatoria tiene un contenido definidamente jurisdiccional, no fiscal. La incautación se consolida mediante una resolución judicial, sea originaria o confirmatoria; luego, el Fiscal, por no ser su atribución legal, no está autorizado para cursar directamente cartas rogatorias en este ámbito.

Una excepción se da en el delito de contrabando, en que la incautación la realiza el Fiscal, sin intervención judicial (artículo 13 de la Ley n.º 28008, de 19-6-2003); luego, solo en este caso el Fiscal puede instar la carta rogatoria.

5.4. Las medidas preventivas contra personas jurídicas

5.4.1. Consideraciones generales

Toda medida de coerción, igualmente en el caso de las personas jurídicas, sirve para garantizar que el proceso se desarrolle con las máximas garantías –entre ellas la presencia del imputado, que se han podido recopilar todas las fuentes de prueba o actuar los medios de prueba pertinentes, útiles y conducentes, y que no se desarrollen conductas que afecten bienes jurídicos tutelados penalmente especialmente en perjuicio de las víctimas–. Tratándose de las personas jurídicas las medidas de coerción deben referirse siempre a los bienes pertenecientes a ellas, pero no a las personas físicas que ocupan cargos de dirección o de gestión; y, además, deben ser medidas idóneas y las menos gravosas para alcanzar la finalidad perseguida con ellas.

El presupuesto para imponer una medida de coerción es el *fumus delicti comissi*: razonada atribución del hecho punible por la persona jurídica, y el *periculum in mora*: peligro para las pruebas o para el proceso o para la condena o para las víctimas. Por razones obvias no es de aplicación el peligro de fuga, incluso la puesta en marcha de determinadas medidas dirigidas a obtener su disolución encubierta o su fusión con otra entidad serían indiferentes a estos efectos, dado que la responsabilidad se traslada a la nueva organización. El peligro de despatrimonialización que puede terminar haciendo imposible la ejecución de la pena –la multa, en especial– se evitaría con el embargo o la inhibición. Los peligros de ocultación, alteración o destrucción de pruebas, así como de reiteración delictiva pueden superarse con diversas medidas, tales como la clausura o suspensión temporal, así como el nombramiento de interventor o administrador judicial, siempre sujeto al principio de proporcionalidad –las menos gravosas en tanto en cuanto sean igualmente idóneas, bajo el principio de que, aun cuando no estén previstas expresamente, el que puede lo más puede lo menos–. El tipo concreto de medidas, igualmente, está determinada por la finalidad que se pretende alcanzar con la medida de coerción. BANACLOCHE sostiene, al respecto, que la suspensión temporal de las actividades sociales, dada sus graves consecuencias, sólo debería acordarse cuando se haya puesto claramente de manifiesto que la persona jurídica no tiene otro fin que el de servir de instrumento para el delito; pero si no es así, siempre será mejor el nombramiento de un interventor que posibilidad la continuidad de la persona jurídica o, en su caso, sometiénola a vigilancia judicial. Y, del mismo modo, antes que proceder a dicho nombramiento, habrá que ver si la finalidad coercitiva no se puede conseguir también simplemente clausurando

temporalmente determinados locales o instalaciones. No es lo mismo una persona jurídica creada para delinquir que obra que tiene actividad normal y bien asentada en el mercado. La medida coercitiva, como es lógico, deberá mantenerse mientras dure la causa que la motivó.

5.4.2. Las medidas coercitivas del artículo 105 del Código Penal

Desde el punto de vista material, el artículo 105 del CP, según el Decreto Legislativo 1351, de 07-01-2017, establece que la finalidad de las medidas contra las personas jurídicas (incorporada en el Capítulo de consecuencias accesorias) es prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma; y, las sanciones o medidas materiales que tal precepto prevé son las cinco siguientes: (i) clausura de locales o establecimientos, (ii) disolución y liquidación, (iii) suspensión de actividades sociales, (iv) prohibición de realizar actividades de aquellas vinculadas al delito perpetrado, y (v) multa.

Desde el punto de vista procesal, de la medida de coerción —que el artículo 313 del CPP denomina “preventiva” por su carácter mayormente interdictiva—, ésta es una medida satisfactiva o anticipatoria que exige, de un lado, (1) la sospecha razonable o suficiente (razonada atribución del hecho punible), con un remarcable nivel de probabilidad delictiva, en función a los medios de investigación allegados a la causa, de la realidad del delito y la vinculación o implicación de la persona jurídica en su realización, en cuya virtud la persona natural actuó en el ejercicio de la actividad de aquélla o utilizó su organización para favorecerlo o para encubrirlo. El análisis debe incidir, entonces, en la comisión de actos cometidos en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o en la perpetración de actos de favorecimiento o de encubrimiento del delito, es decir, se trata de tres supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible: uno referido a su ámbito de actuación y los restantes a su organización [GARCÍA CAVERO]—. De otro lado, (2) el peligro por la demora —mayormente, peligro de infructuosidad—, referido a evitar el ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida (función cautelar), la obstaculización probatoria que puede generar el control de la empresa por quienes estuvieron al tiempo del delito u otros vinculados a ella (función aseguratoria de la prueba), o la reiteración de los mismos delitos materia de procesamiento (función tuitiva coercitiva). Estos peligros, que han de ser concretos —con datos objetivos que revelen su probable acaecimiento— dicen de una necesidad impostergable de evitar la permanencia o la prolongación de los efectos del delito y, a partir, de ello, enervar el ocultamiento de bienes, la insolvencia sobrevenida o la obstaculización probatoria.

Cinco son los tipos de medidas coercitivas que pueden adoptarse contra las personas jurídicas: **1.** Clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos. **2.** Suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades. **3.** Nombramiento de un Administrador Judicial. **4.** Sometimiento a vigilancia judicial. **5.** Anotación o inscripción registral del procesamiento penal. Desde luego, el correcto juicio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad) determinará qué tipo de medida coercitiva es la que corresponde –en función a la naturaleza del delito, a los bienes jurídicos afectados, a los alcances de la conducta perpetrada, a las características de la persona jurídica involucrada, a los órganos societarios comprometidos, al beneficio económico ilícito obtenido, al estado de su organización al momento de dictarse la medida, etcétera– y, además, su temporalidad, que no puede durar más de la mitad del tiempo previsto en el artículo 105 del CP: entre cinco y dos años, o sea entre dos años y seis meses y un año, según los casos; con la excepción prevista para los delitos ecológicos en los que la medida coercitiva durará hasta que se subsanan las afectaciones al ambiente que determinaron la intervención judicial.

5.4.3. Las medidas coercitivas de la legislación sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

La Ley 31740, de 13-05-2023, que modificó la Ley 30424, de 21-04-2016, desde el punto de vista material, [1] adoptó una concepción amplia de la persona jurídica sujeta a la responsabilidad que prevé esta legislación –desde todo tipo de entidades de derecho privado a las organizaciones no gubernamentales, comités no inscritos y empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta, incluso las que surjan como consecuencia de una fusión o escisión y las personas jurídicas extranjeras–. Además, [2] estableció que la responsabilidad, por el bloque de delitos que se indicó oportunamente (delitos de contabilidad paralela, contra los bienes culturales, colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos, delitos aduaneros, delitos tributarios y terrorismo) tiene lugar cuando determinadas personas naturales los cometen en su nombre o por cuenta de ella y en su beneficio, directo o indirecto, en tres supuestos: (*i*) por sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados; (*ii*) por quien está sometida a la autoridad y control de los anteriores y cometió en delito bajo sus órdenes o autorización; y, (*iii*) por las personas señaladas en el numeral anterior cuando los principales indicados en el primer numeral incumplieron sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre ellos –ello significa que la

responsabilidad de la persona jurídica requiere de la intervención necesaria de un determinado sujeto individual a nivel puramente fáctico [GARCÍA CAVERO]—. Por último, [3] incorporó un modelo de atribución de responsabilidad por hecho propio, por defecto de organización, en cuya virtud la persona jurídica estará exenta de responsabilidad si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medias de vigilancia y control idóneas para prevenirlo o reducir significativamente el riesgo de su comisión, salvo cuando el delito proviene de quienes tienen capacidad de control sobre la persona jurídica, en cuyo caso se impondrá una sanción atenuada (ex artículo 12 de la Ley 31740, de 13-05-2023).

Las sanciones o “medidas administrativas” que pueden imponerse son las siguientes: **1.** Multa. **2.** Inhabilitación, que puede ser (*i*) suspensión de sus actividades sociales entre seis y dos años; (*ii*) prohibición de realizar actividades de la misma clase o naturaleza de las que fueron materia del delito, la que podrá ser temporal —entre uno y cinco años— o definitiva; y, (*iii*) prohibición definitiva para contratar con el Estado —que se impone obligatoriamente cuando el delito es cometido en el marco de un proceso de contratación pública—. **3.** Cancelación de licencias, concesiones, derechos u otras autorizaciones administrativas o municipales —que se impone obligatoriamente cuando el delito estuvo destinado o vinculado a obtención de las mismas—. **4.** Clausura de sus locales o establecimientos, temporal —entre uno y cinco años— o definitiva. **5.** Disolución —que se impone solo cuando la persona jurídica haya sido constituida y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito—. Además, conjuntamente y como consecuencia accesoria se impondrá el decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito cometido por el que se declare responsable a la persona jurídica (ex artículo 11 de la Ley 30424, de 21-04-2016, según el Decreto Legislativo 1352, de 07-01-2017).

Desde el punto de vista procesal, de la medida de coerción —que el artículo 313-A del CPP, incorporado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30424, de 21-04-2016, denomina impropriamente “cautelar” desde que son más las funciones que normativamente se le han reconocido—, ésta es en pureza una medida satisfactiva o anticipatoria que exige, de un lado, (**1**) la sospecha suficiente (razonada atribución del hecho punible), que en todo caso estará en función a los presupuestos materiales antes enunciados (marco amplio de determinación de las personas jurídicas, delitos específicos bajo el sistema de *numerus clausus*, intervención de determinadas personas naturales siempre el delito lo cometa en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en

su beneficio, así como una defectuosa organización). De otro lado, se requiere, como requisito ineludible, (2) el peligro por la demora –mayormente, peligro de infructuosidad–, referido a evitar los peligros de ocultamiento de los bienes o de insolvencia sobrevinida (función cautelar) y de obstaculización de la averiguación de la verdad que puede generar el control de la empresa por quienes estuvieron al tiempo del delito u otros vinculados a ella (función aseguratoria de la prueba). Omitió el artículo 313-A, segundo párrafo, del CPP contemplar la reiteración de los mismos delitos materia de procesamiento (función tuitiva coercitiva), la cual es una exigencia lógica y necesaria tratándose de un criterio de atribución en función al defecto de organización. Estos peligros, que han de ser concretos –con datos objetivos que revelen su probable acaecimiento–, como es propio de todo análisis para la viabilidad del peligrosismo procesal, dicen de una necesidad impostergable de evitar los riesgos que toda medida de coerción procura combatir. El elemento temporalidad de estas medidas satisfactivas o interdictivas está rigurosamente contemplado. Siempre han de durar no más de la mitad del tiempo fijado para las medidas temporales habilitadas, es decir, entre seis meses y dos años y seis meses, según los casos.

El mencionado artículo 313-A del CPP, en cuanto a la tipología de medidas coercitivas, arbitra siete. Cinco de ellas son las mismas que las contempladas en el artículo 313 del CPP: 1. Clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos. 2. Suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades. 3. Nombramiento de un Administrador Judicial. 4. Sometimiento a vigilancia judicial. 5. Anotación o inscripción registral del procesamiento penal. A tono con las nuevas sanciones incorporadas, se han incorporado dos medidas coercitivas específicas, solo susceptibles de ser aplicadas en el caso de esta legislación: 6. Prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas con cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito. 7. Suspensión para contratar con el Estado. Es de entender que uno de los elementos esenciales de toda medida coercitiva es su homogeneidad con la medida ejecutiva que corresponda –que muchos juristas la consideran como uno de los ámbitos de la principal característica de la medida de coerción: la instrumentalidad–, en cuya virtud ésta no constituye un fin en sí misma, sino que está necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso penal declarativo de condena (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica [ORTELLS]; ello exige que la medida sea idónea para salvaguardar la situación jurídica correspondiente, de suerte que debe examinarse en cada caso cuál ha de ser la medida adecuada [GARBERI]. Ello explica la introducción de dos nuevas medidas coercitivas: prohibición de actividades futuras y suspensión para contratar

con el Estado, como las más significativas. Pero, de otro lado, es de entender que se está ante especialidades coercitivas, lo que en modo alguno quiere decir que no son aplicables las demás medidas contempladas en el CPP de modo general (embargo, inhibición, incautación, etcétera) [TOMÉ GARCÍA].

5.4.4. Las medidas administrativas complementarias

El artículo 6 de la Ley 30424, de 21-04-2016, modificado por el Decreto Legislativo 1352, de 07-01-2017, bajo el rótulo “medidas administrativas complementarias”, instituyó una medida coercitiva interdictiva [BARONA], restrictiva de la libre gestión de una persona jurídica y con meros fines informativos –que no material o sustantiva–, cuando el peligro que pretende evitarse es distinto al estipulado en el artículo 253.3 del CPP: salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años. Esta medida, por consiguiente, está sujeta al presupuesto y requisitos propias de medidas de esta naturaleza (ex artículo 313-A del CPP). Se trata de intervenir la persona jurídica con el nombramiento de un interventor –facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones–; medida que puede comprender la totalidad de la persona jurídica o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Como medida de coerción rige la nota característica de variabilidad o provisionalidad. Esta medida es, propiamente, de intervención en información, que se corresponde, en lo pertinente, con los artículos 665 al 667 del Código Procesal Civil. Solo la puede pedir el Ministerio Público, y se dicta de pleno derecho, sin necesidad de traslado previo o audiencia.

5.5. Medida de coerción contra personas jurídicas en caso de responsabilidad administrativa

5.5.1. Concepto

Está prevista en el artículo 313-A CPP, introducido por la Ley 30424, de 21-4-2016. Es una medida real de carácter satisfactiva o anticipativa. Se impone: **1.** A las personas jurídicas en los casos de la legislación de la materia (Ley 304524, ya citada, Decreto Legislativo 1352, de 7-1-2017, y Ley 30835, de 2-8-2018), referida a determinados delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. **2.** Siempre y cuando el citado delito se comete tras ella, en su nombre o por su cuenta y en su beneficio, directo o indirecto (artículo 3 del Decreto Legislativo 1352).

5.5.2. Notas características

En cuanto a su identificación, son las cinco medidas previstas anteriormente (para el caso de la consecuencia accesoria del artículo 105 CP) –clausura temporal, total o parcial; suspensión temporal de actividades, total o parcial; nombramiento de administrador judicial; sometimiento a vigilancia judicial, y, anotación registral del procesamiento, a las que específicamente se agregan dos, solo para estos supuestos: prohibición de actividades futuras y suspensión para contratar con el Estado–.

En lo concerniente al presupuesto y requisitos para su imposición se requieren: **1.** Cuasi certeza –o sospecha fuerte– de comisión delictiva en función al artículo 3 del Decreto Legislativo 1352. **2.** Necesidad de hacer cesar la situación antijurídica o presencia de peligro de obstaculización o de reiteración delictiva.

En lo atinente a la temporalidad, solo pueden imponerse hasta la mitad del tiempo fijado por la ley para la sanción, entre uno y dos años y medio.

5.6. Medidas anticipadas, desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos

El desalojo preventivo y la pensión anticipada de alimentos son medidas satisfactorias o anticipatorias –medidas temporales sobre el fondo– de carácter excepcional (artículo 312 CPP). Estas y, en general, toda medida anticipativa o anticipatoria, en atención a sus características especiales, han de tener como presupuestos: **1)** la cuasicerteza del derecho y **2)** la necesidad impostergable de la víctima –así, artículo 674 CPC–; esto es, mayor entidad probatoria del *fumus* y un agregado especial respecto del *periculum* [RIVAS].

El CPP reconoce dos medidas anticipativas específicas y las medidas genéricas. Las primeras, buscan cubrir la responsabilidad pecuniaria por la comisión del delito, derivada, de un lado, de la necesaria atención a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo; y, de otro lado, el derecho a la restitución del bien como consecuencia de la pérdida de su posesión por un acto delictivo evidente. Las medidas genéricas expresan la necesidad de su imposición en la evitación de la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, y en la anticipación provisional de las consecuencias pecuniarias del delito.

El rasgo característico de estas medidas es su excepcionalidad, en cuya virtud solo se aplicarán si sus presupuestos específicos concurren en su máxima expresión acreditativa, siempre que otras medidas de coerción reales no puedan

ser aplicables. Además, ha de tomarse en cuenta los daños que puede generar en el afectado por la medida. La irreversibilidad debe contemplarse como un elemento de contrapeso a su aplicación, aunque debe estarse al juicio de necesidad respecto de la víctima y las necesidades del proceso.

En cuanto al ámbito propio de la pensión anticipada de alimentos, según el artículo 314 CPP, se debe imponer, en principio, respecto de cinco delitos: homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual y de violencia familiar, siempre y cuando hayan imposibilitado a los agraviados de obtener el sustento para sus necesidades. Rige en este ámbito el artículo 472 del Código Civil, que define el concepto de alimentos. La modalidad del pago, el monto de la asignación fijada, que ha de solventar el imputado o el responsable civil será por mensualidades, sin perjuicio que se descuenten una vez se dicte la sentencia firme. Se trata de un supuesto excepcional –que garantiza el eventual derecho de reparación de la víctima del delito– que se aplica en las siguientes circunstancias: (i) imposibilidad de los agraviados de obtener un sustento para sus necesidades, como es el caso de los hijos huérfanos por la muerte de sus padres; (ii) la incapacidad de trabajar del agraviado [SÁNCHEZ VELARDE]. Ambas circunstancias fácticas deben ser acreditadas por las partes, para que el pedido sea fundado.

De otro lado, con relación a la medida de desalojo preventivo, se trata de una medida de carácter urgente destinada a restituir la posesión que indebidamente ha sido usurpada al legítimo poseedor o propietario-poseedor de un bien inmueble. El presupuesto para su dictación es que exista un *fumus* y que se encuentre debidamente acreditado el derecho del agraviado. Aquí no se hace referencia al peligro de reiteración, sino a las consecuencias de mantener una situación hasta el momento de declarar definitivamente, por sentencia firme, que es delictiva [SHIAVO].

En cuanto al procedimiento, el fiscal o el agraviado solicitarán la medida al juez, quien, sin trámite alguno, deberá resolver el pedido en 24 horas. Aprobada la resolución, el juez está obligado a ordenar el desalojo preventivo, y tiene un plazo de 72 horas para ejecutar la medida. Esta solicitud se puede presentar tanto en la etapa de investigación preliminar como en la investigación preparatoria. Procede recurso de apelación, el cual tiene carácter suspendido. En un plazo de 24 horas se eleva el expediente a la Sala Penal, la cual resuelve en un plazo no mayor a tres días.

5.7. Secuestro conservativo

El artículo 312-A CPP, introducido por el D. Leg. n.º 1190, de 22-08-15 –norma que incluso adelanta la vigencia a nivel nacional de esa norma (en pureza para los distritos judiciales en los que aún no se aplica el Código Procesal Penal), así como de la suspensión preventiva de derechos, estatuida en los artículo 297 al 301 CPP, y las medidas preventivas contra las personas jurídicas del artículo 313 del indicado Estatuto Procesal–, incorpora la institución del denominado secuestro conservativo, que, en concordancia con el Código Procesal Civil, que lo tipifica como una medida cautelar con desposesión del bien de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez, a fin de asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial (artículo 643 CPC), en el caso del proceso penal se configura como una medida de coerción civil –asegura la reparación civil–, circunscripta a vehículos motorizados –motos, automóviles, camionetas, camiones, tractores, etcétera–. El secuestro conservativo, **primero**, recade sobre el instrumento del delito, pero es de naturaleza civil: el vehículo que ocasionó el delito respectivo y causó los daños pertinentes; **segundo**, importa el desapoderamiento a desposesión del vehículo y su entrega a un custodio, tercero distinto del titular del mismo; y, **tercero**, su finalidad es conservar dentro del patrimonio del imputado o del tercero civil el bien secuestrado a los efectos de la sentencia condenatoria –la reparación civil–.

Como regla general el secuestro conservativo solo puede recaer en vehículos motorizados de propiedad del imputado o del responsable civil, y busca cautelar o asegurar la reparación civil que corresponda cuando el delito causó daños resarcibles a la víctima. Esta medida importa la desposesión física del vehículo motorizado y su entrega a un custodio designado por el juez, obviamente a instancia de parte. Aun cuando la norma precisa que el sujeto legitimado es el fiscal, solo lo será cuando no la víctima no se ha constituido en actor civil, en cuyo caso es obvio que la legitimación la tiene esta última.

El apdo. 2, que comprende solo a los delitos de lesiones culposas o de homicidio culposo cometidos con el uso de un vehículo automotor de transporte público o privado, insiste en la legitimación del fiscal para solicitar el secuestro conservativo, salvo que la parte legitimada –el actor civil– lo haya solicitado previamente. La norma presentará problemas de aplicación, a menos que se interprete que el fiscal podrá garantizar la reparación civil hasta antes de que el perjudicado por el delito se constituya en actor civil. Por otra parte, el vehículo automotor afectado debe ser instrumento del delito y en este solo supuesto no se exige que sea de propiedad del imputado o del responsable civil, pues en el caso

del apdo. 1, de aplicación general, esta relación no es necesaria. Una tal exégesis, empero, podría afectar irrazonablemente el derecho de propiedad.

La solicitud de secuestro conservativo debe identificar el vehículo materia de dicha medida de coerción real. El juez la resuelve sin trámite alguno –no se corre traslado ni se cita para la realización de una audiencia–. El custodio que se designe no puede ser el propio imputado o un responsable civil. La impugnación, como regla general, solo procede una vez ejecutada la medida y luego de la notificación –dentro del tercer día–. Es inadmisibles cualquier pedido destinado, directa o indirectamente, a impedir o dilatar la concreción de la medida, por lo que es obvio estimar que la impugnación, aun cuando fuere sin efecto suspensivo, solo se tramita –se difiere su elevación al Tribunal Superior– ejecutado el secuestro conservativo.

Como se trata de una medida de coerción, es posible su sustitución o variación por una garantía dineraria o patrimonial –de un bien libre– que permita asegurar el pago de la reparación civil.

En los procesos por delitos de lesiones u homicidio culposo cometidos mediante vehículo automotor –y solo en esos casos–, cuando este resulta dañado considerablemente, se podrá entender el secuestro conservativo con otro bien que identifique el sujeto legitimado en una lógica proporcional a la magnitud del daño sufrido por el vehículo automotor y a lo que deberá pagarse, en su día, por concepto de reparación civil.

La entrega del vehículo automotor materia del secuestro conservativo está sujeto, como en los delitos de contrabando y tráfico ilícito de drogas, a la expedición de una sentencia absolutoria, de un auto de sobreseimiento o de un auto equivalente –que extinga la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia– firmes. Un tercer propietario del bien, ajeno al delito, ¿debe esperar a que concluya el proceso? Pareciera que esa es la intención de la norma, aunque no se prohíbe expresamente la posibilidad de desafectación del bien (artículo 624 CPC) o la interposición de una tercería excluyente de dominio; aunque, en clave restrictiva, puede interpretarse que la limitación solo funciona para el supuesto del apdo. 2, que no exige la titularidad del bien a cargo del imputado o del responsable civil.

Es interesante, aunque poco sistemático, establecer que, sin perjuicio del secuestro conservativo, el fiscal –ahora sí, correctamente porque se trata de consecuencias jurídico-penales– puede solicitar la imposición de las medidas de coerción de suspensión preventiva de derechos o preventivas contra las personas jurídicas.

PARTE SÉPTIMA

EL DERECHO PROBATORIO PENAL

LECCIÓN DÉCIMA NOVENA

ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL

I. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN

1. Definición

1.1. A. Concepto

La prueba, siguiendo parcialmente a GIMENO, es la actividad de las partes dirigida a ocasionar la acreditación necesaria (actividad de demostración) para que el juez decida sobre el mérito de los hechos que afirman (actividad de verificación), intervenida por el órgano jurisdiccional, bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad, inmediación y oralidad, así como de las garantías de defensa procesal, debido proceso, tutela jurisdiccional y presunción de inocencia, tendentes a asegurar su fiabilidad y espontaneidad e introducida, fundamentalmente, en el juicio oral, a través de medios lícitos de prueba. Debe quedar claro que lo que se prueba o se demuestra en el proceso jurisdiccional es la verdad o falsedad de los enunciados fácticos en litigio, tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles [TARUFFO]. En el caso del fiscal, la actividad probatoria está dirigida a acreditar la verdad respecto de una Proposición que afirma la existencia de un hecho delictivo [CHAIA]. El modelo probatorio nacional está basado en el principio de legalidad de la prueba, con base en el cual la prueba se configura como un instrumento de conocimiento regulado por la ley, principio que desde luego incluye la denominada “prueba atípica” en tanto que queda sometida a los requisitos establecidos en el artículo 157.1 del CPP [TONINI-CONTI].

Es de tener presente que cuando se pretende probar algo, siempre se plantean las mismas preguntas: qué debe probarse (fin de la prueba), cómo debe probarse (procedimiento de prueba) y en qué puede basarse la producción de prueba (medios de prueba). En el proceso penal para cada una de estas preguntas existen reglas jurídicas. El objetivo de la prueba siempre es (i) comprobar la verdad, hasta donde sea posible –bajo la premisa de que todos los hechos sobre

los que se funda la sentencia, que han de ser los relevantes, deben ser probados—, **(ii)** conforme a un procedimiento probatorio estricto —propio del juicio oral, basado como uno de sus ejes imprescindibles el agotamiento de todos los medios de prueba disponibles, especialmente aquellos cuyo empleo son próximos al hecho ya conocido— y **(iii)** un resultado probatorio valorado según el principio de la libre valoración [VOLK]. La necesaria presencia, aunque ahora relativizada, del principio o máxima de investigación por el de aportación de parte, determina el principio de la obligación o del deber de esclarecimiento [ROXIN—SCHÜNEMANN]. En tal virtud: **(i)** es el órgano jurisdiccional el que determina la extensión de la recepción de la prueba; **(ii)** éste debe hacer el esfuerzo por conseguir y que se actúe la mejor prueba posible; y, **(iii)** si conoce determinados datos a través de las actuaciones o por el mero desarrollo del proceso que se refieren a determinados medios de prueba y sugieren su empleo, debe producir estas pruebas, lo cual, como enfatizó el BGH Alemán, debe ponderarse con el mandato de celeridad [VOLK], criterios a partir de los cuales, sin duda, será del caso interpretar los alcances del artículo 385.2 CPP. No es aceptable sostener que porque las partes no aportaron pruebas pese a que la necesidad de esclarecimiento fluye de las propias actuaciones cabe fallar con el material probatorio debatido. El juez no puede permanecer pasivo en estas circunstancias.

Es de precisar, por lo demás, primero, que al Tribunal no le basta con lo afirmado por las partes, sino que debe constarle que lo que allí se alega se ajusta a la realidad, es decir, que esas afirmaciones son ciertas (o no lo son); y, segundo, que las pruebas deben referirse a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado a los mismos —esos son los hechos que deben probarse—, así como que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, puedan sostener un fallo condenatorio [Casación n.º 3-2007, de 07-11-07. En: ALVA/SÁNCHEZ]. En consecuencia, el tribunal no podrá tomar en cuenta, para la formación de su convicción judicial, aquellas informaciones o elementos del juicio que disponga de manera personal o aquellos que fueron aportados al juicio, pero fueron excluidos, por ejemplo, por tratarse de una prueba inconstitucional [FERRER].

Es menester recordar que en el proceso civil hay cuatro formas de fijar un hecho como cierto y que en el proceso penal es posible su aceptación: **a)** la admisión o conformidad de las partes, **b)** la notoriedad, **c)** la prueba y **d)** las presunciones [BANACLOCHE].

En relación a la admisión de los hechos, si bien se considera que la confesión del acusado no es prueba autónoma y que esta debe ser corroborada, la progresiva incorporación del principio del consenso y de algunas lógicas dispositivas en el

proceso penal ha provocado el proceso de terminación anticipada, el proceso por colaboración eficaz, el proceso inmediato, la conformidad procesal y las convenciones (artículo 350.2 CPP), en cuya virtud la aceptación del reo a los cargos del fiscal determina de uno u otro modo, con mayores o menores controles judiciales, la constitución de modalidades procesales simplificadas y soluciones rápidas al conflicto judicial.

En lo atinente a la notoriedad, el artículo 156.2 CPP estatuye que esta no es objeto de prueba, además, la aceptación de las partes acerca de un hecho como no necesitado de prueba permite considerarlo como notorio (artículo 156.3 CPP).

La prueba y la denominada prueba indirecta o indiciaria es materia de análisis en esta parte de las lecciones.

1.1. B. Adiciones

La prueba, a partir de lo expuesto, es una institución básica que atraviesa todo el proceso jurisdiccional. No solo constituye la esencia del proceso y abarca con mayor o menor influencia todo el ámbito del proceso [SERRA], sino que, además, se proyecta como derecho instrumental de varas garantías procesales constitucionales o derechos fundamentales procesales.

Existen tres conceptos clave en materia de prueba, que se conciben desde una perspectiva general: fuentes de prueba, medios de prueba y elementos de prueba, y que desde ya es del caso hacer mención concisa de ellos. **A.** Fuente de prueba, postulado por CARNELUTTI, es aquel dato (persona o cosa) que, existiendo con independencia del proceso, se incorpora a éste a través de los distintos medios de pruebas y son utilizados por el juez para llegar al hecho que se quiere probar: el objeto de la prueba. **B.** Medio de prueba, es un método, un instrumento procesal, previsto por la ley, utilizado para aportar al juez el conocimiento necesario para verificar las proposiciones realizadas en torno a los hechos ventilados en el proceso. **C.** Elemento de prueba, es la información obtenida del medio de prueba, que luego ha de ser valorada por el juez para obtener, finalmente, luego de su análisis individual y del conjunto del material probatorio disponible, el resultado probatorio.

Otras dos instituciones clásicas en la materia son: **A.** Órgano de prueba, que es la persona física que suministra la información o conocimiento acerca de los hechos relevantes del proceso (v.gr.: testigo, perito). **B.** Objeto de la prueba, que es el dato de hecho o circunstancia que ha de probarse y está en función a las afirmaciones de la acusación y de la resistencia de la defensa. **C.** Procedimiento

probatorio, que es el esquema diseñado para aportar los hechos –las afirmaciones sobre ellos– y acreditarlos con los medios que dispone la ley –el medio de prueba suministra los hechos fuente de la prueba–.

Desde una perspectiva general, la prueba es considerada como una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos, encaminada a obtener la verdad del enunciado fáctico propuesto. Desde una perspectiva jurídica, la prueba es la afirmación de unos hechos realizadas por las partes procesales (ellas, mediante sus afirmaciones trasladan los hechos de la realidad a la presencia judicial) que persigue acreditar la verdad de un enunciado fáctico y cuya obligación corresponde al juez decisor –supone una dualidad de personas: la que produce la afirmación inicial (partes procesales) y la que debe verificarla (juez). El esclarecimiento de la verdad es condición de la justa resolución de la causa [SERRA]. JEROME FRANK decía: “ninguna decisión es justa si se funda en los hechos erróneos”.

Existen, por tanto, siempre siguiendo a SERRA, dos periodos en la formación de la prueba: período de conversión y periodo de comparación. El primero consta, a su vez de dos fases: traslación –afirmaciones mediante o justificadas por los medios de prueba– y fijación –depuración de aquellas y la obtención del resultado probatorio mediante el empleo de la sana crítica racional. El segundo importa la confrontación del resultado probatorio de un medio de prueba con el conjunto del material probatorio disponible y, de este modo, como apunta FERRER, determinar el grado de confirmación que este resultado procura a las hipótesis (acusatoria y defensiva) en juego. El juez primero selecciona las pruebas o hechos probatorios (medios de prueba); segundo, formula una inferencia de determinada hipótesis a partir del material probatorio (por lo general desde de una inferencia probatoria epistémica, en tanto razonamiento inductivo, cuyo enlace es una máxima de la experiencia) –analiza en qué medida los elementos de prueba avalan la hipótesis que se quiere probar, cuyos elementos, en tanto inferencia probatoria, son la hipótesis (que es el hecho que se quiere probar), la información de la que se dispone (que es el material probatorio), y una relación entre la hipótesis y el material probatorio–; y, tercero, decide aceptar los hechos como probados. Es central, en todo este proceso, reconocer varios controles, tales como los referidos: (i) al control de racionalidad de la valoración de la prueba, (ii) al control procedimental –a partir del principio de contradicción–, y (iii) a la motivación o argumentación del juicio fáctico –que es un control *ex post*– [TARUFFO].

Por otro lado, las reglas sobre la prueba son de derecho procesal pues se refieren, no a la determinación de los delitos y las sanciones penales, sino a las normas dictadas para la comprobación de los delitos y de las múltiples

circunstancias que sirven para medir y aplicar las sanciones penales. Ese es su ámbito, desde que las normas sobre prueba proyectan sus consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso, incluidos los requisitos y efectos de dichos actos [MONTERO]. Dicho esto, es de reconocer que las normas sobre prueba tienen importantes interferencias con el Derecho penal sustantivo. Así: **1.** El Código Penal al definir los delitos, las causas de exclusión, de agravación y de disminución de la punibilidad, y las circunstancias agravantes o atenuantes en sus diversos niveles, indirectamente determina el objeto de la prueba en el proceso penal, de suerte que solo se prueba lo que tiene trascendencia o relevancia jurídica. Las normas materiales o sustantivas establecen consecuencias jurídicas partiendo de supuesto de hecho que contemplan de modo abstracto y general, de suerte que su aplicación por el juez y en el proceso concreto exige que en el mismo se haya probado un hecho que pueda integrarse en el supuesto de la norma. **2.** El Código Penal tiene contadas reglas de prueba (v.gr.: delitos contra el honor: imposibilidad de prueba de la verdad en el marco del artículo 135). **3.** Las reglas de prueba se aplican inmediatamente y están en función, no a la fecha de comisión del delito imputado, sino al momento en que se obtiene la fuente de prueba o se forma el medio de prueba (*tempus regit actum*, no *tempus commissi delicti*). **4.** La regulación sobre las pruebas debe operar por completo en la órbita del territorio nacional, incluso cuando se trata de los actos de cooperación judicial internacional.

1.2. Limitaciones. Relación prueba y verdad

Aceptado este concepto, es de afirmar que el derecho y el proceso reconocen tres tipos de limitaciones a la noción general de prueba jurisdiccional, que inciden de modo relevante sobre la relación entre prueba y verdad. El entendido de este reconocimiento es que la prueba no tiene una conexión conceptual con la verdad —que es un ideal inalcanzable—, pero sí teleológica; la aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba.

- A.** La primera limitación es aquella que impone el proceso en cuanto tal, fundada en el marco en que se desarrolla la actividad probatoria. Se trata del marco temporal en que debe desarrollarse y de la posibilidad reconocida a las partes de aportar medios de prueba a favor de su posición procesal o de determinar, a partir de sus alegaciones, los hechos que deberán ser probados en el proceso —el carácter desinteresado de la búsqueda de la verdad que se ve limitado por razones de la primacía de la garantía de defensa procesal—.

- B. La segunda limitación es la institución de la cosa juzgada, cuya función es poner un límite a la discusión jurídica a través del proceso jurisdiccional.
- C. La tercera limitación es la existencia de reglas jurídicas sobre la prueba. Son de tres tipos: reglas sobre la actividad probatoria, reglas sobre los medios probatorios, y reglas sobre el resultado probatorio. Las dos primeras no suponen un impedimento para que pueda atribuirse valor de verdad a los enunciados declarativos de hechos probados. La última define cómo se ha interpretar el material probatorio aportado al proceso –el principio de libre apreciación de la prueba exige una evaluación del material probatorio conforme a las reglas de la racionalidad general– [FERRER].

Del artículo 385.2 del CPP se desprende la naturaleza de la prueba en los procesos acusatorios de nuestra esfera de cultura: esclarecer la verdad en cuanto meta del proceso penal. La verdad es una cualidad de las descripciones o enunciados fácticos formulados por las partes, de su verdad o falsedad. La verdad, empero, es un ideal regulativo que orienta los comportamientos de las partes y del juez en las actividades enderezadas a la decisión sobre los hechos. Es de asumir la noción de verdad como correspondencia, que se remonta a ARISTÓTELES; luego, la función de la prueba no es persuasiva, que apunta a una concepción retórica de la prueba –muy propia del rol de los abogados y que busca persuadir al juez de la corrección de sus razones–, sino epistémica, propia del juez, en tanto en cuanto es el instrumento de que se sirve para conocer la verdad, ese es su deber: comprobar la verdad. La concepción jurídica tras esta concepción no es la adversarial ni la narrativista –sostenidas por ROSCOE POUND (resolver el conflicto con eficacia, en una lógica de ganador y vencedor) y JEREME BRUNER (mejor explicación y coherencia de la narración –*storyelling*–), respectivamente–, sino la cognoscitivista, en cuya virtud el proceso está orientado a resolver controversias con decisiones en que el Derecho es correctamente aplicado a los hechos que han dado lugar al conflicto, por lo que el juez debe verificar que un hecho específico se corresponde al tipo de hecho (*fattispecie*) definido en la premisa de la norma [TARUFFO].

1.3. Principios de la actividad probatoria

Por otro lado, dos principios han de reconocerse:

- A. La actividad que se cumple para llevarla a cabo, la actividad probatoria –en cuanto conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimiento o intelectuales–, está regulada por la Constitución, los tratados

correspondientes y por la ley, en especial el CPP —es lo que se denomina el procedimiento de prueba legal—. Así lo dispone el artículo 155.1 CPP: los medios de prueba previstos en la ley han de introducirse al juicio oral del modo legalmente previsto.

- B.** Rige el principio de aportación de parte, como regla del juicio oral, está reconocido en el artículo 155.2 CPP: la prueba se admite por el juez a solicitud de las partes procesales. El juez es el receptor de la prueba. Ello, no obstante, debe matizarse intensamente por la vigencia del principio de oficialidad, dado el interés público que existe en que se persiga y castigue al culpable de un delito, lo que en buena cuenta ratifica uno de los rasgos propios del proceso penal: posibilidad del juez de ordenar prueba de oficio [BANACLOCHE].
- C.** La necesidad de la prueba es un principio necesario, en cuya virtud todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser acreditado no solo mediante pruebas introducidas legalmente al mismo con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el juez. Esto impide, desde luego, que sea oficiosamente el mismo juez quien formalmente introduzca el material probatorio, pero no podría suplirlo por su conocimiento privado [JAUCHEN]. La regla se encuentra en el artículo 156.1 del CPP: hechos en función a la responsabilidad penal y determinación de la sanción penal, así como los referidos a la responsabilidad civil. Una ligera excepción, limitada por el principio cognoscitivo, es la convención probatoria, que debe circunscribirse a las circunstancias del hecho principal y, en todo caso, si la prueba actuada enerva esa convención debe optarse por lo que arroje la prueba actuada.

Entre los hechos que necesitan ser probados, como dicen ROXIN-SCHÜNEMANN, son los directos, los indicios y los que ayudan a la prueba. La base es que el hecho a probarse es aquel del cual emana o del cual depende el derecho que se discute y que puede en consecuencia influir en la decisión —el injusto penal— [ALSINA]. El primero —hecho directo— es el que se refiere y justifica la punibilidad —está fijado en el tipo delictivo— o la excluyan. El segundo —indicio— es un hecho distinto del que se deriva una conclusión de un hecho directamente importante. El tercero —hecho que ayuda a la prueba— es un hecho que admite una conclusión acerca de la calidad de un medio de prueba (v.gr.: prueba acreditativa de la memoria o visión de un testigo). Las excepciones al deber de probar están contempladas en el artículo 156.2 del CPP: máximas de la experiencia, leyes naturales, norma jurídica vigente, cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

Un punto importante es la prueba de los hechos subjetivos, en especial de la intención. Es claro, como expresa VOLK, que para la prueba de los elementos subjetivos no rigen las mismas reglas que para probar la vertiente objetiva de un hecho; además, el Derecho procesal penal no diferencia entre hechos internos y hechos externos y los regula de modo unitario, aunque en la praxis sí se produce tal diferencia. De igual manera, se acepta comúnmente que la verdad debe ser inferida recurriendo a indicios en la prueba de los elementos subjetivos –a partir tanto (i) de la conducta externa del agente al que se atribuyen como (ii) de las que circunstancias del contexto: principios de la experiencia general (STSE de 20 de julio de 1990)–, mientras que en la prueba de las cuestiones objetivas los elementos decisivos pueden comprobarse directamente. En la prueba por indicios se pasa de un hecho auxiliar (el indicio) a un hecho principal por medio de las reglas de la sana crítica (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos).

El dolo es susceptible de ser probado, pues no solo tiene conceptos teóricos propios de una teoría sino también elementos de observación, de suerte que las reglas de asignación –que vinculan el concepto con la prueba– son factibles de ser utilizadas exitosamente, para los que rigen criterios específicos de naturaleza jurídico-penal. La prueba de los hechos psíquicos es una operación cognoscitiva –que describe realidades–, no un asunto normativo –que, como dice HART, adscribe responsabilidad–, pertenece a la esfera de la verdad y la falsedad –la prueba de la intención es descubrimiento no imputación, y los criterios de prueba se orientan a la verdad de la atribución–. Se utiliza, con este propósito, un razonamiento inductivo o hipotético, a fin de considerar que la conclusión es razonable a la luz de las premisas. Las reglas o indicios-tipo no son reglas de imputación de carácter normativo y ajena a fines cognoscitivos, sino, al contrario, criterios de descubrimiento, algo así como “recetas” que tienen a mostrar la corrección de nuestra atribución desde el punto de vista de una de la verdad como correspondencia, desde el principio de racionalidad mínima –las intenciones son estados mentales subjetivos que se ajustan a ciertos de racionalidad, y las reglas de la racionalidad pueden considerarse como pautas intersubjetivamente compartidas–. El fundamento de estas recetas se basa en su éxito en el pasado como razonamiento cotidiano cada vez que se atribuye intenciones a los demás [GONZÁLEZ LAGIER].

1.4. Actividad probatoria

En función a la noción de prueba, la actividad probatoria puede definirse como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba [CAFFERATA].

En cuanto a la destinación de la prueba, ya aclaró FLORIÁN que no es de recibo sostener que la prueba se hace exclusivamente para el juez y de que la prueba solo se dirige al juez, es decir, que el juez es el único destinatario de la prueba. En el proceso acusatorio moderno, con la intervención objetiva del Ministerio Público, (i) el ofrecimiento probatorio de todas las partes –bajo la lógica del principio de aportación, sin perjuicio de la primacía del principio de investigación–, (ii) las críticas a las pruebas planteadas por las contrapartes, (iii) la formación contradictoria de las pruebas, (iv) las alegaciones sobre el resultado probatorio, así como (v) que las pruebas deben presentarse con las debidas formalidades, más bien apunta a considerar que la prueba está dirigida a todos los sujetos procesales (partes y juez), y, por lo general, en virtud de la fuerza de las cosas, principalmente al juez, en cuanto él es el encargado de verificar las afirmaciones fácticas de las partes.

En el sistema acusatorio, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, la iniciativa de la actividad probatoria incumbe a las partes; y, excepcionalmente, la prueba puede ser introducida por el juez decisor. Ello traduce la primacía del principio de investigación por sobre el de aportación, aunque muy relativizado en nuestro ordenamiento procesal. Apunta GÓMEZ ORBANEJA que en el sistema acusatorio el Ministerio Público somete a la decisión del órgano jurisdiccional un determinado “objeto”, pero ello no significa que las partes puedan restringir, mediante su actividad probatoria y alegatoria, elementos objetivos y subjetivos de la decisión judicial ni tampoco deducir a voluntad suya el objeto exclusivamente con vistas a un determinado efecto de Derecho penal sustantivo. Al respecto la máxima *ne procedat iudex ex officio* quiere decir que no puede haber juicio, ni, por tanto, recaer sentencia, sin que el fiscal, introduciendo la pretensión, lo pida; pero no que el órgano jurisdiccional queda vinculado a las calificaciones jurídicas de las partes ni al material de hecho que las partes aporten. El juez está obligado a consignar y considerar todas las circunstancias jurídicamente relevantes, con independencia de la iniciativa las partes.

Es de insistir que el juez tiene el “deber de esclarecimiento”, que está en función al objetivo del procedimiento: llegar a una sentencia fundada en la verdad, justa y que cree paz jurídica [VOLK]. El juez no puede ser ajeno al hallazgo de la verdad; el esclarecimiento que persigue el proceso penal debe ser completo y en todas las direcciones, siempre desde los marcos del concepto procesal de hecho;

esto es, el comportamiento completo del imputado, en tanto forma una unidad con el acontecimiento histórico presentado al órgano jurisdiccional por el Ministerio Público en su acusación, según el entendimiento de la vida, lo que lo aparta de la teoría del concurso del Derecho penal material y de los estrechos límites de la conducta delineada en un concreto tipo delictivo [ROXIN-SCHÜNEMANN]. Solamente es procesalmente relevante aquello que resulta considerable para la sentencia desde la justicia del caso concreto. El juez determina la extensión de la prueba; no está obligado a considerar los intereses ni deseos de las partes procesales, pero debe garantizar el esclarecimiento de las circunstancias incriminantes y desincriminantes, desde las exigencias de pertinencia, utilidad y conducencia (artículo 352.5 CPP). El juez deba hacer un esfuerzo porque se obtenga la mejor prueba posible, de suerte que al conocer los hechos que refieren a determinados medios de prueba y sugieren su empleo, debe producir estas pruebas. De este modo está orientado el CPP en el artículo 385.2.

2. Función

La función de la prueba es averiguar la verdad material u objetiva de los hechos –entendida como aquel suceso procesal concreto, que ha sucedido en la realidad [GÖSSELL], con el fin de formar la convicción del tribunal. La prueba sirve para convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho, cuya exacta indagación es presupuesto de justicia. Los artículos 65.2 –modificado por Ley n.º 30076, de 19-08-13– y 385.2 CPP son especialmente relevantes. El primero, hace mención, en relación a la labor del fiscal, a su actuación objetiva en la indagación de los hechos, por lo que debe incorporar datos de cargos y de descargo, sin omitir nada relevante. El segundo, destaca la misión del juez decisor: debe –desde las postulaciones y la actividad de demostrar de las partes– acreditar los hechos juzgados y lograr el esclarecimiento de la verdad. En consecuencia, el derecho de prueba está sometido al principio de la investigación de la verdad material, la reconstrucción de los hechos debe realizarse con fidelidad histórica, tal como lo exige el interés público, exigencia que se extiende tanto al problema de qué hechos han de probarse cuanto a la cuestión con qué medios [BELING].

Debe diferenciarse, sin embargo, entre lo que la doctrina alemana –siguiendo a Ditzgen– denomina prueba solemne o rigurosa y prueba libre. La primera –prueba rigurosa– comprende las exigencias necesarias para la comprobación de los pormenores del hecho, de la culpabilidad y de la medida de la pena (cuestión de la culpabilidad y de la pena) –son los que aparecen en el silogismo básico de la sentencia–. En este sentido se requiere, de un lado, invocar los medios de prueba legalmente previstos y,

por otro, utilizarlos conforme a las reglas establecidas en la Ley procesal, esto es, han de ser adecuadamente practicados –al igual que las fuentes de prueba han de ser obtenidas debidamente–.

La segunda –prueba libre– permite al Tribunal que pueda cerciorarse de cualquier forma –sin las exigencias de la prueba rigurosa–, y se circunscribe a la comprobación de aquellas circunstancias relevantes desde el punto de vista procesal, referidas **(i)** al proceso mismo, *ius procedendi* –relación procesal, formación del proceso, la detección de vicios procesales–, y **(ii)** para la constatación de los presupuestos procesales –siempre que no sean relevantes para las cuestiones de culpabilidad y de la pena–, así como **(iii)** para las decisiones propias de las etapas o fases de investigación preparatoria e intermedia –comprobación de los hechos de mera relevancia procesal, con exclusión de los hechos para la sentencia sobre el fondo [BELING]. En este último caso –por ejemplo, causas de recusación, causas para negar un testimonio o informe pericial–, la labor de adquisición del conocimiento –o, mejor dicho, el modo de comprobar el hecho– no tiene las exigencias de la prueba rigurosa, el juez se puede cerciorar de cualquier forma –no necesariamente a través de medios de prueba– y, en muchos casos, basta la mera justificación [ROXIN]. En este último caso, por ejemplo, para la recusación o para la abstención de declarar, en clave de justificación, es suficiente la mera probabilidad.

3. El derecho a la prueba

El derecho a la prueba integra la garantía de defensa procesal. Se define este derecho como el poder jurídico que se reconoce a toda persona que interviene en un proceso jurisdiccional de provocar la actividad procesal necesaria –utilizar los medios de prueba necesarios– para lograr la convicción del órgano jurisdiccional acerca de la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso.

Su ámbito de aplicación específico se circunscribe a las etapas intermedia y de enjuiciamiento –comprende, desde luego, las solicitudes de prueba anticipada, que muy bien pueden requerirse en sede de investigación preparatoria (artículo 242.1 CPP)–. Los actos de investigación no son prueba, por lo que el derecho a la prueba no lo comprende, aunque su desestimación irrazonable o arbitraria puede afectar su entorno jurídico y, en consecuencia, la propia garantía de defensa procesal. El artículo 337.4 CPP reconoce a los sujetos procesales la facultad de ofrecer diligencias de investigación, cuya inadmisión puede generar la intervención del juez de la investigación preparatoria (artículo 337.5 del CPP).

El derecho a la prueba –atento a su dimensión constitucional– presenta, según lo precisado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*), una doble vertiente: objetiva y subjetiva. Objetivamente, constituye como derecho fundamental una garantía esencial del ordenamiento jurídico, en el que se inserta con fuerza vinculante. Subjetivamente, atribuye a la persona el poder de ejercitarlos y de reclamar su debida protección [PICO I JUNOY].

La vertiente objetiva del derecho a la prueba comporta cuatro consecuencias: **1.** Necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias, de suerte que permitan la máxima actividad probatoria de las partes. **2.** Necesidad de realizar una interpretación restrictiva de las normas que limitan el derecho a la prueba, en cuya virtud los límites deben encontrar una justificación en un bien, interés o derecho constitucionalmente reconocido, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria. **3.** Subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria, en tanto no suponga una ruptura de la regularidad del proceso, por lo que un defecto subsanable no puede convertirse en insubsanable por desidia del órgano jurisdiccional sin permitir a la parte solicitante su subsanación. **4.** Irrenunciabilidad del derecho a la prueba, es decir, la prueba no es disponible por las partes; todo pacto que suponga una limitación irrazonable a su ejercicio e impida la meta de esclarecimiento del proceso carece de eficacia jurídica.

La vertiente subjetiva comprende tres derechos: **1.** A la admisión de la prueba, por lo que toda prueba que cumpla con los límites intrínsecos –inherentes a la actividad probatoria– y extrínsecos –consustanciales a los requisitos legales de proposición– debe ser admitida sin más. **2.** A la práctica de la prueba admitida, pues de no ser así se incurriría en una denegación tácita del citado derecho; corresponde al órgano jurisdiccional desarrollar toda la actividad necesaria para no frustrar la práctica del medio de prueba ofrecido, así como asegurar el derecho de las partes a estar presentes en su actuación e intervenir activamente en su desarrollo. **3.** A la valoración de la prueba practicada, de modo que si no se aprecia –interpreta y valora la prueba en cuestión– se incurre en una violación de este derecho y del correspondiente de motivación; las pruebas se han de analizar individual y conjuntamente, con mención y justificación de los motivos de convicción que ha producido.

El derecho a la prueba, como todo derecho fundamental, no tiene un carácter absoluto. Tiene límites intrínsecos y extrínsecos. El primero se refiere a los presupuestos o condiciones que por su naturaleza debe cumplir con toda prueba: pertinencia, utilidad y necesidad –los dos primeros actúan en la fase de admisión, mientras que el último en la fase de práctica o ejecución de la actividad probatoria–, y desarrollo se hará en otro apartado.

El segundo límite, extrínseco, da cuenta de los cauces y formas procedimentales para su debido ejercicio; son requisitos legales para la proporción de la prueba. Son de dos órdenes: genéricos y específicos. Los primeros –tres en total– afectan a cualquier medio de prueba; **1.** Legitimación para la prueba, que se adhiere por el mero hecho de ser parte procesal. **2.** Temporalidad, esto es, la prueba debe ofrecerse en el momento procesal oportuno, y cumpliendo además los requisitos de forma y de lugar legalmente establecidos. **3.** Licitud o legitimidad, por lo que la prueba no ha de estar contaminada con una vulneración constitucional o que infrinja de modo grave las normas de legalidad ordinaria que garanticen su debido ejercicio y tutela.

Los límites específicos están circunscritos a concretos medios de prueba. Cada medio de prueba contempla requisitos para su admisión y actuación con algún nivel de singularidad, por lo que al cumplimiento de los requisitos genéricos han de agregarse la observancia de los requisitos específicos. Este sería el caso, por ejemplo, de los testigos sujetos a alguna restricción al deber de declarar –secreto profesional o de Estado–.

4. Regulación de la prueba

En el CPP la regulación de la prueba tiene las siguientes variables. Está incorporada en la Sección II “La Prueba” del Libro II “La actividad procesal”.

Consta de 97 artículos, del 155 al 252 CPP. La indicada Sección se subdivide en cinco grandes títulos:

- A.** Preceptos generales (artículo 155-159: 5 artículos).
- B.** Medios de prueba (artículo 160-201: 42 artículos), que comprende seis capítulos, dedicados a la confesión, testimonio, pericia, careo, documental y otros medios de prueba –con tres subcapítulos: reconocimiento, inspección ocular y reconstrucción, y pruebas especiales–.
- C.** La búsqueda de pruebas y restricción de derechos (artículos 202-241: 40 artículos), que comprende nueve capítulos, dedicados a los preceptos generales, control de identidad y videovigilancia, pesquisas, intervención corporal, allanamiento, exhibición e incautación –con dos subcapítulos: exhibición e incautación de bienes, y exhibición e incautación de actuaciones y documentos privados–, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, y clausura o vigilancia de locales e inmovilización.
- D.** Prueba anticipada (artículos 242-246: 5 artículos).
- E.** Medidas de protección (artículos 247-252: 6 artículos).

II. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA

1. Objeto de la prueba

Es el tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. El objeto de la prueba, en cuanto a su contenido, viene referido a las realidades –hechos– que, en general, pueden ser probadas en el proceso penal, realidades fundamentalmente fácticas –esto es, acontecimientos de la vida individual y colectiva–. En el proceso penal, los que pueden probarse son [CAFFERATA]:

- A.** Los hechos entendidos como acontecimientos de la vida individual y colectiva son fundamentalmente y, en primer lugar, aunque no solo, los que constituyen el objeto del proceso: los hechos imputados y sus circunstancias, así como también los referidos al grado de participación, a la culpabilidad, a la responsabilidad, entre otros. De igual modo, podría pretenderse, en segundo lugar, la prueba de los hechos que eliminan o restringen la culpabilidad o la punibilidad; y, por último, la prueba de la extensión del daño. Así, artículo 156.1 CPP.

En esta perspectiva, la actividad probatoria puede centrarse: **a)** en los hechos principales o hechos inmediatamente relevantes para la determinación de la cuestión de la culpabilidad o de la pena –elementos típicos de la ley–; y, **b)** en los indicios, que permiten solamente la conclusión de hechos principales mediante principios de experiencia –en este caso se requiere un mayor número de pasos deductivos– [SCHLÜCHTER].

- B.** Las máximas de la experiencia –son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto y conquistados por la experiencia [VIADA-ARAGONESES]– también pueden ser objeto de la prueba, siempre naturalmente que sean pertinentes en relación con la materia del proceso y relevantes en la posible decisión. Debe, por consiguiente, matizarse la regla rígida de prohibición de prueba de las máximas de la experiencia del artículo 156.2 CPP. De igual manera se habrá de proceder respecto de los hechos notorios –en tanto hecho generalmente conocido–: sucesos de la naturaleza, acontecimientos históricos, hechos locales para una población determinada; Viada Aragoneses los define como verdades científicas, históricas, geográficas, así como los hechos evidentes o axiomáticos–. La jurisprudencia alemana incorpora los denominados hechos notorios judiciales: lo que el juez llega a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial, tales como

constataciones hechas en las sentencias de otros jueces. En todos estos casos la práctica de la contraprueba no es imposible, en tanto una de las partes niega tal condición o que tal notoriedad es inexistente [ROXIN]. En síntesis, el razonamiento judicial no debe vulnerar las reglas de la lógica ni las máximas de la experiencia [RQE n.º 85-2013/Lima, de 12-11-13 y RQ n.º 154-2013/Cusco, de 22-08-13].

- C. Los hechos auxiliares. Son los hechos o circunstancias tendientes a la mejor valoración de otras pruebas. Son los hechos que ayudan a la prueba (v. gr.: relaciones entre imputado y testigo de descargo, estado de salud del testigo: su visión o memoria).

2. Libertad de prueba

2.1. Regla general

La regla en el proceso penal es que todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba [CLARIÁ], la cual se justifica por la necesidad de alcanzar la verdad sobre los cargos imputados –pero no de cualquier modo y a cualquier precio–, que se extiende al objeto y a los medios de prueba.

2.2. Objeto de la prueba

El objeto de la prueba responde a la pregunta ¿qué puede ser probado en juicio? La respuesta más genérica incide en que se prueba los datos jurídicos que contienen los pedidos deducidos en juicio, puesto que en sede de enjuiciamiento existe una regla, que fluye de una interceptación sistemática del sistema procesal, en el sentido que el juez desconoce los hechos que le son presentados por las partes [KLIPPEL/ADOMIAS].

En cuanto al objeto de la prueba, como consecuencia de la máxima de investigación o instrucción, todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial, deben ser probados, en tanto sean pertinentes y no versen sobre temas legalmente prohibidos (por ejemplo, prueba de la verdad en determinados ámbitos de los delitos contra el honor: artículo 135 CP).

Un principio general es, entonces, que el juez no puede tomar en cuenta ningún hecho del que haya tenido noticia privada y que no haya sido debidamente probado. Empero, se reconocen excepciones en cuya virtud el juez puede tomar en cuenta hechos que no fueron probados y obtener conocimiento de esos hechos a partir de su cultura personal [TARUFFO]. Se trata de los llamados hechos notorios,

que no se prueban (*notoria non egent probatione*: los hechos notorios no necesitan ser probados). Pueden definirse como aquellos acontecimientos singulares que se denuncia en forma particular y circunscrita, cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se hace la decisión [LEONE].

Se rechaza una solicitud de prueba no solo por notoriedad del hecho afirmado, sino también por ser notorio lo contrario a la afirmación de la prueba. Como pueden tildarse de 'notorios' los hechos generalmente conocidos, a ellos pertenecen los sucesos de la naturaleza y los acontecimientos históricos, así como los hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables, que pueden ser descubiertos por cualquiera a través de las vías ordinarias de conocimiento – enciclopedias, por ejemplo–. También lo son los hechos notorios judiciales, es decir, todo aquello sobre lo que el juez llegó a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial; acontecimientos que han constituido el fundamento de la decisión, de forma siempre invariable, en un gran número de procedimientos penales –constataciones hechas en las sentencias de otros jueces–.

También se excluye de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, cosa juzgada y lo imposible. **A.** Las máximas de la experiencia: no son hechos, sino criterios o juicios de carácter abstracto y general, que pueden ser aplicados a una serie indefinida de casos. **B.** Las normas jurídicas vigentes: el juez debe investigar y aplicar las normas en vigor, no solo sin necesidad de que las partes las prueben, sino incluso sin necesidad de que las aleguen; su conocimiento es impuesto al juez (*iura novit curia*), por el derecho no se afirma sino se invoca. **C.** Las leyes naturales: forman parte de los conocimientos propios de una persona del nivel cultural del juez; si se requiere formación especializada para conocerlas y aplicarlas, se recurre a la prueba pericial. **D.** Lo imposible: es lo inexistente de aquello que se propone como prueba, o que siendo admisible no es posible su demostración, probar algo contrario a una ley natural o a una regla de la experiencia, o existe prohibición legal. **E.** Lo evidente tampoco requiere actividad probatoria específica, pues se demuestra por sí mismo, al ser un hecho que produce certeza con su simple percepción; solo constituyen objeto de prueba aquellos hechos que puedan dar lugar a duda, esto es, que exijan una comprobación [MANZINI].

Asimismo, otro tipo de conocimiento que el juez puede usar sin una prueba específica son los estándares de la experiencia común y de la cultura promedio en los que puede basarse para fundar inferencias y valorar pruebas [TARUFFO].

2.3. Medios de prueba

La regla importa que no está legalmente delimitada la utilización de un medio de prueba determinado para probar un dato fáctico específico, sin perjuicio de su legalidad, eficacia y garantías del correcto y más sólido esclarecimiento del hecho a probar (artículo 157.1 CPP). Con tal fin se puede utilizar los medios típicos y, por excepción, en función a su necesidad y seguridad, los atípicos. No pueden emplearse medios de prueba que importen incorporar fuentes de prueba obtenidas inconstitucionalmente ni con vulneración de la libertad y autodeterminación de los órganos de prueba (artículo 157.3 CPP); no rigen las limitaciones propias del proceso y de las leyes materiales civiles, salvo en lo concerniente al estado civil y la ciudadanía de las personas (artículo 157.2 CPP).

Frente al concepto de fuentes de prueba –que luego se explicará con mayor detalle–, que tiene un carácter extraprocesal y anterior e independiente del proceso, así como se refieren a cualquier elemento de la vida que proporcione una información, y, por tanto, son ilimitadas, los medios de prueba no siempre pueden adaptarse adecuadamente a los avances sociales y científicos, el CPP acepta en el apartado 1 del artículo 157 la posibilidad de admitir que algunas de las fuentes de prueba ser introducidas a través de medios no contemplados en la Ley. Se admiten, entonces, de fuentes de prueba por medio de procedimientos no desarrollados en la ley, “...siempre y cuando no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley”; esto es, que garanticen la fiabilidad de la información, su integridad y la contradicción [ASENCIO].

Cabe precisar que rige la noción de “comunidad de la prueba”, en cuya virtud cada una de las partes puede utilizar, en su beneficio del interés o pretensión planteada, los medios de prueba y elementos introducidos por la actividad de la otra, incluso la prueba de oficio. Una vez admitido un medio de prueba su ejecución no puede ser impedida sin un fundamento razonable; y actuado el medio de prueba, su valoración si es decisiva, sin interesar la parte que lo propuso, no puede dejar de realizarse.

3. Objeto concreto y carga de la prueba

3.1. Objeto concreto de la prueba

El objeto de la prueba está constituido por las afirmaciones sobre los hechos que las partes procesales han presentado en la etapa intermedia. Con

ello se delimita el *thema probandum*, que es lo que debe probarse en un proceso determinado y concreto, y que establecerá la medida de la pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos por las partes.

La prueba se ha de referir a todos los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, que se denomina prueba de cargo. En consecuencia, para dictar una sentencia condenatoria se debe probar la existencia de todos los elementos del tipo delictivo y de la participación del acusado, los hechos que integran los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate, los que determinen la apreciación de circunstancias penalmente relevantes –se incluyen los hechos que implican una agravación del delito [BANACLOCHE]– y los relativos a la participación en tales hechos del acusado, así como la afirmación de los hechos que se refieran a la punibilidad y a la determinación de la pena o medida de seguridad [NEYRA].

También es posible que se introduzcan afirmaciones sobre hechos impeditivos, extintivos, excluyentes y, a partir de ahí, proponer y practicar prueba sobre ellos, y negar los hechos constitutivos, que es lo que se denomina prueba de descargo. Es claro que el acusado no debe probar su inocencia, sino únicamente aquellos hechos que introduce en su defensa y que le pueden beneficiar; además, puede tener interés en probar otros hechos que contradigan la hipótesis acusatoria formulada por la acusación (contraindicios) [BANACLOCHE].

A final de cuentas, las exigencias del proceso jurisdiccional penal estriban en la necesidad de que lo que el juez declare probado coincida con la verdad de lo ocurrido; esto es, que los enunciados declarados probados sean verdaderos, y los enunciados falsos no se declaren probados [FERRER].

3.2. Carga de la prueba

La noción de “carga de la prueba” –de inspiración romana y desarrollada a partir del artículo 1315 del Código Civil Francés– es doctrinariamente muy discutida por su anclaje inicial en el sistema de prueba legal [NIEVA], particularmente en el proceso penal que está informado por la garantía de presunción de inocencia, en cuya virtud la finalidad de la acusación, a cargo del Ministerio Público, es romper esa presunción con material probatorio suficiente que demuestre la culpabilidad del acusado [BANACLOCHE]. Por tanto, como afirmaba FENECH, la noción de carga de la prueba se reconduce al problema de la falta de prueba, y va estrechamente unida al de la determinación de los hechos ciertos e inciertos, de la que depende el contenido de la declaración jurisdiccional que será plasmada en la sentencia.

Sin embargo, en el proceso penal no es posible hablar de carga de la prueba en sentido de reparto de papeles probatorios entre las partes, como en un proceso dispositivo –típico del civil, carga de la prueba en sentido formal–. No obstante, en virtud de la garantía de presunción de inocencia, según ya se tiene explicado, (1) la prueba del hecho criminal atribuido al imputado corresponde obviamente al Ministerio Público –hechos constitutivos de la pretensión acusatoria–, lo que impide asumir la noción de carga de la prueba que se asienta en la idea de facilidad probatoria, es decir, para cuál es de las partes era más sencillo acreditar un hecho [NIEVA]; y, (2) si el imputado alega hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad, la punibilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos o que extinga el delito (hechos impeditivos, excluyentes o extintivos), a él le corresponde acreditarlos, [BARONA], siempre que estén probados los hechos constitutivos, al igual que los contraindicios [BANACLOCHE], pues de lo contrario sería condenado (cfr.: STCE 1458/2000, de 28 de septiembre, y STSE de 18 de noviembre de 1987).

Es de entender que la garantía de presunción de inocencia es un derecho de todo imputado en un proceso penal a ser tenido y tratado como inocente mientras su culpabilidad no sea acreditada en el correspondiente proceso. Su inclusión fue parte de los postulados fundamentales que presidieron la reforma del sistema represivo emprendida por la revolución liberal del siglo XVII, que se consagró en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano. Esta fórmula prevé un doble significado, en tanto “derecho natural, inalienable y sagrado del hombre”: por un lado, regla procesal según la cual el acusado no está obligado a brindar pruebas de su inocencia, pues ésta se presume de antemano (“*etant présumé innocent*”); y, por otro lado, principio que impide la adopción de medidas restrictivas de la libertad personal del imputado antes del reconocimiento de la culpabilidad, salvo los casos de absoluta necesidad (“*pour s’assurer de sa personne*”) [GOMES FILHO].

Lo que, en todo caso, establecería la noción de carga de la prueba es la determinación sobre quienes deben recaer las consecuencias negativas de la insuficiencia probatoria –se dice que ésta sería la noción material de carga de la prueba–. Empero, la insuficiencia o la duda (*in dubio pro reo*, que está incorporada en esta garantía: artículo II del Título Preliminar del CPP), se erige en el proceso penal como una regla de juicio de la presunción de inocencia. En todo caso, el material probatorio disponible debe ser suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia a partir de un estándar de probabilidad calificada.

4. Aspectos problemáticos de la carga de la prueba (*Excursus*)

4.1. Planteamiento general

La noción de “carga de la prueba” es considerada la *última ratio* del Derecho probatorio; está concebida como una solución excepcional, una auténtica *ultima ratio*. Solo en caso que el juez, agotada la valoración de la prueba, y le sea imposible estimar acreditada la prueba de la pretensión, ha de acudir a la solución de la carga de la prueba. Sirve para evitar el *non liquet*. La carga de la prueba consiste fundamentalmente en decidir para cuál de las partes era más sencillo probar un determinado hecho; está propiamente basada en una presunción [NIEVA]. Una vez decidido lo anterior, si ese hecho no resulta probado en el proceso, el juez supondrá que la falta de prueba es imputable al litigante a quien era más fácil probar ese hecho, y en consecuencia fallará en contra de ese litigante.

Tal concepción, sin duda, partió de la influencia del derecho romano y, más cercanamente, del artículo 1.315 del Código Civil Francés –sentado en la tradición medieval derivada del derecho romano–. En su virtud, se repartió la carga de la prueba apriorísticamente entre los litigantes, siguiendo inadvertidamente la indicada guía de la facilidad probatoria, señalando con precisión qué hechos tenía que probar cada una de ellas. Aquí se presume que el actor podrá probar mejor los hechos constitutivos de aquello que pide, y el demandado a su vez podrá aportar prueba de los hechos que fundamenten las excepciones, es decir, los hechos impositivos, extintivos y excluyentes. Pero es claro que esto no siempre es así.

Este esquema, obviamente, no es más que un nuevo residuo de la prueba legal. Aquí, en verdad, no se valora la prueba, sino que se cumple lo que dicen las leyes. *A priori*, como se tiene constancia hoy en día, no se puede determinar que una prueba va a ser determinante o más importante que otra. Hay que esperar al final de la práctica de prueba.

Desde esta concepción GIMENO, desarrollando y rectificando parcialmente la concepción de GOLDSCHMIDT, definía el proceso como un conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asisten a las partes como consecuencia del ejercicio de la acción, cuya realización, ante el órgano jurisdiccional, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales desde las que, en un estado de contradicción, examinan sus expectativas de una sentencia favorable y, con ella, la satisfacción de sus respectivas pretensiones y resistencias.

Ahora bien, tal esquema, que aún se sigue aplicando en el proceso jurisdiccional civil –centrado en la noción de carga de la prueba, no en otros

supuestos de carga procesal, tales como en el ámbito impugnatorio, en la petición de medidas limitativas de derechos y en el planteo de solicitudes probatorias–, es de imposible aplicación en el proceso penal dado su contenido *ius privatista* pues lo convertiría en una especie de relación jurídica contractual con auténticas obligaciones denominadas en sede procesal “cargas procesales” –recuérdese que el proceso penal se rige relevantemente por el principio de investigación y, luego, en el procedimiento principal, por el principio acusatorio y apunta al debido esclarecimiento de los hechos: *veritas delicti*–. Al esquema del proceso civil, entonces, se opone sencillamente la garantía matriz, que sirve de guía a todo el proceso penal: la presunción de inocencia.

Así, cabe relieves cinco notas específicas de lo penal:

- [1] Los intereses en el proceso penal tienen naturaleza pública, con exclusión del principio dispositivo como apunta GARBERI, de suerte que rige el principio de oficialidad, dado el interés público que existe en que se persiga y castigue al culpable de un delito, aclara BANACLOCHE. Uno de los rasgos propios de este principio es la posibilidad de que el juez ordene prueba de oficio, si la propuesta por las partes resulta insuficiente para alcanzar la verdad. Esta iniciativa probatoria no vulnera el principio acusatorio porque la prueba no versa sobre nuevos hechos, sino los que integran el objeto del debate; la prueba se someterá en todo caso a la contradicción de las partes; y, además, su resultado es incierto, por lo que no beneficia ni perjudica *a priori* a ninguna de las partes, de suerte que no merma la imparcialidad del juez.
- [2] El rol del Ministerio Público tiene singularidades y solo puede considerársele como parte en sentido formal con ausencia de un interés privado en la condena, revela BARONA.
- [3] El aporte de pruebas, como expresión de la garantía de defensa procesal: derecho a la prueba pertinente.
- [4] La nota característica de autorresponsabilidad propia de toda carga procesal –cuya no actuación puede traer aparejado un perjuicio procesal pertinente, lo que no es seguro por lo que GOLDSCHMITDT la denominó carga imperfecta–.
- [5] Desde hace dos siglos la valoración de la prueba pasó a ser libre –informado por las reglas de la sana crítica: ex artículo 158, apartado 1, del CPP, de suerte que lo que tiene ser probado dependía de cada concreto y debía ser decidido por el juez a través de la valoración de la prueba que existiera para

demostrar el supuesto de hecho exigido por las normas, como sanciona NIEVA. Todo ello, obviamente, no contribuye a sostener que en el proceso penal existe una carga procesal de prueba.

Cabe resaltar, siguiendo a BANACLOCHE, que los hechos que deben ser probados son aquellos que sirven de base a las respectivas pretensiones de las partes. Se prueban los hechos que se afirman en sus escritos de calificación, no aquellos en que se limitan a negar. La acusación debe acreditar los hechos constitutivos de su pretensión acusatoria, así como los que implican una agravación del delito; por su parte, el acusado no debe probar su inocencia, sino únicamente aquellos hechos que introduce en su defensa y que le pueden beneficiar (v.gr.: eximentes o atenuantes), así como otros hechos que contradigan la hipótesis acusatoria (v.gr.: conraindicios).

La carga de la prueba, en la teoría del proceso civil, se dividió en carga de la prueba objetiva o material, entendida como regla de juicio, y como carga de la prueba subjetiva o formal, entendida como regla de conducta —qué hechos probar y quién debe probarlos—. Y, como recuerda MONTERO AROCA, la primera sirve al juez para que, en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba; y, la segunda, respecto de las partes, sirve para que éstas sepan cuál debe probar una afirmación de hecho determinada si no quieren que entre en juego la consecuencia de la falta de prueba de una afirmación.

4.2. El *non liquet* y carga de la prueba

En el proceso penal el *non liquet* ha sido resuelto de diversa manera a la del proceso civil, y en él, en pureza, no juega en estricto sentido la institución de la carga de la prueba. La regla de juicio de la presunción de inocencia —en cuanto eje del sistema penal en una democracia— estipula que, en caso de duda, de no probanza de los hechos, corresponde dictar la absolución: artículo II, apartado 1, último párrafo, TP CPP. El reparto de papeles probatorios, explica Barona, está influido por la presunción de inocencia. Las consecuencias negativas de la insuficiencia de prueba, en lo penal, parte de cuatro elementos claves: **1.** Debe acreditarse acabadamente los hechos delictivos acusados. **2.** La decisión judicial condenatoria solo puede alcanzarse mediante medios de prueba suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. **3.** Superado lo precedente, para que pueda dictarse una sentencia absolutoria será necesaria la prueba, por la defensa de los hechos impositivos o extintivos (causa de justificación, inimputabilidad y causas de exculpación, derecho de gracia). **4.** La duda actúa como regla de juicio, pues de presentarse se dictará sentencia absolutoria.

La duda, como se sabe, es una indeterminación entre dos decisiones o dos juicios. Supone un estado de incertidumbre. Es una indefinición por un equilibrio de pruebas de cargo y de descargo o cuando estas últimas no superan el umbral exigible. Las dudas insuperables se erigen en una causal de absolución. Lo dispuesto por el artículo 398 CPP se orienta en favor de una triple opción; se absolverá cuando: *(i)* exista prueba positiva de inexistencia del hecho o de la no comisión del delito por el imputado; *(ii)* se presente una insuficiencia de los medios de prueba para establecer la culpabilidad; y, *(iii)* subsista una duda sobre la culpabilidad del imputado. Por consiguiente, duda o insuficiencia –en tanto equivalentes– obligan a la absolución.

4.3. Presunción de inocencia y carga de la prueba

La presunción de inocencia, además de considerar que la pena, la culpabilidad, como apunta Stuckenberg, no se puede anticipar antes de que una persona haya sido condenada a esta consecuencia jurídica [ex artículo 2. 24, 'e', Const.], requiere superar un determinado umbral de prueba, a partir de una prueba que tenga determinadas características (prueba formal, prueba plenaria y, excepcionalmente, sumaria, prueba suficiente, prueba inculpatoria y prueba lícita –obtenida conforme a las autorizaciones permitidas por la legislación (fuentes de prueba) y actuada con respeto de las formalidades legalmente previstas–. El umbral de prueba exigible es, según enseña el Tribunal Supremo Alemán, el de alta verosimilitud objetiva (acreditación acabada de la hipótesis acusatoria y descarte de las hipótesis razonables de descargo) [FERRER BELTRÁN].

Es de entender que la verdad absoluta es un imposible para los seres humanos. Solo cabe acercarse a ella lo más posible, lo que es sinónimo de justicia material. Todo procedimiento probatorio empírico, visto objetivamente, enseña VOLK, conduce únicamente a probabilidades, más allá de que se exige que la decisión del juez penal debe estar fundada en la verdad, entendida como coincidencia con la realidad. En las ciencias sociales y, por ende, también en el derecho (proceso) la realidad no se constata, por no ser reproducible en un laboratorio, solo se infiere, a partir de los estándares mínimos de la argumentación racional [IGARTUA]. Si no se cumple el estándar de prueba debe absolverse al imputado. La duda lo favorece. Aunque, como expresó LARRY LAUDAN, nadie sabe es capaz de determinar qué nivel de duda es exigible para declarar la inocencia en un proceso penal, dado lo variopinto de las sentencias sobre el particular; y, tampoco existe seguridad para determinar el nivel de prueba de cargo para condenar.

De ahí lo inseguro del artículo II, apartado 1, segundo párrafo, del CPP: en caso de duda debe absolverse. Esta regla dice qué debe suceder en caso de duda, pero no, cuándo debe dudarse. Esta regla solo puede emplearse cuando el órgano jurisdiccional entiende que tiene dudas. Además, el denominado *in dubio pro reo* (o en la tradición anglosajona, el principio de la duda razonable) no es una regla de apreciación de la prueba. En caso de duda, añade VOLK, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán en dos sentencias relevantes de 2001 y 2003, el juez no está obligado a considerar verdadera la alternativa del suceso más favorable al acusado, solo está impedido de establecer consecuencias jurídicas desfavorables.

Pero, además, el reparto de la carga de la prueba atendiendo a la facilidad probatoria, como consecuencia, de la garantía de igualdad de armas, no es de recibo en sede penal. Se opone a esta consideración la presunción de inocencia, que impide por completo poder exigir al imputado que aporte pruebas en su descargo para que sea posible absolverle. Además, un derecho instrumental de la garantía de defensa procesal, es el derecho a la pasividad o *ius tacendi*. Así las cosas, conforme sostiene GIMENO, materialmente, corresponde al Ministerio Público acreditar los hechos constitutivos de su pretensión –a él le corresponde producir prueba– y con el umbral antes mencionado; si se impusiera al imputado acreditar que no cometió el delito se vería sometido a una “*probatio diabólica*” de los hechos negativos.

En tal virtud, la presunción de inocencia no es una regla de carga de la prueba. No actúa en caso de insuficiencia de prueba solamente, sino que orienta toda la actividad probatoria e, incluso, la conformación de todo el proceso penal. La razón histórica de esta institución es psicológica: evitar el denominado “heurístico de la representatividad”, que socialmente tiende al convencimiento de que nadie denuncia a una persona falsamente, de modo que ello permite pensar que, si es así, entonces se presentará en una generalidad de situaciones, aunque normalmente no es así, de tal modo que la presunción de inocencia intenta impedir que los jueces se contagien de ese prejuicio social. El juez debe pensar siempre a favor del reo, salvo cuando racionalmente sea imposible defender por más tiempo esa posición.

Esta orientación es la que debe seguir la valoración de la prueba. Ésta es libre en el proceso penal y está orientada por la presunción de inocencia, que es un mandato para el juez para garantizar su libertad al valorar la prueba. La Constitución, para que el juez valore libremente la prueba, dispone la presunción de inocencia. La historia revela que por los prejuicios sociales de culpabilidad se han producido linchamientos judiciales; un juez no es libre si es esclavo de

sus prejuicios. La preconcebida idea de la culpabilidad ocasiona el “sesgo de confirmación”, que precisamente implica –si la sospecha de culpabilidad se asume por el juez desde un primer momento y por el hecho de la acusación y la existencia de un proceso que evolucionó hasta el juicio– la enorme dificultad para cambiar de opinión una vez que el juez ya se formó un criterio negativo sobre un tema.

4.4. Presunción de inocencia: significados y reglas

La garantía de presunción de inocencia, enseña VEGAS TORRES, tiene tres significados diferentes que representan valores propios. El primero, como valor procesal, que es un concepto en torno al cual se construye el actual proceso penal. El segundo, como valor garantista, referido a los derechos procesales del imputado durante el proceso penal. Y, el tercero, como valor probatorio que se erige en una regla referida al juicio de hecho de la sentencia penal, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del acusado en caso contrario. Ello da lugar, como acota FERNÁNDEZ LÓPEZ, a cuatro distintas expresiones o manifestaciones durante el proceso penal, (*i*) como principio informador de todo el proceso penal, (*ii*) como regla de tratamiento del encausado, (*iii*) como regla probatoria, y (*iv*) como regla de juicio.

A. Es de destacar como uno de los elementos de la regla probatoria, la de prueba de cargo o inculpatoria. Esta regla exige que la actividad probatoria debe conducir razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado. Luego, se ha de probar el hecho delictivo y la intervención del imputado en su comisión. Su contenido es el siguiente: **1.** La prueba deben surgir los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo (hoy diríamos la imputación objetiva y subjetiva del delito –en lo último: dolo, elementos subjetivos distintos del dolo e imprudencia–), así como la antijuridicidad del comportamiento del imputado. **2.** La prueba debe comprender las circunstancias agravantes –genéricas, calificadas y específicas– para el caso que precise. **3.** La extensión de la prueba debe alcanzar a los determinantes de la categoría culpabilidad (imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exculpación). **4.** La prueba debe demostrar la intervención delictiva del acusado. La exigencia de prueba inculpatoria, además importa excluir las ideas de sospecha de inversión de la carga de la prueba o del llamado *versare in re illicita*. La prueba indiciaria no vulnera la presunción de inocencia; por lo demás, siempre en toda prueba (directa o indirecta) se exige una inferencia a partir de los hechos acreditados; lo único relevante es que en la prueba por indicios se requiere un paso adicional: el enlace claro y preciso de la cadena de

indicios, a partir de las reglas de la sana crítica, con el hecho necesitado de prueba: el hecho punible objeto de acusación.

B. La regla de juicio estipula [1] quién debe aportar las pruebas (la pretensión acusatoria la plantea el Ministerio Público y el fiscal debe acreditar los hechos constitutivos de su pretensión –los que integran el tipo delictivo–, de suerte que si no se supera la presunción legal de inocencia, el imputado debe ser absuelto): en el proceso penal, solo la parte acusadora debe probar, de manera que la falta de prueba sobre las circunstancias de actividad y resultado contempladas en el tipo delictivo conducen a la absolución, incluso en caso de duda [ARMENTA]. El *in dubio pro reo*, que antes la jurisprudencia española, por ejemplo, la consideraba al margen de la presunción de inocencia, hoy en día la considera parte de esta garantía [vid.: STSE 534/2023, de 16 de febrero]. La regla de juicio, además, [2] determina cómo se valoran las pruebas –que es el examen del grado de calidad la prueba para determinar la culpabilidad del acusado–, actividad que se realiza (i) a partir de las reglas de la sana crítica racional (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos) y (ii) en atención al umbral de prueba de alta verosimilitud objetiva.

Es evidente, como fluye de que lo estamos exponiendo, que al Ministerio Público le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión acusatoria, tiene el deber de hacerlo (ex artículo IV, apartado 1, CPP). En cuanto al imputado, su estrategia defensiva, como una de sus posibilidades defensivas, puede aportar hechos impeditivos, modificativos y extintivos –también negar los hechos, reconocerlos parcial o totalmente, y cuestionar el mérito de las pruebas de la acusación–. El imputado no está obligado a hacerlo por el reconocimiento como derecho fundamental de defensa la pasividad o el silencio, como clara CLIMENT DURÁN. A la defensa, distinto de la exigencia que tiene el Ministerio Público, le basta generar duda sobre los hechos imputados de la acusación, dado que la prueba de cargo debe ser contundente. La duda sobre los hechos inculpatorios supone la existencia de la existencia de duda sobre la culpabilidad del acusado.

4.5. Circunstancias modificativas y decisión jurisdiccional

Finalmente, por las propias características del Derecho penal, es de rigor hacer mención a las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal y todas aquellas que, de uno u otro modo, las modifican, interna o externamente (circunstancias de agravación, circunstancias de atenuación y causas de disminución

de la punibilidad: eximentes imperfectas, tentativa, complicidad secundaria, error de tipo, error de imputabilidad y error de prohibición). Plantea, al respecto, NIEVA FENOLL, lo siguiente:

1. Acreditado el hecho típico, las circunstancias agravantes también están sujetas a las exigencias de la presunción de inocencia: acreditación acabada y en caso de duda se deben descartar.
2. Acreditado el hecho típico, igualmente, las circunstancias de atenuación requieren su acreditación y en caso de duda cabe incorporarlas. Las agravantes y las atenuantes son caras de la misma moneda, y su no apreciación conduciría a un injustificable endurecimiento de las penas.
3. Acreditado el hecho típico si existe duda sobre la presencia de un eximente no cabe su incorporación; se aprecian sin la ayuda de la presunción de inocencia. Se trata de tutelar a las víctimas (evitar que se la perjudique ilegítimamente) e incluso, en caso de la inimputabilidad, al propio reo (pues lo incapacitaría).

III. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA

1. Noción y alcances

Ambos introducen hechos al proceso, son actos de aportación de hechos y coinciden entre sí [GIMENO]. Empero, la función de los actos de investigación es esclarecer una sospecha —a partir de los hechos denunciados y de los que vayan surgiendo en el curso de la investigación preparatoria, sin más limitaciones que su necesidad [ARMENTA]—, y preparar el juicio oral mediante la comprobación de la noticia criminal en punto a determinar fundamentalmente el hecho punible y su presunto autor, que se erigen en presupuestos materiales imprescindibles para que las partes acusadoras puedan confeccionar la acusación —función de averiguación—. La función de los actos de prueba, por su parte, es la de lograr la confirmación necesaria para que el Tribunal dicte una sentencia de condena o absolutoria —función de verificación—.

Es de resaltar que los actos de investigación no se convierten por sí solos en actos de prueba, que permitan posteriormente al órgano decisor fundar en ellos una sentencia de condena. La fundamentación fáctica de sus respectivos escritos de imputación y de defensa solo sirven para facilitar a las partes pero no permiten al juez extender sobre ellos su conocimiento en la declaración de hechos probados en la sentencia, que es lo reservado a los actos de prueba. Este es el entendido del que parten los artículos IV.3 TP y 325 CPP.

2. Diferencias

Cuatro son las diferencias más importantes entre actos de investigación y actos de prueba:

- A. Los actos de investigación se dirigen a averiguar algo que se desconoce, mientras que los actos de prueba se dirigen a verificar la verdad de una afirmación de parte.
- B. La sede del acto de investigación es la investigación preparatoria, mientras que la de los actos de prueba es el juicio oral. Se excepciona de este último requisito, la denominada prueba sumarial: prueba anticipada y prueba preconstituida.
- C. Los actos de investigación arrojan resultados no ciertos, solo probables y permiten fundar resoluciones interlocutorias. En cambio, los actos de prueba arrojan resultados ciertos y permiten fundar la sentencia sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.
- D. Los actos de investigación presentan una ejecución disímil. Por lo general, basta para su práctica la posibilidad de contradicción (artículo 338.1 CPP); en algunos casos, incluso, tal posibilidad, por lo urgente, no es posible, y en otros es factible –y legalmente permitido– su actuación en secreto (artículo 324.2 CPP). Empero, los actos de prueba requieren, siempre, el principio de contradicción y su actuación en el juicio oral y las garantías que le son inherentes.

IV. NOTAS Y PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. Notas esenciales

Son cinco.

- A. La actividad probatoria incumbe fundamentalmente a las partes procesales –los hechos objeto de imputación corresponde acreditarlos a las partes acusadoras; mientras que los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes, establecidos los hechos positivos integrantes del injusto y de la culpabilidad, deben ser alegados por la defensa del imputado, en cuyo caso serán de su cargo. Esto último no es óbice para que la defensa pueda negar los hechos constitutivos planteados por la acusación.

Como consecuencia de la vigencia del principio de aportación, consustancial al sistema acusatorio y al ámbito del derecho a la prueba, a las partes les corresponde no solo la introducción de los hechos a través de las solicitudes probatorias en el momento oportuno, sino también la iniciativa en su actuación y, luego, en la alegación de sus resultados.

Empero, en el proceso penal, por la especial naturaleza del *ius puniendi* y la búsqueda de la verdad material, se admiten correcciones al principio de aportación mediante el principio de investigación u oficial, dado el interés público que existe en que se persiga y castigue al culpable del delito. Así, se acepta, en primer lugar, la prueba de oficio: artículo 155.3 CPP; y, en segundo lugar, el control judicial para la adecuada actuación de las pruebas.

- i) En este último rubro, se reconocen que tiene las siguientes potestades judiciales: **1.** Formulación de preguntas de esclarecimiento a los órganos de prueba: artículo 375.4 CPP. **2.** Examen por separado de los imputados: artículo 377.2 CPP. **3.** Examen, bajo el método de *cross examination* –interrogatorio cruzado– indirecto, de órganos de prueba intimidados –víctima menor de edad, testigo o perito–: artículo 380.1 CPP. **4.** Rechazo de preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes: artículo 170.6 CPP, modificado mediante Ley n.º 30076, de 19-08-13. **5.** Promoción de debate pericial en caso de informes periciales oficiales discrepantes: artículo 181.2 CPP.
- (ii) Sobre la prueba de oficio el CPP se pronuncia categóricamente: se utiliza por excepción en casos expresos (artículo 155.3 CPP); la regla de aceptación en el juicio oral está plasmada en el artículo 385.2 CPP), bajo las nociones de indispensabilidad y manifiesta utilidad de su actuación.

El fundamento de la prueba de oficio radica en el valor justicia y en el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, cuyos límites se encuentran en la necesidad de sostener la imparcialidad judicial y en el respeto a la defensa procesal. Parece obvio que no es incompatible entender la prueba como una oportunidad de defensa de las partes, pero también como una actividad destinada a generar la convicción judicial. De este modo, parece razonable que todos los actores implicados en la prueba, el juez y las partes, puedan participar en la misma [NIEVA FENOLL]. Tres son los requisitos que deben cumplirse

a este respecto: **1.** El tribunal debe ceñirse a los hechos alegados en los escritos de acusación y defensa, así como los discutidos en juicio, con lo que se defiende el principio acusatorio. **2.** Al tribunal le deben constar las fuentes de prueba sobre las cuales se hará ulterior actividad probatoria –constarán en el expediente–, con lo que se protege la imparcialidad judicial. **3.** Las partes participarán ampliamente en la actividad probatoria y podrán contradecirlas, incluso proponiendo prueba alternativa, con lo que se cautela el derecho de defensa [PICÓ I JUNOY]. Además, su resultado es incierto, por lo que no beneficia ni perjudica a priori a ninguno de los litigantes. Tan solo hay que considerarlo como un instrumento para intentar alcanzar la verdad [BANACLOCHE].

No existen inconvenientes a que el juez pueda incorporar prueba de oficio. Sucede, solamente que, a fin de evitar que su actividad sea sesgada, lo mejor es que solamente pueda proceder esa actividad al final del proceso –como sucede en el CPP–, una vez que las partes ya han desplegado su actividad probatoria, como mero complemento para aquel que se ve en la tesitura de juzgar, y se percata de una alarmante falta de datos para hacerlo [NIEVA FENOLL].

- B.** La finalidad de la prueba consiste en formar la convicción judicial acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación del imputado, con todas sus circunstancias, tal y como aconteció en la realidad histórica anterior al proceso.
- C.** La actividad probatoria incide sobre los hechos afirmados por las partes en los escritos respectivos –el objeto de la prueba, en abstracto, recae sobre hechos naturales o psíquicos, existencia y cualidades de personas, cosas y lugares, así como calidades jurídicas–. Los actos de prueba requieren un tema probatorio –el hecho delictuoso y sus circunstancias–. Crecen las propuestas tendientes a que, mediante el acuerdo de partes, se dé tratamiento de hecho notorio (o sea que no se necesite probarlos por darlos por existentes) a ciertos acontecimientos o circunstancias, incluso relacionados exclusivamente con la cuestión penal [CAFFERATA], del que es vivo ejemplo el artículo 350.2 CPP.
- D.** La prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e independiente. Los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediatez del tribunal y la instauración del contradictorio.

Se exceptúan, por razones de irrepetibilidad –o de no disponibilidad– y de urgencia, la prueba preconstituida y la prueba anticipada.

- E. En el proceso penal, al igual que en el civil, pero con mayor intensidad, no solo la introducción de los hechos, sino la actividad probatoria ha de realizarse a través de medios lícitos de prueba, con absoluto respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

2. Principios reguladores

2.1. Principios básicos

Son los principios de contradicción –procesal–, intermediación, y de concentración y oralidad –procedimentales– [MORENO CATENA].

- A. Contradicción. Rige tanto en la identificación del material probatorio, como en el control en la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas. La prueba no se puede obtener unilateralmente, sino respetando la confrontación dialéctica de las partes.
- i. El respeto a la contradicción supone el derecho del acusado de confrontarse con los acusadores, con los testigos y con cualquier persona que rinda declaración inculpatoria contra él. Será suficiente una contradicción realizada en la instrucción si no fue realmente posible hacerlo en el juicio oral, pero es exigible que por lo menos haya habido contradicción sobre la fuente de prueba.
 - ii. En las pruebas que consisten en la declaración de conocimiento de una persona física se exige necesaria e imperiosamente que, al menos en una ocasión, la declaración haya estado sometida a contradicción efectiva, real, adecuada y suficiente.
 - iii. Cuando se trata de apreciar la prueba material –las que conforman el cuerpo del delito, los instrumentos y efectos del mismo y las piezas de convicción, así como las huellas y vestigios, y los documentos y el material obtenido de intervención de comunicaciones, entradas y registros, grabaciones–, será necesario diferenciar según que en el momento de adquisición de la fuente de prueba sea posible o no el contradictorio. Si existe imputado identificado se ha de darle intervención en la diligencia, y, en todo caso, su utilización en el juicio exige que las partes puedan intervenir, discutir y eventualmente deducir otras pruebas antes de la sentencia.

- B.** Inmediación. Se analiza desde la óptica subjetiva y objetiva. La primera requiere que el juez se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios. La segunda garantiza que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más estrecha por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar. En estas condiciones la prueba se produce sobre los hechos en la forma que estos se presentan y se construyen a través del lenguaje [NEYRA].
- C.** Concentración y oralidad. Por razones políticas, el juicio oral tiene un carácter público y concentrado, de suerte que en una sesión, o en varias consecutivas pero cercanas temporalmente, ha de finalizar el debate y expedirse la sentencia. Asimismo, esta vez por razones técnicas, dado que las pruebas personales –que consisten en las declaraciones o en explicaciones de una persona– deben realizarse oralmente, para ser apreciadas por el juzgador, será necesario que se realicen en un solo acto; pues de lo contrario el resultado de difuminará en su memoria o habrá que acudir a la audición o visionado.

En el proceso penal el juicio es completamente oral, en lo que hace a la práctica de la prueba, salvo la que por su propia naturaleza no admite la palabra (inspección ocular, y examen del cuerpo del delito, de los instrumentos y efectos del mismo, y de los documentos). En estos casos el juez examinará por sí mismo la fuente de prueba, que le llega entonces por el sentido de la vista por lo general, y no por el oído, pero eso no puede excluir el debate procesal sobre la cosa o el documento, como es natural; y, para permitir el debate cuando se trata de documentos, debe seguirse el trámite de lectura pública.

Dos datos importantes se han de tener presente al amparo del principio de oralidad de la prueba.

- i) Las únicas excepciones al principio de oralidad van de la mano de medios de prueba anticipada –es de incluir la prueba preconstituída–, hechos no controvertidos o estipulados por las partes de manera previa y la incorporación de documentos que intrínsecamente constituyen pruebas de un acto o hecho determinado.
- ii) La adecuación al principio de oralidad impone al juez la carga de registrar todo lo sucedido en la audiencia. El registro funciona como

garantía, como control, como medio que posibilita la revisión ulterior de la decisión tomada por el tribunal, o bien permite verificar un detalle específico de lo que ha sucedido, como podría la declaración de un experto que por la cantidad de datos que aportó es imposible apropiarse de ellos en el momento en que los expuso. El registro es el fiel reflejo de la audiencia [CHAIA].

Es preciso tener presente que el hecho de que la prueba sea oral no siempre hace de la misma una actividad más fiable; su utilidad depende del juez, de sus habilidades y conocimientos. En rigor, cuando se exige la oralidad en la prueba, más que la forma oral lo que se está reivindicando es la inmediación en la práctica de la prueba, la que el juez no puede perder jamás; por ejemplo, en la prueba personal es mucho más adecuado valorar la credibilidad de una persona viéndola que leyéndola. Empero, ha de acotarse, primero, aunque la oralidad no puede desconocer la principal ventaja de la escritura: la fuerza que otorgaba a lo actuado en el proceso; segundo, que ese inconveniente se supera a través de la grabación de las audiencias, siempre que la grabación posea la calidad suficiente; tercero, que el juez no quiere olvidar lo que ha presenciado, y por ello en ocasiones decide resolver lo antes posible, por lo que puede conducirlo a la superficialidad que se aprecia en la motivación de la decisión; y cuarto, que la inmediación en el ámbito de la prueba no puede reconocer una desmedida confianza en las ulteriores instancias en el criterio probatorio del juez que presenció la prueba en primera instancia.

La oralidad y la inmediación no pueden obviar el control impugnatorio de las razones de la convicción judicial, es decir, de las máximas de la experiencia, de la que depende la atendibilidad de una fuente-medio de prueba. El juez debe acudir a conocimientos extrajurídicos; en el caso de una prueba personal, a la psicología del testimonio, que se dirige a examinar no toda la persona del declarante como aquello que declara, que sí puede ser sometido a una valoración claramente objetiva (coherencia externa, contextualización, corroboración por otros datos objetivos, etc. Sin perjuicio de que en el caso de la prueba pericial el juez acceda siquiera a los datos más preliminares que le permitan seguir la declaración de un perito para así evaluar con más rigor su credibilidad); en el caso de la prueba documental, a la semiótica textual (los documentos deben ser puestos en su preciso contexto y debe examinarse el lenguaje que emplea; en el caso del reconocimiento o inspección judicial, el juez, emplea la

mayoría de las técnicas citadas, de suerte que el juez vea la realidad de lo que es sometido a prueba, la perciba, y aún más, la entienda [NIEVA FENOLL].

A final de cuentas, como explican TONINI–CONTI, corresponde puntualizar que: **1.** El principio de oralidad solo rige en sentido pleno cuando las partes pueden formular preguntas y obtener respuestas de viva voz del declarante a través del examen cruzado en el momento en el que la declaración se está produciendo, de tal modo que se garantiza el derecho del imputado a confrontar con quien depone en el proceso penal. **2.** El principio de inmediación implica un vínculo directo entre las pruebas practicadas durante el juicio oral y la decisión final adoptada por el juez, y que el principio de inmutabilidad del juez es el que lo garantiza. **3.** El principio de contradicción implica la potencial intervención de las partes en la práctica de la prueba, de suerte que las partes pueden formular preguntas en función de las respuestas del deponente (contradicción de la prueba que confirma el método dialéctico, que se erige en la mejor fórmula para el conocimiento procesal y la formación de la sentencia). Todos estos principios son instrumentos metodológicos para una mejor y más eficaz acreditación de la verdad en el proceso penal, pero, con criterios de racionalidad, es de reconocer determinadas excepciones en función a lo que se denomina “prueba documentada” en el que es básico el respeto del principio de posibilidad de contradicción, lo que, como expresara NOBILL, importa la aceptación del principio del “relativismo probatorio”, que se basa en la creencia de que el ‘modo’ de practicar la prueba, pudiendo ejercer la facultad de contradicción, habría permitido un control legítimo y aceptable que posibilitará que la prueba practicada pueda acreditar un hecho controvertido frente a dichos sujetos.

2.2. Otros principios

A la relación de principios citados en el anterior apartado –el primero, de naturaleza procesal, y los restantes, de naturaleza procedimental–, debe agregarse otros principios vinculados a la propia actividad probatoria y a su valoración. Se mencionarán y analizarán los siguientes principios: necesidad, unidad, comunidad, naturalidad o espontaneidad, irrenunciabilidad y obtención coactiva de la prueba [CUELLO IRIARTE] –fuera de otros ya abordados o que se harán próximamente en otras lecciones: obtención coactiva de las fuentes de prueba, libertad de la prueba, pertinencia y conducencia de la prueba, *indubio pro reo*–.

- A.** Necesidad de la prueba. Toda decisión jurisdiccional que resuelva definitivamente el objeto del proceso –sentencias– o sobresea la causa –autos equivalentes–, se pronuncie acerca de una media limitativa de derechos o de algún incidente relevante debe sustentarse en actos de prueba –en los últimos tres casos se basará en los actos o medios de investigación, que con los actos o medios de prueba, conforman los denominados actos de aportación de hechos–, legítimamente incorporados al proceso (artículo 393.1 CPP). Son excepciones a este principio probatorio, el proceso especial de terminación anticipada (artículo 468 y siguientes CPP) y la conformidad procesal (artículo 372 CPP), en los que la decisión se sustenta, en gran medida, en el principio de consenso procesal –en lo que estas acuerdan, pactan o aceptan voluntariamente–; así como también las convenciones probatorias, cuando estas últimas se refieren al acuerdo de las partes respecto de determinados hechos que se han de estimar hechos notorios (artículo 156.3 CPP) o cuando las partes, individualmente consideradas, aceptan determinados hechos –así puntualizados en sede intermedia– que el juez los dará por probados obviando su actuación probatoria en el juicio (artículo 350.2 CPP). Los soportes del citado principio son dos brocardos clásicos: **1.** *Iuxta Allegata et probata iudex iudicare debet* (el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado). **2.** *In iudicio quod non apparet no est* (lo que no aparece del juicio es como si no existiera).
- B.** Unidad de prueba. En tanto las pruebas apuntan a producir certeza en el juzgador, todas las que son aportadas por las partes e incluso por el propio juez conforman una unidad, un todo, del cual se inferirá o deducirá el convencimiento judicial. Ellos determinan, ante la pluralidad de pruebas que se ofrecen y se actúan, un acervo probatorio común y una regla, matizada, de su valoración en su conjunto; matizada porque, primero, se analiza cada prueba individualmente, y luego, se hace una apreciación conjunta, sin que esta última elimine a la anterior (artículo 393.2 CPP).
- C.** Comunidad de prueba. Es un principio consecuencia del anterior. Una vez aportadas las pruebas al proceso, benefician a cualesquiera de las partes para acreditar los hechos objeto del proceso para generar la certeza en el juzgador, sin importar a instancia de quién se aportó –la intervención de prueba es recíproca y sus resultados afectan conjuntamente a las partes en sentido favorable o desfavorable–. Las principales consecuencias de este principio son: **1.** Imposibilidad de la renuncia o desistimiento de

la prueba ya practicada o ejecutada. **2.** La prueba trasladada conserva su valor. **3.** La prueba actuada en procesos conexos que determinen su acumulación extienden su valor para el conjunto de procesos acumulados. **4.** El resultado de la apreciación de la prueba –interpretación y valoración– pertenece al proceso, al juez, no a las partes.

- D.** Naturalidad o espontaneidad de la prueba. Desde una perspectiva objetiva, las pruebas se reproducen en el acto oral. El órgano de prueba se presenta a la Sala de Audiencias y declara sobre lo que percibieron sus sentidos; asimismo, los objetos mismos que son pruebas materiales y son puestos a disposición del juez, son leídos, escuchados, visionados u observados. Estas son pruebas originales. Las pruebas no originales son los testigos de referencia, y un dibujo, filmación o fotografía de un hecho u objeto, lo que de ninguna manera puede afirmarse su ilicitud o falta de eficacia probatoria. Desde la perspectiva subjetiva, de la libertad subjetiva, está proscrita la utilización de todo mecanismo que coarte su perez, como la sugestión ilícita –violenta, fraudulenta y culposa [MALATESTA]–, las torturas y el narcoanálisis (artículo 157.3 CPP), los detectores de mentiras, etcétera. Asimismo, están incluidos los testimonios, pericias, traducciones, copias, actas y prueba material falsificadas o alteradas –por medios materiales, físicos, violentos, amenazas, técnicos, fraudulentos o por corrupción–.
- E.** Irrenunciabilidad de la prueba. Se llama también principio de la no disponibilidad de la prueba. Importa que la parte o el sujeto procesal que aportó la prueba no puede retirarla del proceso para evitar su apreciación por el juzgador, así como que ningún sujeto procesal puede oponerse a la decisión del juez sobre la aducción de un medio de prueba al proceso. Este principio no opera para la prueba no practicada o ejecutada, de suerte que quien la propuso puede desistirse de su actuación, aunque el juez pueda posteriormente incorporarla de oficio.
- F.** Obtención coactiva de la prueba. Como la prueba es la esencia del proceso penal, el órgano jurisdiccional debe tener las facultades para obtenerla e incorporarla a las actuaciones (artículo 202 y siguientes CPP), sin que con ello se vulnere el principio de naturalidad o espontaneidad de la prueba. La búsqueda de la verdad y la naturaleza pública del proceso, así como el valor eficacia –que integra la garantía de tutela jurisdiccional–, exigen que el juez –con pleno respecto de las garantías legalmente previstas y del principio de proporcionalidad– pueda dictar apremios,

exhibiciones, incautaciones, allanamientos, intervenciones corporales y de comunicaciones, conducciones compulsivas y detenciones, así como multas y demás sanciones procesales.

V. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

1. Fuente y medio de prueba

Es una clasificación tradicional obra de CARNELUTTI. Otro autor, como Manzini, incorpora la noción elementos de prueba, que son los hechos y las circunstancias que fundan el convencimiento del juez y que se incorporan mediante los medios de prueba.

2. Fuentes de prueba

Las fuentes de prueba son elementos extraños y ajenos al proceso, que existen en la realidad con independencia del mismo y que, por consiguiente, carecen de repercusión jurídica procesal en tanto no se haya abierto un proceso (Ejecutoria Suprema n.º 19.2001.09. AV, de 30-12-09). Surgen con anterioridad al proceso por el curso natural de los acontecimientos. Consisten en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión del juez. Cuando se trata de personas, se le denomina órgano de prueba, que es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso permitiendo la incorporación de ese dato a la causa.

La localización u obtención de las fuentes de prueba no es actividad probatoria, es una tarea propiamente extraprocesal. Esa labor corresponde a la investigación, es una tarea propiamente extraprocesal y, por lo general, previa al proceso, pero regulada por la Ley procesal, como garantía de su correcta y legal obtención, en tanto que la instrucción se concibe como una actividad de recopilación de materiales a partir de los cuales las partes formulan en el juicio oral sus pretensiones y conclusiones –acusadoras y defensivas–, y las demostrarán ante el juez, de modo que en la instrucción se produce una recogida de los diferentes elementos que están llamados a ser fuentes de prueba.

3. Medios de prueba

3.1. Concepto y alcances

Los medios de prueba son los instrumentos procesales, caminos o procedimientos a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso y solo existen dentro de un proceso. Como actos complejos que son, están regidos por normas procesales que establecen los supuestos y las formas en que la fuente de la prueba puede aparecer dentro del proceso y de ese modo permiten llevar al juez el conocimiento que la fuente de prueba proporciona [MORENO CATENA].

Sobre los medios de prueba, rige genéricamente el artículo 157 CPP. Los hechos del proceso se acreditan con cualquier medio de prueba permitido por la ley, los cuales pueden ser usados para establecer la verdad acerca de los enunciados sobre los hechos de la causa [NEYRA]; empero, excepcionalmente, se aceptan los medios de prueba atípicos, a condición de que en su obtención y actuación no se vulneren derechos y garantías personales ni las facultades de actuación de las partes; y, en cuanto a su forma, rige el medio de prueba más análogo. Los límites probatorios de lo civil no rigen en modo alguno, salvo en el ámbito del estado civil o de ciudadanía de las personas –normas de orden público civil–. Como se reconoce el principio de autonomía de la voluntad y de espontaneidad, no se aceptan métodos que alteren su capacidad de recordar, de valorar y su libertad de autodeterminación (polígrafos, sueros de la verdad, hipnosis: se trata de métodos de interrogatorios prohibidos –es una regla de prohibición de valoración probatoria–).

En cuanto a la noción de “medios de prueba” es de menester diferenciar lo que FENECH diferenciaba entre la prueba en sentido objetivo y la prueba en sentido material. La prueba en sentido objetivo hace referencia a aquello –vestigio, fuente o medio– por el cual puede reconstruirse la realidad pretérita, el comportamiento atribuido al imputado. La prueba en sentido material va referida a la obtención a través de la reconstrucción del hecho pasado del resultado probatorio a partir del elemento de prueba y mediante la valoración del conjunto del material probatorio disponible.

3.2. Identificación de los medios de prueba

El CPP, en su Título II “Los medios de prueba” de la Sección Segunda “La prueba” del Libro Segundo “La actividad procesal”, reconoce los siguientes medios de prueba: (i) la confesión, prevista en los artículos 160-161 CPP,

modificados vía Ley n.º 30076, de 19-08-13. La declaración del imputado no tiene esa consideración por estimarse un acto de defensa de aquel, y por ello se regula en el Capítulo III referido al imputado, que integra un Título –artículos del 86 al 89 CPP– y una Sección dedicada a los sujetos procesales; **(ii)** el testimonio, previsto en los artículos 162-171, que incluye la declaración del agraviado; **(iii)** el careo entre órganos de prueba, previsto en los artículos 182-183 CPP; **(iv)** la documental, prevista en los artículos 184-191 CPP; **(v)** el reconocimiento, que comprende personas, fotografías, voces, sonidos y cosas, previsto en los artículos 189-191 CPP; **(vi)** inspección judicial y reconstrucción, previstas en los artículos 192-193 CPP); y, **(vii)** pruebas especiales, que comprende: levantamiento de cadáver, necropsia, exámenes químicos o auxiliares, médico forenses, preexistencia y valorización o tasación, previstas en los artículos 195-201 CPP, el primero de ellos fue modificado mediante Ley n.º 29472 de 14-12-09.

El CPP, en suma, reconoce con toda precisión nueve pruebas típicas, y cinco pruebas de claro cariz pericial: necropsia –con sus respectivos exámenes auxiliares–, lesiones, agresión sexual, aborto y valorización patrimonial –tasación pericial–, así como una prueba de inspección preliminar, de levantamiento de cadáver –recogida y conservación del cuerpo del delito–, con una función mayormente, todas ellas, de preconstitución probatoria.

Las pruebas típicas son confesión (declaración del imputado que acepta los cargos), testifical, careo, pericia, documental, reconocimiento, inspección ocular y reconstrucción. Desde el punto de vista de adquisición del conocimiento judicial de los elementos de prueba: **a)** logran una comprobación judicial inmediata, la inspección judicial; **b)** proporcionan información a través de órgano de prueba o de documentos, la confesión, el testimonio, la pericia y el documento; y **c)** facilitan una adquisición combinada de conocimiento sobre el objeto de la prueba, el reconocimiento, el careo, la reconstrucción [CLARIÁ].

No puede desconocerse lo que puede la llamada “prueba tecnológica”, que comprende determinadas instrumentales, tales como los medios de reproducción de sonido e imagen, correo electrónico, wasap y otros medios de mensajería instantánea y las redes sociales; las innovaciones científicas en el manejo y apreciación de los vestigios y demás prueba material; y, además, la prueba digital, que es la información contenida en un medio electrónico y producida, almacenada o transmitida por dicho medio, la cual ingresa al proceso como prueba documental o instrumental y que, en muchos casos, requiere complementariamente de una prueba pericial informática [DELGADO MARTÍN].

Desde otra perspectiva es posible clasificar la prueba, conforme postularan MONTERO y HUERTAS, en los siguientes términos:

- A. Prueba directa y prueba indirecta, a partir de dos consideraciones: (i) en función de la relación entre el órgano judicial y la fuente de prueba, la prueba será directa cuando no existe un elemento interpuesto entre juez y fuente de prueba (inspección judicial), y será indirecta cuando tal relación es mediata (resto de los medios de prueba); y, (ii) en atención al objeto sobre el que recae la prueba, ésta será directa cuando el medio de prueba apunta al supuesto de hecho de la norma jurídica cuya aplicación se solicita, mientras que será indirecta o indiciaria cuando el medio de prueba va dirigido a la prueba de hechos distintos del hecho principal y a partir de los cuales podría inferirse la existencia de este último.
- B. Prueba personal y prueba real, en atención a la naturaleza de la fuente de prueba, a sus modalidades. Será personal cuando una persona es la que da la información probatoria, su conocimiento sobre los hechos (testigo, perito, acusado), y real cuando la información la proporciona un objeto del mundo exterior que registra información de acontecimientos [MENESES PACHECO] (prueba documental –es una cosa, un objeto capaz de representar que se forma en la inmediatez del hecho o acto a representar [PROTO PISANI]– y vestigios materiales).
- C. Prueba preconstituida y prueba causal, en consideración al momento en que se configura la prueba. La prueba preconstituida se presenta cuando la misma queda configurada con carácter previo al proceso –antes de la investigación o antes del juicio oral–. La prueba causal se perfila y forma una vez iniciado el juicio oral.
- D. Prueba plena y semiplena, a partir del grado del estándar probatorio exigido. Si el umbral de prueba es calificado y permite enervar la presunción de inocencia se estará ante prueba plena, pero si el umbral de prueba es menor (grave y fundada, suficiente, reveladora y simple) se estará ante una prueba semiplena [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

LECCIÓN VIGÉSIMA

MEDIOS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

I. EL IMPUTADO Y SU DECLARACIÓN

1. Marco jurídico

En la Sección IV, referida a las partes procesales, y Título III de la misma, que regula al imputado, Capítulo III, destinada a la declaración del imputado, del Código Procesal Penal –en adelante, CP– se fija el régimen jurídico de esta institución procesal (artículos 86/89: cuatro artículos).

El primer precepto (artículo 86.1 CPP) desarrolla la declaración del imputado desde su configuración como un derecho presupuesto de la garantía de defensa procesal. Como tal, es un vehículo procesal para responder a los cargos (defensa material): en una declaración o en varias ampliatorias—. Esta posibilidad de declarar es amplia, al punto que puede hacerlo en cualquier momento, y siempre según su propio criterio de oportunidad y de mejorar sus posibilidades defensivas. La negativa a su ejercicio solo procede en caso de abuso del mismo, cuando configure un procedimiento dilatorio o malicioso o éste se presente como patentemente impertinente.

Así las cosas, es de entender la declaración del imputado como un acto procesal por el que el inculcado/acusado (imputado) emite, en el marco de un proceso penal, si es su voluntad, una declaración de conocimiento sobre los hechos acerca de los que resulta ser preguntado o quiere referir [PÉREZ-CRUZ MARTÍN: *La declaración del imputado*, Editorial Civitas, Madrid, 2011, p. 90]. Esta declaración de conocimiento, a su vez, puede importar, en ese mismo acto, el reconocimiento de documentos, de personas, voces o sonidos, y de cosas –desde luego, cumpliendo las formalidades legalmente previstas (artículo 88.5 CPP)–. En tanto órgano de prueba, el imputado es la persona que resiste la imputación penal dirigida en su contra, sin interesar, en principio, el grado de la sospecha o la indicación que erige

en tal [MAIER, JULIO: *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editores del Puerto, 2011, p. 162]

En sede de investigación preparatoria se tiene como imprescindible la declaración del imputado-inculpado ante el fiscal –así lo haya hecho ante la Policía, con anterioridad–. Igualmente, en sede del juicio oral, el primer paso del debate probatorio es la declaración del acusado (artículos 375.1, a; y, 376, CPP). En tal virtud, entonces, desde la perspectiva del fiscal y del juez, es un deber la obtención de la declaración del imputado-inculpado o del imputado-acusado. Una nota determinante de su legalidad, es la presencia de abogado defensor (acto de defensa necesaria: derecho instrumental de la garantía de defensa procesal). En sede del juicio oral, el artículo 86.2 CPP remite su regulación a las disposiciones del enjuiciamiento.

La indispensabilidad de la declaración del imputado-inculpado está sujeta a determinadas pautas y límites. Lo primero, es el acto de intimación: comunicación de cargos: hechos, disposiciones penales aplicables, y actos de aportación de hechos (actos investigación y, en su caso, actos de prueba). Lo segundo, conforme al artículo 71.2 CPP, es el deber de instrucción de sus derechos (especialmente de defensa técnica y de denegación parcial o total de declarar: derecho al silencio o a no ser obligado a confesarse culpable). Lo tercero, según el artículo 86.4 CPP, es la facultad de exhortación del fiscal o juez; se refiere a la necesidad de que responda con claridad y precisión, así como, excepcionalmente, informarle de los beneficios premiales por una cooperación al debido esclarecimiento de los hechos. Lo cuarto, es un derecho específico del imputado que acepta declarar: de un lado, el derecho a un interrogatorio objetivo y sin presiones o amenazas (artículo 88.4 CPP: rechazo de preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas); y, de otro lado, la posibilidad de que, conforme declare, vaya indicando qué actos de aportación de hechos pueden consolidar su versión. Lo quinto, es la necesidad de que declare sin ataduras físicas; y, si está privado de libertad, de que lo haga en un recinto cerrado apropiado para impedir la fuga o que atente contra la seguridad de los demás (artículo 89.1 CPP) –se entiende que si declara en esas condiciones, se compromete su imagen de inocencia–. Lo sexto, es el derecho al respeto de su integridad moral –no solo están prohibidas amenazas o conminaciones para que declare o que lo haga en determinado sentido, sino también a la necesidad de suspensión de la diligencia si se adviertan signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, hasta que desaparezca– (artículo 88.6 CPP).

En última instancia, una manifestación del imputado solo será válida si cuando haya sido expresada voluntaria y conscientemente [JAUCHEN].

En cuanto a la estructura de la declaración, ésta consta claramente de cuatro partes. **1.** Deber de instrucción de los derechos del imputado. **2.** Indicación de sus generales de ley o sobre sus datos personales (artículo 88.1 CPP) –la mención a datos de identificación personal, de existencia de causas por el mismo hecho o por otros, de propiedad de bienes y de sus relaciones con los otros imputados y con el agraviado, no está sujeta al derecho al silencio, pues éste solo se concentra en los cargos imputados: cuestiones sobre la culpabilidad y la pena [ROXIN]–. **3.** Declaración sobre el hecho imputado –versión libre del imputado–, siendo posible que el fiscal o el juez formulen observaciones precisas y oportunas respecto de lo que indica, de su pertinencia y de su limitación a hechos y circunstancias del caso. **4.** Interrogatorio directo: empieza el fiscal, luego el defensor y, finalmente, si es necesario cubrir algún vacío, lo hace el juez; en el juicio oral, intervendrán, antes del juez, las demás partes. Las preguntas han de estar encaminadas al esclarecimiento de los hechos y a la participación del interrogado y demás intervinientes en su comisión [ARMENTA DEU, TERESA, 2007: 137]. La técnica que se sigue es la del *cross examination* o interrogatorio directo por las partes.

Queda clara la prohibición de las preguntas. La lista de preguntas prohibidas son las siguientes: **1.** Capciosas –que tienden a que el imputado responda una cosa diferente a lo que en realidad quiere decir, utilizando el artificio o engaño para sacar provecho del imputado; lo inducen a error y provocan una respuesta que el imputado daría en otro sentido si la pregunta hubiere sido formulada sin subterfugios–. **2.** Sugestivas –que insinúan por sí mismas las respuestas, pues estas se hallan concatenadas con las preguntas–. **3.** Impertinentes –que no tienen que ver con los hechos imputados, o con hechos que no tienen relevancia con la causa–. **4.** Compuestas –que son formuladas en forma de inquirir sus conocimientos, sin suministrarle todos los detalles–. **5.** Conclusivas –que propenden a que el imputado acepte las conclusiones que propone el interrogador–. **6.** Especulativas –que crean una hipótesis para que el imputado la confirme o la niega, distrayéndolo con ello de lo que él percibió y recuerda–. **7.** Repetidas –que ya han sido formuladas y contestadas, pues buscan contradicciones–. **8.** Tendenciosas –que conllevan afirmaciones que el imputado ha negado o negaciones que ha afirmado–.

En cuanto al derecho instrumental al silencio del imputado, que integra la garantía de defensa procesal, es de precisar que su dominio pertenece al propio imputado. Por consiguiente, él controla lo que declara y lo que no declara. Por su extensión, puede ser total o parcial. Esto es, guardar silencio de modo absoluto y negarse a declarar y someterse a interrogatorio de modo integral; o, en su defecto,

delimitar su declaración a determinados ámbitos de lo atribuido y/o limitar el interrogatorio a su abogado defensor o a otras partes procesales, o a contestar solo determinadas preguntas.

El fundamento es que el imputado no está obligado a autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*) o a contribuir de cualquier manera en el proceso en su contra. El imputado no está obligado a confesarse autor del delito, ni siquiera a declarar contra sí mismo, pudiendo entonces excusarse de una u otra obligación (STSE de 28 de octubre de 1997). El principio general derivado es que, en el juicio oral, el juez no puede extraer conclusiones desventajosas de que el acusado no hubiera declarado [VOLK]. La declaración del acusado –cuando opta por hacerlo– supone una renuncia del derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores.

Como al imputado no le afecta un deber de veracidad en su declaración, no se le recibe juramento o promesa ni se le exhorta a decir la verdad.

Al respecto, dice NIEVA FENOLL, como corolario de expuesto, que “...El sospechoso no suele estar en una situación de serenidad adecuada para utilizar debidamente la palabra en su defensa, y mucho menos si además de imputársele unos hechos delictuosos se halla detenido. Hay que recordar que también es por ello por lo que se le garantiza por ello el silencio, en preservación de su defensa. De lo que se trata, en definitiva, es de que el reo no se traicione a sí mismo”.

El acusado no es que tenga un derecho a mentir, sino que, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el ordenamiento estadounidense con atención a la quinta enmienda de su Constitución, no asume ninguna responsabilidad específica por el hecho de mentir. El acusado no tiene un derecho constitucional a mentir y su declaración si resulta ser a la postre mentirosa puede convertirse en un indicio más de culpabilidad [BANACOCHE] –la mentira puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad– [cfr.: STCE 142/2009, de 15 de junio].

En el procedimiento de investigación preliminar la declaración del imputado, denominada jurídicamente “indagatoria”, está considerada como un medio de investigación o diligencia de investigación, y posibilita no sólo la investigación del hecho y su autoría, sino también el derecho de defensa [GIMENO SENDRA, VICENTE, 2012:521]. Conforme al artículo 337.3 a) CPP, el Fiscal puede disponer la concurrencia del imputado para que informe sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Afirma este precepto una obligación de

comparecencia por parte del imputado, y, en atención a la concordancia del artículo 86 CPP, reconoce el derecho que tiene de manifestarse sobre los hechos objeto de investigación. En ese acto solo estará presente el imputado, su defensor y el Fiscal. El emplazamiento para una declaración ampliatoria podrá producirse cuando surgen nuevos elementos de convicción o elementos de prueba (artículo 87.1 CPP).

En el procedimiento del juicio oral la declaración del imputado es considerada como una actuación indispensable, la primera del periodo de actuación probatoria —efectuada la declaración plenarial, nada se opone a que al final del período probatorio se vuelva a examinar al imputado para que se pronuncie sobre el mérito de las pruebas actuadas—. Se cuida el artículo 375 CPP de denominar la declaración del imputado como un medio de prueba (artículo 371.1, 'a' CPP), que lo reserva a la testifical, examen del perito, prueba documentada, prueba documental, prueba material, inspección judicial y reconstrucción (artículos 371.1,'b'; 378, 382, 383 y 385.1 CPP). Empero, si se toma en cuenta el artículo 160 CPP, la confesión es un medio de prueba (véase El Libro II La Actividad Procesal, de la Sección II La Prueba, del Título II Los Medios de Prueba, del Capítulo I del CPP).

Las especialidades de la denominada “declaración plenarial del acusado”, son las siguientes: **1.** Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal (artículo 376.1 CPP). **2.** Si acepta declarar, tiene el derecho de formular un relato libre y oral, introduciendo las declaraciones y explicaciones sobre su caso; y, a un interrogatorio objetivo (directo, claro, pertinente y útil), estando prohibidas, además, las preguntas repetidas, capciosas y sugestivas. **3.** El abogado defensor interviene al último.

La declaración del acusado siempre es oral. Se aplica, supletoriamente, el artículo 378.6 CPP, referido a testigos y peritos, en el sentido de que puede leerse la parte pertinente de su declaración sumarial para hacer memoria. De igual manera, si consta una contradicción, insuperable de otra manera —a esto se denomina confrontación—, también será procedente la lectura indicada, sin perjuicio del interrogatorio aclaratorio respectivo.

En caso de varios acusados, corresponde al juez, previa consulta con las partes, decidir el orden de las declaraciones. De igual manera, el juez podrá disponer se examine separadamente a cada uno si existe pluralidad de acusados. Así lo estipula el artículo 377 CPP.

2. Aspectos problemáticos

¿Puede considerarse como prueba la declaración del acusado? Como ya se anotó, el CPP solo considera medio de prueba a la confesión, aunque regula puntualmente la declaración del imputado. La razón de esta reglamentación se debe a que, en principio, nadie está mejor informado sobre los hechos en todos sus detalles y pormenores que el propio autor de los mismos, dado su intervención personal y directa en la materialización de los hechos [MORENO CATENA].

Es claro que la indagatoria es un acto de aportación de hechos que tiene un doble y simultáneo contenido: de un lado, participa de la naturaleza de los medios de investigación porque está dirigido a indagar o averiguar los hechos punibles, pero, por otro, se erige también en un acto de defensa privada porque, a través de ella, puede el imputado exculparse de la imputación sobre él existente [GIMENO]. Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos jurisdiccionales las practicadas en el juicio oral: la convicción sobre los hechos probatorios solo se alcanzan en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes procesales (STCE 345/2006, de 3 de noviembre). Es el cumplimiento de los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad.

De otro lado, la declaración plenarial del imputado puede considerarse, pese a que no se la incluya expresamente en el rubro de medios de prueba en la estructura normativa del CPP, también como un medio de prueba, sin perjuicio de que igualmente se erija en un acto de defensa. Tiene una regulación precisa en dos capítulos del CPP. Es clave sostener que como medio de prueba, a los efectos de su apreciación, no tiene un valor vinculante, pero contribuye a formar la convicción del juez conforme a la sana crítica judicial.

La información proporcionada por el acusado en su declaración plenarial si bien tiene un carácter esencial autodefensivo –es un recurso de utilización facultativa, del que solo él puede disponer, es una decisión autónoma de él–, su contenido informativo es material valorable dentro del conjunto del cuadro probatorio y susceptible de ser tratado como tal (STSE 95/2919, de 12 de febrero).

Queda claro la importancia que tiene para la ley la explicación que proporciona el imputado y el cuidado en regularla minuciosamente para evitar lesiones a sus derechos básicos –más aun cuando rechaza los cargos (la admisión de los cargos, como confesión, tiene una regulación específica: artículos 160/161 CPP)–. En las reglas ya referidas están contenidas todas las condiciones que,

como desarrollo de principios cardinales de rango superior (constitucional y convencional), importan a la validez y legitimidad de la información obtenida por esta vía y, por tanto, establecen una prohibición probatoria fundada en la prohibición de admisión de esta exposición, para las informaciones obtenidas con lesión de alguno de esos preceptos; además, la ley no dispone precepto alguno para valorar rígidamente este medio de prueba que, como todos, depende del complejo probatorio desarrollado en la causa [MAIER].

Más allá del análisis que merecerá que un imputado declare en sede sumarial y no lo haga en sede plenarial, o que en ambas sedes proporcione declaraciones contradictorias, lo esencial es (i) la presencia del imputado en el acto oral y (ii) que se le proporcione la oportunidad de pronunciarse sobre los cargos y/o sobre sus declaraciones anteriores o sumariales –se denomina a esta operación “requisitos de valorabilidad”–. Cubiertas estas posibilidades, la valoración de las declaraciones del imputado resulta necesaria y permitirá al juez formarse, en concordancia con los demás elementos de prueba, una firme convicción sobre los cargos.

El órgano jurisdiccional, en estos casos, debe apreciar con arreglo a la sana crítica racional el valor de unas u otras para formar su convicción en el sentido del artículo 393.2 CPP; no puede decirse, por tanto, que en caso de contradicción de las declaraciones de un imputado, el juez pueda optar libremente por unas declaraciones o por otras (STSE 1466/1997, de 2 de diciembre).

¿La lectura de la declaración indagatoria del acusado en el acto oral cuando éste hace valer su derecho al silencio afecta algún derecho fundamental?

No se afecta ningún derecho.

1. Acudir a la declaración indagatoria sumarial, en tanto en cuanto se prestó con todas las garantías, e incorporarla al juicio oral, dándole oportunidad al acusado para pronunciarse sobre ella y, en su caso, requiriéndole algunas explicaciones sobre ella –si decide pronunciarse–, no vulnera los principios de publicidad, intermediación y contradicción –cabe enfatizar que la declaración es, siempre, un medio de investigación o una prueba personal, no documental, por lo que no cabe solo leerla, sino instar al imputado una posición al respecto– (STEDH Isgró, de 19 de febrero de 1991). Cabe apuntar que este artículo 376.1 CPP constituye un medio por el cual es posible dar cabida en la valoración de la prueba a las declaraciones producidas en la investigación preparatoria sin vulnerar los principios de oralidad e intermediación que resultan de un debido proceso; y, no establece una excepción a dichos principios, sino que, precisamente presuponen una

confrontación oral directamente percibido por el juez y, por lo tanto, una decisión sobre la prueba producida en el juicio en sentido estricto (STSE 1563/1997, de 20 de octubre).

2. Tampoco afecta la garantía de defensa procesal porque su negativa a declarar plenariamente no deja sin efecto las declaraciones indagatorias ni las convierte en inexistentes (STSE de 20 de enero de 2008); el derecho al silencio es un derecho de uso actual, que se activa y puede ejercitarse en cada momento procesal, pero que no retroactúa sobre los ya transcurridos; el acusado puede guardar silencio en el juicio, pero no hacer que éste se proyecte hacia atrás, con la eficacia de cancelar otras manifestaciones precedentes. Lo adquirido en sede investigación preparatoria forma parte definitivamente de los autos, de los que solo podría ser expulsado (declaración de inutilizabilidad) por razón de ilicitud (STSE 95/2010, de 12 de febrero). Solo con la lectura y ulterior emplazamiento al acusado puede incorporarse al debate la declaración indagatoria cumpliendo con la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (STCE 284/2006, de 9 de octubre). Se trata, propiamente, de condiciones o requisitos de valorabilidad.

¿Es similar la doctrina aplicable cuando el acusado en su declaración plenaria se retracta de lo que declaró en su indagatoria?

El CPP no contiene una norma expresa al respecto. Pero, es razonable y jurídicamente posible acudir supletoriamente al artículo 376.1 CPP, referido a la negativa a declarar del imputado. Cuando existen contradicciones objetivas entre lo expuesto en un primer momento y en otros momentos se requiere de una confrontación, de una lectura y de un interrogatorio específico al acusado para que explique el cambio de versión. Es la lógica del interrogatorio y de la existencia de una declaración anterior, siempre que esté prestada con todas las garantías. Cabe señalar que en un primer caso el acusado no dice nada y en el segundo caso el acusado proporciona un relato contradictorio al expuesto sumariamente; en ambos casos, el debido esclarecimiento de los hechos exige confrontar al imputado con lo que antes expuso y obtener de él, de ser posible, una versión explicativa.

Lo dispuesto en el referido precepto procesal se entiende como la expresión de un principio general que se debe aplicar a la apreciación de todas las declaraciones que tienen lugar en el juicio oral y que pueden no resultar coincidentes con las prestadas anteriormente (STSE de 29 de marzo de 1989).

¿Cómo se valora estas posiciones contradictorias o el silencio antecedido de una declaración voluntaria en sede sumarial?

Las exigencias de razonabilidad valorativa son dos: **1.** Es posible estimar que cualquiera de ellas puede tener mayor credibilidad o fiabilidad, pero si se prefiere la declaración indagatoria, al faltar la intermediación, se impone afirmar su mayor verosimilitud objetiva, que exige acudir a datos periféricos u otros medios probatorios. **2.** El juez debe expresar las razones por las que inclinó a una de las declaraciones, de suerte que si opta por la declaración indagatoria, precisamente por la falta de intermediación, debe razonar la causa de concederle mayor credibilidad [CALDERÓN/CHOCLÁN].

Derecho al silencio y presunción de inocencia. Se entiende que la vulneración del derecho a guardar silencio sólo puede ser examinada en relación con las consecuencias negativas que haya podido extraerse del mismo (STEDH Murray, de 8 de febrero de 1996). Por tanto, si la condena se sustenta, únicamente, en la valoración *contra reo* de la negativa a prestar declaración, se vulnera la presunción de inocencia (STCE 117/2000). Ésta no es valorable como “indicio” pues el imputado ejercita en este supuesto un derecho constitucional (STSE de 15 de noviembre de 2000)

Si de otra manera, la negativa se conecta con otros medios probatorios –directos o indirectos–, y la condena no es irrazonable o arbitraria, no se vulnera tanto la presunción de inocencia cuanto la garantía de motivación (STCE 202/2002, de 24 de julio). Para apreciar el silencio del imputado, primero, como advertencia, es de ser especialmente prudentes por la afectación al citado derecho constitucional; y, segundo, no es ilícito tener en cuenta tal silencio en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo, que se presentaría cuando existan pruebas incriminatorias objetivas al respecto y, siempre, como corroboración de lo que ya está probado, de modo que el sentido común dicta que la omisión de declarar equivale a que no hay explicación posible (STCE 137/1998, de 7 de julio; STSE 1290/2009, de 23 de diciembre). Es de entender que no se condena por no explicar; se condena por unas pruebas suficientes para construir racionalmente un juicio de condena, que no encuentra a su vez en el silencio del acusado otra prueba que neutralice su capacidad demostrativa (STSE de 16 de marzo de 2004). La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible; esto es, una vez que concurre prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado (STSE 455/2014, de 10 de junio).

En conclusión, en la línea de la STEDH Murray de 8 de febrero de 1996, el acusado que mantiene silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del cúmulo de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar del que no puede resultar la prueba de su culpabilidad, no obstante en determinados supuestos puede el Tribunal conceder alcance al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto 9indiciario (STSE de 29 de noviembre de 2012).

Derecho a la última palabra. Es la expresión más clara de la autodefensa del acusado en el proceso penal. Está reconocido en el artículo 391CPP. Integra, como derecho instrumental, la garantía de defensa procesal (STSE de 9 de diciembre de 1997). Con este derecho el acusado puede matizar, completar o rectificar, todo lo que tenga por conveniente y que no suple su abogado defensor. A través de la última palabra tiene la posibilidad de que el tribunal incorpore a los elementos de juicio, para apreciar de acuerdo a la sana crítica judicial, lo manifestado por el acusado (STSE 825/2009, de 16 de julio). Se le da pues un sentido de “declaración”, valorable como tal.

Indefensión material. No toda vulneración de normas procesales importa indefensión. Se requiere lo siguiente:

1. Que se haya infringido una norma procesal.
2. Que exista privación o limitación de oportunidades de defensa, entendiendo por tales la consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas.
3. Que la indefensión no sea imputable al que la sufre, de modo que la prueba de la indefensión corre a cargo de éste: asimismo, debe determinarse en cada caso el grado de diligencia exigible al justiciable o a su abogado.
4. Que la privación o limitación de la defensa no haya quedado posteriormente sanada.
5. Que se ponga de manifiesto no sólo la limitación o privación, sino además el contenido que hubiera tenido lo preterido, esto es, que se demuestre la indefensión material.
6. Que la privación o limitación haya tenido incidencia efectiva en el fallo [ARMENTA DEU].

3. La confesión del imputado

3.1. Concepto

La confesión –artículo 160 CPP, modificado vía Ley n.º 30076– es considerada una prueba en el proceso penal. Es la aceptación de los cargos en sede judicial, una simple admisión de hechos objeto de imputación, formulada por el imputado, libre y voluntariamente –en estado normal de sus facultades psíquicas–, y con presencia de su defensor. Es calificada como un importante elemento de cargo –en función a su posibilidad, verosimilitud y coherencia interna–, pero no es una prueba autónoma, pues requiere de elementos de corroboración aún periféricos, de una fuente independiente –concordancia con otros medios de prueba–.

3.2. Efectos

El artículo 161 CPP, modificado vía Ley n.º 30076, regula los efectos de la confesión. Si esta es sincera (veracidad, unida al sano propósito de esclarecer los hechos, y espontánea: libre y persistente –incluso unidos a hechos o compromisos con relación al daño causado–) determinará, según el prudente arbitrio del juez, aunque jurídicamente vinculado, la disminución prudencial de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal. En esa misma línea, aunque incorporando otros adjetivos, la Corte Suprema incluyó, como sinónimos para la sinceridad, los vocablos: completa, veraz, oportuna y persistente (Ejecutoria Suprema RN n.º 3487-2012/Lima, de 14-03-13). La falta de persistencia o uniformidad en las declaraciones sucesivas del imputado excluye el beneficio premial (Ejecutoria Suprema RN n.º 3112-2012/Pasco, de 31-01-13). Se excepciona de esta regla los casos de confesión irrelevante, que tiene lugar cuando el imputado fue detenido en flagrancia delictiva o cuando existen pruebas de cargo evidentes –está referida a hechos irrefutablemente acreditados por otros medios (Ejecutoria Suprema RN n.º 3599-2012/Ancash, de 22-03-13)–; en estos casos faltarían la espontaneidad [NEYRA].

En efecto, la regla es la reducción de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, por confesión sincera. Esta regla tiene cuatro excepciones: **1.** Flagrancia delictiva. **2.** Irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso. **3.** El agente tiene la condición de reincidente o habitual. **4.** Inaplicable en los casos de delitos previstos en los artículos 108-B o por cualquiera de los delitos comprendidos en el capítulo I (violación de la libertad personal): artículos del 153 al 153-J y capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo), XI (ofensas

contra el pudor) del título IV del libro segundo del Código Penal (delitos contra la libertad).

Las dos primeras excepciones son reglas esclarecedoras que integran la propia noción de confesión en clave de colaboración con la justicia. Son formas de admisión de cargos no relevantes para el curso de la investigación, debido que mediar confesión el hecho está probado sobre la base de las propias condiciones de la flagrancia delictiva o de una actividad probatoria ya consolidada. La confesión, por tanto, no aporta nada al esclarecimiento de los hechos: no hay confesión de lo evidente [ver Acuerdo Plenario n.º 4-2016, de 12 de junio de 2017. FJ 20].

La tercera excepción, a diferencia de las dos primeras, es ajena por completo a la confesión de quien colabora con la justicia. El aporte de información relevante, difícil de encontrar sin la contribución del imputado en cuestión, es independiente de que este pueda ser primario o no. Desde el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, no existe un factor o pauta de diferenciación objetiva y razonable entre la confesión y la condición de reincidente o habitual del confesante. Esa ausencia de relación entre una y otra consecuencia jurídico penal –del criterio selectivo y diferenciador– torna injustificada constitucionalmente esta exclusión. En consecuencia, no debe ser aplicado por vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad en relación con los derechos afectados por una indebida exclusión de la aminoración de pena. [ver Acuerdo Plenario n.º 4-2016, de 12 de junio de 2017. FJ 21, 22 y 23].

La última excepción (incorporada por Decreto Legislativo n.º 1382, de 28 de agosto de 2018 y modificado por Ley 30962, de 18 de junio de 2019), tiene similar fundamento que la anterior excepción. En efecto, la Ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente.

4. Declaración del imputado y prueba ilícita

El imputado está protegido por los derechos fundamentales procesales vinculados a la defensa procesal y al debido proceso, así como por los derechos fundamentales materiales referidos a su integridad moral, física y psíquica (artículo 2.1 de la Constitución). Como el imputado debe poder decidir libremente si, qué y cuanto declara, deben inutilizarse los métodos que lo afectan: maltratos, agotamientos, suministro de medicamentos que le resten poder de decisión y comprensión de su entorno, torturas o tratos crueles o degradantes, hipnosis, coacción, amenazas con medidas procesalmente inadmisibles y promesa de ventajas no previstas legalmente. De igual manera, está prohibido, y debe inutilizarse,

el engaño, la provocación para declarar –si luego del engaño o provocación se toma nuevamente la declaración del imputado y se le instruye debidamente, con intensidad, de todos sus derechos, esta última declaración no es ilícita–. Un campo discutible es la utilización de astucia por la autoridad –difícil de distinguir del engaño–, las declaraciones espontáneas del imputado –sin que se le someta a interrogatorio, de suerte que el policía declare sobre lo que expuso o que grabe o filme lo que dijo el imputado, siempre y cuando el policía no lo haya sometido a interrogatorio y actúe pasivamente escuchando la narración de aquél–. Es ilícita la utilización de presos o de policías que se hacen pasar por presos para obtener interesadamente, mediante preguntas sobre lo que hizo, declaraciones del imputado. Supuesto distinto es la indagación que puede hacer la víctima, por sí por un tercero, incluso mediante un investigador privado [VOLK].

5. La declaración del coimputado

La declaración de un coimputado o coacusado puede afectar el entorno jurídico de otros coimputados o coacusados, de suerte que tal declaración tendría una doble función: medio de defensa personal y medio de incriminación de los otros, más aún cuando si, por esa delación, puede obtener beneficios premiales, aunque ese hecho, de plano, no la priva de valor probatorio (STSE 849/2015, de 1 de diciembre). Tal declaración, en principio, es un medio de prueba válido y legítimo, pero limitado. Nuestra jurisprudencia viene denominándola “testimonial impropia”, aunque en pureza no es testigo desde que el coimputado no es ajeno al hecho como lo es testigo –no tiene esa nota de ajenidad o de ser un tercero–, no presta juramento de decir verdad, tiene derecho a no autoinculparse y no responde en caso de mentiras, lo que ha permitido calificar a la declaración del coimputado, siendo “peculiar”, como una “prueba sospechosa”, por lo que mejor es considerarlo como una mera declaración del acusado y, como tal, asumir su régimen jurídico [BARONA], pues él no comparece como testigo sino como acusado.

El problema se presenta no en la declaración en sí, sino en su valor probatorio. La cautela que obliga una prueba sospechosa se ha traducido en considerarla una prueba insuficiente, no autónoma para enervar la presunción constitucional de inocencia contra el coimputado delatado. Objetivamente, el contenido de ella debe estar mínimamente corroborado, a partir de datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de tal declaración, lo que debe efectuarse caso por caso (cfr.: STCE 233/2002, de 9 de diciembre) –corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma; el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado,

ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte de idéntico contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonablemente la conclusión de que el mismo se habría producido; y, no tiene el carácter de tal la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria: SSTSE de 23 de julio de 2004 y de 18 de septiembre de 2009)–. Subjetivamente, es de examinarse minuciosamente el contexto ambiental, individual –su personalidad y relaciones con el delatado– y procesal en el que se producen, –precisión, claridad, coherencia interna y contundencia de la imputación– para descartar que existan móviles de odio personal, resentimiento o promesas económicas o de cualquier clase, como puede ser la de un trato procesal más favorable o el levantamiento de la prisión preventiva; también debe descartarse el ánimo autoexculpatorio derivando la responsabilidad hacia las personas a las que imputad la comisión del hecho punible (cfr.: STSE 675/2017, de 16 de octubre).

II. EL TESTIMONIO

1. Concepto

Es la declaración oral de conocimiento prestada ante el juez y efectuada por personas físicas que conocen de la comisión del hecho punible. Como medio de prueba, pretende acreditar la veracidad de una afirmación fáctica a través de la información que aporta en el juicio oral un sujeto ajeno al proceso que ha tenido conocimiento de algún del hecho delictivo [BANACLOCHE].

El testigo –fuente de prueba– es una persona física ajena a los hechos, es una tercera persona llamada a comunicar al juzgador sus percepciones sensoriales extrajudiciales [ALCALÁ-ZAMORA], desprovistas de cualquier valoración. Por razón del nexo con el hecho –objeto de la prueba testifical–, el testigo puede ser directo: cuando conoce del hecho mediante una percepción directa e inmediata, sin personas interpuestas; o, de referencia: cuando conoce del hecho a través de otra u otras personas interpuestas. No se acepta que emita conceptos u opiniones –cuestiones jurídicas o juicios de valoración–, pues objeto de la declaración son hechos pasados o presentes; sus opiniones, conceptos, juicios de valor o apreciaciones sobre los hechos y responsabilidades no tienen en general ningún valor probatorio, salvo cuando se trate de un testigo técnico [NEYRA]. Estas reglas las recoge el artículo 166 CPP.

En su calidad de tercero, no pueden ser testigos el imputado ni el juez –el testigo ha de ser ajeno a los derechos que se ventilan en el proceso–. Si bien

el agraviado no es ajeno a los hechos, se acepta su declaración, pero al no ser absolutamente neutrales existe una regla jurisprudencial que condiciona su valor a determinados requisitos. Por tanto, en el proceso penal deben matizarse aquellas observaciones que destacan, a semejanza del proceso civil, la característica de ajenidad, referida por lo general a que el testigo es ajeno al proceso, a las partes y al objeto procesal. El testigo es, siempre, ajeno al juez, pero no necesariamente de las partes y del objeto procesal, desde el momento en que, de ser perjudicado por el delito, puede ser actor civil.

Una modalidad de declaración testifical es la proporcionada por el denominado “testigo-perito” (artículo 166.3 CPP). Él declara sobre lo que ha observado con motivo de su conocimiento profesional especial; por consiguiente, es testigo, no perito. Su declaración se refiere a hechos o situaciones pasadas, para cuya observación fue necesario un conocimiento especial. Una persona con tales percepciones, en oposición al perito, es insustituible [Roxin]. Por ello se le exceptúa de la prohibición de expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y las responsabilidades.

El testigo, en suma, tiene asignado tres roles: **1.** El testigo declara sobre sus percepciones. No es relevante que pueda advertir los hechos por causalidad, si ha sido enviada para hacerlo (v.gr: una persona de confianza de la autoridad) o si estaba obligado a observar algo por su trabajo. **2.** Cualquier persona puede ser testigo. No se precisan conocimientos especiales previos. En principio nadie es inhábil para ser testigo, cuando se tiene la capacidad –e incluso si la tiene de manera muy limitada– para percibir y transmitir las percepciones (por lo que, en definitiva, solo se excluyen los niños muy pequeños). **3.** A los testigos se les exige informaciones sobre hechos –sobre el comportamiento de otras personas–, no juicios de valor. Problemas jurídicos, máximas de la experiencia, suposiciones o conclusiones respecto de otros hechos no son objeto de la prueba testimonial. Los hechos internos que experimentó el testigo pueden ser objeto de su testimonial, no cuando se refiere a procesos psíquicos ajenos.

2. Estatuto jurídico del testigo

Como declara sobre hechos ajenos, el testigo está sujeto a tres obligaciones básicas: de comparecer al llamamiento judicial, de declarar sobre lo que sabe del hecho enjuiciado, y de decir la verdad –en rigor, ser sincero (se le somete a promesa o juramento y si miente será reputado como autor del delito de falso testimonio)–. Estas obligaciones expresan una carga pública y exterioriza un indelegable deber cívico.

El deber de concurrencia a la sede judicial –instado bajo apercibimiento de conducción compulsiva en caso de inconcurrencia– puede excepcionarse respecto de los físicamente impedidos o que adolecen de una enfermedad; y, también, de los altos dignatarios y miembros del cuerpo diplomático –declaran por informe escrito o en su domicilio, privado u oficial–. La norma de la concurrencia del testigo es cuando reside en la localidad donde actúa el tribunal. Si reside fuera de esos límites puede declarar vía exhorto o con arreglo a las reglas de cooperación judicial internacional, sin perjuicio de la posibilidad de videoconferencia.

El deber de declarar sobre lo que conozca incluye el de presentar objetos o documentos relacionados con el delito, someterse a inspecciones o reconocimientos, pericias, careos, etc.

3. Capacidad, incompatibilidad, abstención

- A.** Rige la regla de la habilidad general para ser testigo, en cuanto sea capaz de declarar inteligiblemente y comprender que tiene que decir la verdad; la capacidad para testimoniar la tiene cualquiera, incluso los enfermos mentales y los niños (artículo 170.2 CPP) –su credibilidad es otra cuestión, en que el juicio respectivo está en función a las reglas de la sana crítica–. El artículo 171.1 CPP incluye como testigo hábil al mudo, sordo o sordo mudo, así como al que no sabe el castellano, los que declararán por medio de intérprete.
- B.** Existen situaciones de incompatibilidad para ser testigos. No pueden serlo los jueces, fiscales y secretarios en el mismo proceso. El abogado defensor no puede ser testigo –no puede asumir la defensa si conoció del hecho antes de su designación–; no cabe asunción simultánea de ambas posiciones. El imputado no puede ser testigo en su propia causa. Se acepta, sin embargo, la figura del denominado “testigo impropio”: el coimputado que declara en la causa sobre la conducta de otro en la misma causa, aunque su régimen es la de los imputados (su posición procesal, el régimen de su declaración y sus deberes son diferentes al de los testigos “propios”). El problema de la declaración del coimputado es su valoración en tanto se le considera como una prueba intrínsecamente sospechosa y al no ser prueba autónoma se exigen otros requisitos adicionales que garanticen su atendibilidad. El régimen de imputado cesa cuando el proceso concluyó.
- C.** La abstención funciona tratándose de los portadores de secretos de Estado o profesionales, y los parientes, en tanto en cuanto la declaración esté

incurra en ese ámbito. Respecto de lo cual debe proporcionarse, al menos, principio de prueba que lo acredite.

- (i) Ciertas personas tienen el deber de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos de los que conozcan en razón del propio Estado – el secreto o la reserva han de estar oficialmente declarados: artículo 165.2b CPP–, oficio o profesión. La reserva, incluso, está judicialmente tutelada por el CP, que castigan su violación, y frente a ella cede el deber de testimoniar. Las invocaciones erróneas del deber de abstención son decididas por el juez; así, la situación de secreto está impuesta frente: **1)** un hecho que no sea notorio o públicamente conocido; **2)** un hecho referido a la vida privada y que se quiere mantener fuera del conocimiento público y el interés en su reserva esté objetivamente justificado; **3)** que haya llegado a conocimiento con motivo del desempeño de una actividad prevista en la ley; **4)** que la divulgación puede causar daño patrimonial, moral, al honor o fama. Se exceptúan del deber del secreto en los supuestos de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, deber impuesto por leyes especiales, cuando estén en juego la integridad de un menor [CAFFERATA].
- (ii) Están facultados para abstenerse de testificar, conforme al artículo 165.1 CPP, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como el conviviente; parientes por adopción, cónyuges y convivientes separados –es una facultad fundada constitucionalmente en la protección de la intimidad familiar y su cohesión–. Tal abstención no rige cuando el delito aparece ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado, o cuando el emplazado fue quien denunció el delito –en estos casos, seguramente la cohesión familiar ya está afectada o resquebrajada por acción del imputado denunciado–.

4. Estructura de la testimonial

Está regida por el artículo 170 CPP.

- A. El primer paso está constituido por el deber de instrucción del juez acerca de los derechos del testigo –no está obligado a declarar si puede incriminarlo–, de las obligaciones que tiene, y de la responsabilidad en que incurre en caso de incumplimiento. Acto seguido prestará juramento o promesa de decir

la verdad, obligación de la que carecen los parientes y los que están sujetos al deber de reserva por razones de Estado o de profesión, así como los menores y quienes padecen de alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción.

- B.** El segundo paso son las generales de ley –o generalidades–, que incluye una referencia a sus relaciones con alguna de las partes. Su domicilio puede ser reservado si teme por su integridad.
- C.** El tercer paso está referido a las declaraciones sobre el hecho. Se le interrogará sobre los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tengan relación con el delito, y sobre toda circunstancia útil para valorar su testimonio. El testigo ha de declarar a viva voz, no debe leer. Las preguntas deben ser oportunas y las observaciones precisas. Se rechazan las preguntas **(i)** capciosas –tienden a que el testigo responda una cosa diferente a lo que en realidad quiere decir, utilizan el artificio o engaño para sacar provecho del testigo, lo inducen a un error, provocan una respuesta que el testigo daría en otro sentido si la pregunta hubiere sido formulada sin subtestigos (STSE de 08-02-01)–, **(ii)** sugestivas –insinúan por sí mismas la respuesta, pues esta se halla contenida en la pregunta–; o **(iii)** impertinentes –que no tienen que ver con lo declarado objeto de la causa, con la cuestión enjuiciada; que no se ciñan a los hechos sobre los cuales debe versar cada clase de interrogatorio (directo y contrainterrogatorio) ni pueden tener influencia en la causa, a menos que con las preguntas se persiga impugnar la credibilidad del testigo [CASTRO OSPINA]–. El cuestionamiento en sede recursal prosperará cuando la pregunta denegada por esas razones sea de manifiesta influencia en la causa, produciendo verdadera indefensión (STSE de 30-07-88).

El interrogatorio de los testigos debe ser lo suficientemente claro para que lo entiendan fácilmente; distribuido en diversas preguntas formuladas del modo más conciso posible, procurando que cada una comprenda un solo hecho o punto –se rechazan, entonces, las **(iv)** preguntas compuestas–; redactadas en forma de inquirir sus conocimientos, sin suministrarle todos los detalles, que precisamente debe exponer de manera espontánea si los conoce, es decir, sin que las preguntas sean sugestivas o sugerentes [DEVIS ECHANDÍA]. En esta perspectiva tampoco se aceptan las preguntas **(v)** conclusivas –en las que el declarante acepta las conclusiones que propone quien interroga; ambiguas o confusas –preguntas incomprensibles que distraen al testigo del relato o que lo confunden no solo a él, sino

también al juez; **(vi)** especulativas –crean una hipótesis para que el testigo la confirme o la niegue, distrayéndolo con ello de lo que él percibió y recuerda; **(vii)** repetidas –que ya han sido formuladas y contestadas dentro de la audiencia; son, por lo general, empleadas en el contrainterrogatorio de manera intercalada para buscar contradicciones–; y **(viii)** tendenciosas –conllevan afirmaciones que el testigo ha negado o negaciones que ha afirmado– [CASTRO OSPINA].

El artículo 170.6 CPP, modificado por la Ley n.º 30076, autoriza que en el contradictorio al testigo se formulen preguntas sugestivas. Se entiende por contradictorio o contraexamen las preguntas formuladas por el abogado de la parte contraria después que el testigo fue objeto del interrogatorio por la parte que lo propuso, en cuya virtud se pone a prueba la información obtenida por este, y se refiere a cualquier tema relevante para la defensa de la parte contraria. Sus objetivos son tres: **1.** Obtener el testimonio favorable del testigo en cuestión. **2.** Desacreditar el testimonio de ese testigo o desacreditarlo a él. **3.** Neutralizar parte del testimonio de testigo resaltando aquellos actos que favorezcan la posición procesal de la contraria [NEYRA].

En esta perspectiva, autorizar preguntas que sugieren la respuesta es colocarse en una situación de adversabilidad en función a lo que peculiarmente se denomina “teoría del caso”, ajena a la concepción del Código e incompatible, primero, con la *veritas delicti* como meta del proceso penal –búsqueda objetiva o esclarecimiento sobre el hecho imputado–, y, segundo, con la exigencia de un interrogatorio objetivo como derecho del testigo y necesidad de un proceso limpio y equitativo, con igualdad de armas.

La técnica del interrogatorio es vital. Existen dos técnicas: la interrogativa y la narrativa. La primera, del modelo adversarial, que consiste en ir formulando preguntas al interrogado, que va respondiendo una por una, sin dar pie a explicaciones del testigo, y por tanto refuerza la construcción del relato del interrogador. La segunda, del modelo eurocontinental, que hemos seguido, que da pie al interrogado para que primero declare sobre unos hechos, que se le exponen brevemente, pidiéndole que cuenta lo que sepa de los mismos; luego, con preguntas puntuales, se le pide precisiones, que levante posibles contradicciones o que sea más explícito en determinados pasajes. Este último, sin duda permite un control del testimonio con mayor facilidad y conocimiento de causa [NIEVA].

El CPP incorpora los denominados testimonios especiales. No solo reconoce el testimonio del mudo, sordo o sordo mudo y de quien no hable el castellano, así como del testigo enfermo o imposibilitado de concurrir. También comprende (artículo 171.3 CPP) al menor de edad y al testigo víctima afectado psicológicamente por el delito, en cuyo caso el testimonio se recibe en privado con la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio, y la asistencia de un familiar.

5. Valoración del testimonio

Rige, como no podía ser de otro modo, la regla general del artículo 158.1 CPP: sana crítica racional; el juez debe determinar la credibilidad y el grado de eficacia probatoria que le merezcan los testimonios. Específicamente, se exige para su debida valoración, primero, tomar en cuenta las circunstancias personales del testigo –crítica de sus condiciones internas y examen de sus relaciones con las partes y con la causa, la causa y los hechos–, así como su capacidad memorativa y narrativa, y su personalidad; y, segundo, la razón de sus afirmaciones, base y fundamento –examen del contenido, que incluye la crítica de la verosimilitud del hecho y de la manera cómo fue conocido por el testigo–. Debe analizarse si la declaración del testigo es verosímil y en todo caso ha de confrontarse esa manifestación con las que eventualmente haya podido realizar con anterioridad, en sede de investigación preparatoria [ROSAS YATACO]. Por otro lado, a partir de las investigaciones recientes de psicología de la percepción y de la memoria, muy críticas respecto de la fiabilidad de los testimonios basados en determinadas percepciones sensoriales, se permite desarrollar prueba sobre la prueba; esto es, prueba para permitir una mejor valoración de la credibilidad del testimonio [BANACLOCHE].

No hay duda del campo de aplicación muy amplio del testimonio. Salvo los casos en que la ley civil configura actos a los que exige una solemnidad especial, su utilización es suficiente para considerar probados toda clase de hechos o actos jurídicos. No existen limitaciones *ad valorem* para la prueba de delitos por testigos, ni para probar contra lo dicho en un documento privado o público con el fin de establecer un delito [DEVIS ECHANDÍA].

Para su valoración se parte de un principio general: “las personas se conducen con veracidad” y solo excepcionalmente por motivos variables apelan a la falsedad. Su fuerza probatoria parte de la presunción de que el que la presta ha podido observar exactamente y querido declarar la verdad. Ha de estudiarse la sinceridad –franqueza de decir lo que se vio y escuchó– y la veracidad del testimonio –correspondencia con la realidad objetiva–.

Como consecuencia del interrogatorio debe tenerse claro las condiciones individuales del testigo, vinculación con los hechos y otras personas, y el contenido de su declaración –directo o referencial–. Su evaluación –no es puro raciocinio– no presenta las cualidades lógicas que tienen otras pruebas, por lo que ha de basarse en la psicología, experiencia y sentido común.

No es cierta aquella afirmación que señala que si una parte del relato es cierto, luego todo es falso. Es un principio presuntivo falso, contrario a la libre convicción. Asimismo, se debe poner mucha atención a las prácticas continuas y reiterativas de citar a un testigo a compadecer a declarar en varias ocasiones. Si bien puede existir un razonable motivo de aclaración de determinados aspectos de su testimonio, esto no favorece a la espontaneidad y autonomía con que debe operar una declaración testifical; por el contrario, favorece o induce a reelaboraciones y perfeccionamientos de la narración, que, aunque solo estuvieron movidos por la pretensión de ser creído en una información que se tiene y se transmite como verdadera, objetivamente la pueden distorsionar [IBÁÑEZ]. A todo esto, se debe sumar el hecho que, en no pocas ocasiones, debido a la transcripción de las respuestas dadas al investigador policial, al fiscal o al juez no es literal, el testigo, al declarar en momentos ulteriores, y hacerlo con algún matiz diferencial, puede verse enfrentado a afirmaciones tomadas de su declaración precedente, en demanda de aclaraciones que, paradójicamente, no tendrían que ser de su incumbencia, sino más bien del redactor policial o judicial [IBÁÑEZ].

De manera resumida, son requisitos de existencia del testimonio: **(i)** Que se trate de una declaración personal de un tercero que no forma parte del proceso; **(ii)** que tenga significación confirmatoria; **(iii)** que verse acerca de los hechos acaecidos con antelación o comenzados a acaecer antes de la declaración aunque sigan ocurriendo al tiempo de realizarse ella; **(iv)** que hayan sido percibidos o conocidos por el declarante a través de sus sentidos. En cuanto a los supuestos de validez del testimonio, se tiene: **(i)** que el testigo esté en uso de razón; **(ii)** con los sentidos aptos; **(iii)** que deponga de ciencia propia; **(iv)** que lo haga íntegra y circunstancialmente; **(v)** que declare en juicio; y, **(vi)** que no tenga interés en mentir [ALVARADO/ÁGUILA].

Cabe agregar que la epistemología atribuye al testimonio un gran valor epistémico, pues si él conoceríamos mucho menos de lo que conocemos. Solo el testimonio permite adquirir conocimientos prescindiendo de la experiencia en primera persona. Por otra parte, la psicología indica que el testimonio presenta numerosos lados oscuros. Muy a menudo la memoria falla al recuperar las informaciones relevantes y no es raro que la declaración sea confusa o incorrecta

por algún motivo, o que ésta sea malinterpretada por sus destinatarios. El testigo voluntaria o involuntariamente puede alterar lo que realmente percibió; la sinceridad es vital, pero no descarta el error de percepción o de memoria, incluso el testigo puede sufrir alteraciones (ilusiones óptico-geométricas, sugerencias). Por ello, en contextos procesales se opta por el principio de desconfianza, de suerte que no se debe acoger un testimonio a menos que este se muestre atendible, para lo que sirve las dinámicas procesales del control dialéctico y de la confrontación crítica (el principio de contradicción y el principio de inmediación constituyen una garantía fundamental, como señala TUZET). La exigencia será más fuerte cuando se juzga un caso complejo y/o grave, el testimonio es más vulnerable en ciertos contextos –vínculos familiares, lógicas violentas o intervención del crimen organizado–.

Los testigos, en esta perspectiva, al ser de varias clases: (*i*) directos o de referencia –según presenció (también advirtió) o no los hechos (se los contaron)–, (*ii*) interesados y desinteresados –los testigos interesados tienen un componente emocional y desean un determinado resultado para el proceso–, y (*iii*) si su nombre consta objetivamente en la causa o si son llamados por las partes), corresponde un análisis más o menos intenso de credibilidad. En su análisis no es del caso examinar sus gestos o modo de comportarse sino lo que declara; así, (1) que su exposición sea coherente, (2) que contextualice las circunstancias en que sucedieron los hechos, (3) que su versión se fortalezca con otras pruebas –que es lo más seguro en estos casos–, y (4) que al declarar no realice comentarios oportunistas –exposiciones innecesarias que intentan aportar una falsa credibilidad– [NIEVA].

Con respecto a la retracción del testigo, se ha de indagar sobre los motivos de la retracción, en qué circunstancias varió su versión (libre, influencias, amenazas), y confrontar ambas versiones con el resto de la prueba, analizando cuál de ellas se compeadece mejor con el mérito de la causa.

Hay que tener en cuenta también la calidad del testigo. Siguiendo a BENTHAM “los testigos se pesan, no se cuentan”.

6. La declaración de la víctima

Se asemeja a la del testigo (artículo 171.5 del CPP), pero no presta juramento; incluso puede constituirse en actor civil (artículo 98 del CPP). En vista que denunció al imputado y, obviamente, está interesada en su condena, su declaración, por más veraz que pretenda ser, está, desde una perspectiva psicológica, incuestionablemente sesgada. Es una declarante interesada y teme que el imputado

quede sin castigo. El problema se ahonda cuando la víctima es la vez la única persona que presenció los hechos (delitos de clandestinidad). La corroboración en estos casos sufre matices. Por la situación de estrés en que se encuentra, el relato de la víctima no ayuda al juicio de coherencia y contextualización; de ahí, que cuando la víctima es menor o una persona vulnerable que sufrió gran afectación por lo sucedido debe realizarse por un psicólogo forense, a la vez que debe evitarse la confrontación visual con el imputado, incluso evitando a la víctima acudir a la Sala de Audiencia –por ello se justifica la cámara Gesell–; la víctima no debe sentirse intimidada por la presencia judicial, sin perjuicio que el fiscal, la defensa y el juez pueden transmitirle preguntas al psicólogo –no se acepta, como en los demás testigos, un interrogatorio cruzado (artículo 171.3 del CPP)–; y, su declaración debe realizarse lo más pronto posible al hecho y a la denuncia, así como, tras la declaración, el psicólogo debe emitir un dictamen sobre lo observado, exponiendo incluso sus conclusiones acerca de la credibilidad, perito que a su vez se someterá al contradictorio en el plenario [NIEVA].

III. LA PERICIA

1. Aspectos Generales

1.1. Concepto

Es el medio de prueba, de carácter complementario, mediante el cual se obtiene, para el proceso, diversas actividades de observación, recojo de vestigios materiales y análisis consiguientes, que den lugar a un informe o dictamen –aporte de conocimientos– fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de experiencia calificada, indispensables para poder conocer o apreciar los hechos relevantes de la causa (artículo 172.1 CPP), en cuya virtud su autor o autores se someten a un examen por las partes procesales y, en su caso, por el juez, para proporcionar las explicaciones y aclaraciones correspondientes sobre el contenido de lo que realizaron. Todo el procedimiento regulado legalmente para obtener del perito –que es quien aporta la información técnica necesaria– determinadas conclusiones probatorias, es lo que se conoce como prueba pericial [CLARÍA].

El perito es una persona con conocimientos científicos, técnicos o artísticos de los que el juez, por su específica preparación jurídica puede carecer, llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencias especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia

que han sido adquiridas con autoridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la causa [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. Es una prueba de naturaleza personal, puesto que es una persona, el perito, incluso si pertenece a una institución oficial, la que dictamina e informa al juez —es una declaración de conocimiento—. El perito y sus conocimientos especializados es la fuente de prueba, mientras que la peritación es el medio de prueba [GÓMEZ COLOMER]. La función de la pericia es ayudar al juez en el examen de una cuestión de prueba, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba resulte necesario determinados conocimientos propios de una cultura profesional especializada. Inciden en circunstancias relativas a los hechos (investigados o juzgados), elementos o cuerpo del delito o la persona de su presunto autor. En la pericia los datos concretos ya se conocen —a través de la prueba personal o real—; se trata únicamente de conocerlos, y por eso la pericia se forma con una experiencia técnica que presupone los conocimientos especializados —el artículo 172.1 del CPP hace referencia a conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, al que el artículo 262 del Código Procesal Civil agrega los conocimientos especiales de naturaleza tecnológica—.

En resumen, la prueba pericial es un medio de prueba dirigido a integrar el conocimiento del juez con las máximas de la experiencia especializada que proporcionan los expertos. La pericia cumple tres funciones: **1.** Realizar averiguaciones para obtener fuentes de prueba; **2.** Examinar dichas fuentes, seleccionándolas e interpretándolas; **3.** Efectuar valoraciones sobre las fuentes de prueba adquiridas e interpretadas. El perito tiene como una de sus competencias señalar ciertos detalles relevantes de la fuente de prueba que solo un experto puede identificar, así como aplicar las máximas científicas a las fuentes de prueba de modo que puedan ser comprendidas y valoradas por el juez [TONINI-CONTI].

La finalidad de la información calificada que se proporciona con este medio de prueba —al que debe acceder el juez si es que no tiene los conocimientos necesarios— es aportar al proceso conocimientos de carácter técnico o profesional sobre circunstancias relativas a los hechos enjuiciados, elementos o cuerpos del delito o la persona de su presunto autor. Lo complementario de la prueba pericial se explica porque permite apreciar lo que ya ha sido adquirido anteriormente por otros medios de prueba; y su función es ilustrar al juzgador sobre unas materias, que por su carácter especializado, requieren conocimientos concretos de los que él carece [PLANCHADELL]. No se trata de que el perito sea quien decida el sentido de una causa judicial, sino de un órgano de apoyo a la actividad jurisdiccional para la determinación de la realidad de un suceso histórico. Por tanto, el perito se

debe limitar al examen propio de su conocimiento, apartando invocar valoraciones jurídicas, tales como la determinación de la imputabilidad de una persona o la existencia de una mala praxis médica que conduzca a una imputación por delito culposo [CHAIA].

Hoy en día la pericia, como prueba indiciaria, es la prueba reina y la que ofrece un mayor grado de conocimientos y seguridad. La técnica ha hecho aparecer sistemas más objetivos y seguros; los avances técnicos permiten investigar un delito y proporcionan una certeza mucho mayor que la aportada por simples declaraciones testificales. En efecto, la retractación de la víctima no tiene virtualidad en atención a lo que fluye de la pericia psicológica [RN n.º 1312-2013/La Libertad, de 31-03-14]. Así, por ejemplo:

1. En una violación siempre será más seguro determinar el autor mediante un análisis de semen o sangre, que por medio de un testimonio.
2. Las huellas dactilares permiten acreditar con certeza que una persona estuvo en cierto lugar con más seguridad que una declaración.
3. La presencia de sangre en la ropa de la víctima proveniente de otra persona permite acreditar que hubo contacto entre ellos.

Las actividades periciales pueden tener lugar en tres planos: **1.** Pone de presente hechos imperceptibles a los ojos del profano (por ejemplo, análisis histológicos, respecto a una muerte presunta). **2.** Enuncia tesis sobre premisas hipotéticas (cuáles son los síntomas del envenenamiento con arsénico). **3.** Combina observaciones experimentales con principios, elaborando conclusiones inductivas –es la hipótesis más frecuente [CORDERO]–. La pericia, por ejemplo, en una violación es contundente; así se tiene como elemento de prueba categórico la pericia medicolegal que explica que las lesiones de la agraviada son consecuencia de un ataque sexual violento. En tanto no exista razones valederas para estimar que las sindicaciones obedecen a móviles espurios, se debe estimar las declaraciones coherentes de la agraviada que se corroboran con una prueba pericial científica [RN n.º 149-2013/Junín, de 15-04-13].

La propia necesidad de la prueba pericial hace que la posibilidad de apartarse de sus conclusiones, vinculadas al saber técnico del perito, solo se daría ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, de 25-0397, Fallos, 320:326). En todo caso, su valoración, en primer lugar, atenderá a las reglas del criterio racional o de la sana crítica (aceptabilidad de su

dictamen según un conocimiento común, los métodos usados por los expertos, la coherencia lógica de la argumentación utilizada, la tacha que pueda haberse planteado frente al mismo); y, en segundo lugar, será conjunta con los demás medios de prueba practicados [PLANCHADELL]. En esta perspectiva, se podrá impugnar esa valuación libre del juez sentenciador si con vulneración de lo precedentemente expuesto, se separa abstracta, arbitraria e intencionalmente del resultado del informe pericial, cuando este sea único, o existan varios coincidentes (STSE 20-07-01). Un caso especial se presenta con la pericia psiquiátrica del imputado, pues en la medida que trata de ofrecer datos que inciden sobre la capacidad de culpabilidad por el hecho cometido por la persona concernida, tiene dos partes: **a)** un aspecto biológico o psiquiátrico, constituido por una anomalía psiquiátrica, que tiene que ser ofrecido por los peritos informados, y **b)** un aspecto normativo, referente a la incidencia que dicha alteración o anomalía pueda tener en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho –elemento intelectualivo– o en la decisión de querer y aceptar su ejecución –elemento volitivo–. Pues bien, sobre este aspecto normativo o del informe, la valoración que debe efectuarse es estrictamente jurídica correspondiendo ejecutarla al Tribunal Sentenciador, quedando concentrado el control recursal de la prueba pericial necesariamente a la valoración jurídica que haya efectuado la Sala Sentenciadora, es decir, a su estructura esencial y conclusiones alcanzadas dado el contenido y la naturaleza de la anomalía o alteración detectada por los peritos médicos (STSE n.º 1392/2000, de 19 de septiembre).

1.2 Las pericias

Los avances de la ciencia forense son de tal dimensión que un Código Procesal Penal del siglo XXI no puede menos que tenerlos en cuenta. Hoy en día existen Gabinetes Especializados Periciales, tanto de la Policía Nacional como del Ministerio Público, que son los que llevan a cabo los informes periciales más relevantes [ASENCIO]. De igual manera existen órganos públicos especializados en determinadas materias, tales como la Contraloría General de la República en materia de auditoría de cuentas o control gubernamental del gasto público; la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria en materia impositiva en general, tribunos internos y tributos externos; y, la Unidad de Inteligencia Financiera para lavado de activos y utilización delictiva del sector financiero en general. Asimismo, existen organismos privados dedicados a la labor pericial, siendo el caso más significativo el Cuerpo Técnico de Tasaciones del Perú.

1.2.1. Naturaleza jurídica

La pericia, es que como ya se anotó, un medio de prueba, pues se produce en el proceso y para el proceso. Es un medio de prueba autónomo que colabora con la adquisición de la verdad. No puede considerársele un medio puesto al servicio exclusivo del juez para su suplir su deficiencia técnica frente al concreto objeto de enjuiciamiento, porque de ser así su práctica no sería indispensable cuando el juez tenga los conocimientos necesarios para captar por sí mismo el objeto probatorio que se requiere ser explicado técnica, científica o artísticamente. La capacitación personal del juez está excluida para ordenar una peritación en virtud del principio de interdicción de sus conocimientos privados y produciría la trasgresión del derecho de defensa [ALSINA].

Para un sector doctrinal el perito es un auxiliar del juez porque no suministra los hechos sobre los que ha de fundar la resolución, sino que, sobre unos hechos ya dados, complementa la capacidad de juicio del juez al proporcionarle unas máximas de la experiencia que desconoce o no sabe aplicar. El perito es, más bien, sujeto medio de prueba porque lleva los hechos a conocimiento judicial, pues las máximas de la experiencia los conocimientos científicos son datos –hechos, a final de cuentas que se llevan a conocimiento del juez. La finalidad de que a partir de sus aportes se pueda fundar una resolución, introduciendo máximas de experiencia especiales, se persigue alcanzarla mediante el informe pericial y el examen del perito [GÓMEZ COLOMER].

ALSINA decía que el perito: **1.** Conoce o aprecia un hecho por sus propios medios, sea porque no se halle al alcance de los sentidos del juez, sea porque su examen requiere aptitudes técnicas que solo proporcionan determinadas disciplinas. **2.** Comprueba un hecho cuya existencia se controvierte, o bien para determinar ya las causas, ya los efectos del hecho confesado. **3.** Salva una imposibilidad física o suple una insuficiencia técnica del juez. El perito pone en conocimiento del juez, la relación de una situación objetiva con una regla de experiencia, que él mismo formula, o sea que afirma, en definitiva, un hecho en vía de deducción de la regla de experiencia [SATTA].

El perito trae un juicio técnico o científico que permite comprender el objeto a probar, mas esto no permite concluir que la pericia sea un medio para la obtención de una prueba, por cuanto lo que a través de la pericia se obtiene no es el objeto sobre el cual se opera sino la explicación de ese objeto [CLARIÁ].

En suma, la función de la pericia es ayudar al órgano jurisdiccional en el examen de una cuestión de prueba, cuando para descubrir o valorar un

elemento de prueba resulte necesario determinados conocimientos propios de una cultura profesional especializada. Incide en circunstancias relativas a los hechos investigados o juzgados, elementos o cuerpo del delito o la persona del presunto autor. En la pericia los datos concretos ya se conocen –a través de la prueba personal y material–. Se trata únicamente de conocerlos, y por eso la pericia se forma con una experiencia técnica que presupone los conocimientos especializados [SERRA].

Desde esta última explicación, es de sostener que los peritos, a través de su actividad pericial, ayudan al juez de tres formas diferentes:

- A. Informa al juez los principios generales fundados en la experiencia, esto es, los resultados de su ciencia, técnica o arte (v.gr.: métodos para calcular el valor neto de una empresa, criterios para apreciar el estresor sexual).
- B. Constata hechos que solo a causa de sus especiales conocimientos se pueden percibir, comprender exhaustivamente y juzgar. Informa sobre su acaecimiento (v.gr.: concentración de alcohol en sangre, realizar análisis morfológico comparativo de las imágenes del autor o sospechoso, y elaborar un dictamen sobre identidad antropológica).
- C. Dictaminar o extraer conclusiones sobre los hechos, que solo se pueden extraer mediante sus conocimientos especiales, según reglas científicas o técnicas. Aplica sus conocimientos basados en su experiencia profesional a un determinado hecho (v.gr.: determinar que un niño de pecho ha sido victimado dentro de las primeras seis horas después del nacimiento a partir del análisis de su intestino –no tiene aire–). Esta forma pericial es la más recurrente [ROXIN-SCHÜNEMANN].

En la apreciación de los hechos informados por el perito, en los que se base en informe o dictamen pericial, debe tenerse presente los denominados hechos vinculados, hechos adicionales y hallazgos. Sobre este punto es de precisar lo siguiente:

- A. Son hechos vinculados aquellos sobre los cuales se funda el dictamen o informe pericial. Los hechos pueden provenir de diversas fuentes. El perito junto con el encargo de realizar la pericia, recibe el expediente del caso –él los revisa e, incluso, obtiene copia de las actuaciones–, con lo que –el fiscal o el juez– pone a su disposición una parte de los hechos vinculados.
- B. Es un hallazgo aquel hecho que el experto averigua con su trabajo pericial y en el ejercicio de su función, esto es, otros hechos vinculados. Son los hechos que el perito descubre a causa de su conocimiento profesional.

- C. Son hechos adicionales los hechos que los peritos toman conocimiento “en ocasión” de su trabajo pericial, para cuyo descubrimiento no se requieren conocimientos especiales, de suerte que el fiscal o el juez podrían haberlos comprobado. Todo depende, para su utilización, si los métodos de interrogación del perito son los pertinentes y necesarios para el objeto de la pericia encomendada (un interrogatorio es básico en las pericias psicológica, psiquiátrica e, incluso, médico-legal). En todo caso, su utilización está condicionada a que en sede procesal a través de los medios de prueba pertinentes se obtenga la información que el perito incorporó en su dictamen [VOLK].

1.2.2. Clases de pericias

Según el órgano que las emita, las pericias pueden ser: (i) realizada por una persona natural, sea por nombramiento oficial o por designación de parte. También puede tratarse de (ii) una pericia institucional, si la emita un órgano público especializado con esa finalidad pericial (artículo 173.2 del CPP). En este último caso, como es obvio, quien emite la pericia es la institución y, como tal, su órgano directivo es quien designa al experto y se señala qué experto debe someterse al examen pericial –no necesariamente puede coincidir en un mismo experto quien haga el dictamen y se someta a contradicción, y en el caso de las pericias de la Unidad de Inteligencia Financiera existe un Cuerpo de Peritos específico para brindar las explicaciones y someterse a contradicción en el plenario–. Lo relevante en este caso es el estatuto jurídico del perito, al que debe garantizarse su autonomía funcional y científica, así como se respete su línea de carrera basada en la meritocracia.

Existen otras clases de pericias. Las clásicas, las nuevas en función a las tecnologías de última generación (ADN, informáticas: con el uso intensivo de materiales, máquinas y equipos de punta), y las especiales –así las denominó el CPP, siguiendo los estatutos procesales precedentes y, como fuente, lo estipulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española: necropsias, integridad asexual, aborto, integridad corporal y de tasación o valorización. En la medida en que se utilice con más intensidad la tecnología, los aparatos y equipos estén bien mantenidos, calibrados y mejorados o actualizados (certificados) y el personal de expertos esté más capacitado, la pericia tendrá un valor más sólido: y, cuanto más avanzada esté la ciencia forense en general (dactiloscopia, química, física, ingeniería civil, contable, medicina legal, psicología y ambiental), más confiable serán sus conclusiones.

Las pericias también pueden ser obligatorias o potestativas. La mayoría de pericias son potestativas, ordenadas en función a las necesidades y objetivos del proceso. Son obligatorias, por ejemplo, las pericias especiales: anatómica (necropsia), integridad corporal, integridad sexual, aborto, tasación o valorización; las pericias psiquiátrica, cultural o antropológica y la diligencia de levantamiento de cadáver –cuando intervienen médicos legistas y expertos criminalistas policiales–. La recogida de vestigios materiales, de fluidos corporales, es un antecedente necesario de la prueba pericial.

El dictamen pericial de inteligencia es una prueba pericial –o una variante pericial (STSE 65/2019/ de 7 de febrero)– y preferentemente de carácter indiciaria –no prevista expresamente en el CPP–, pues aporta datos de conocimiento para el juez sobre determinadas personas y actividades –relaciona información, no solo de la causa sino la que deriva de un sinnúmero de procedimientos y documentación policial preexistente (STSE de 13 de diciembre de 2001)–. Fija una realidad no constatable por el juez, al que suministra una serie de conocimientos técnicos, científicos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad determinada (STSE de 19 de enero de 2007). Los datos interpretados que aporta si son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho. Sus autores, obviamente policías especializados, criminalistas, son personas expertas en esta clase de información que auxilian al juez, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa –aportan elementos propios y especializados, incluso para la valoración de determinados documentos o estrategias (STSE 507/2020, de 14 de octubre). Lo relevante, en este caso, es si las conclusiones que extraen son racionales (STSE 1097/2011, de 25 de octubre). Es claro que no se vinculan para el juez. Es muy frecuente en la delincuencia organizada (relevantemente en terrorismo y tráfico ilícito de drogas).

2. Designación de peritos

El perito actúa por encargo del juez. Puede ser una persona física o jurídica, pública o privada –debe aceptar el cargo y prestar juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con honor y diligencia, artículo 174.1 CPP–. La Ley en determinados casos impone un perito: psiquiatra para determinar anomalía psíquica, psicológico para determinar la afectación de la víctima y su capacidad de información del hecho, antropológico para determinar las pautas culturales de referencia del imputado. La regla es el nombramiento de un perito único, salvo que el juez considere conveniente nombrar una pluralidad de peritos (complejidad del asunto o interdisciplinariedad del asunto a peritar): artículo 173.1 CPP.

Este último precepto señala que el fiscal o el juez debe escoger a especialistas si los hubiere y, entre estos, a los que se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán gratuitamente con la justicia penal. En su defecto, serán designados de la lista oficial del Registro de Peritos Judiciales (REPEJ), conforme a lo dispuesto por el artículo 274 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 268 del Código Procesal Civil.

La labor pericial se encomendará, sin necesidad de nombramiento expreso, a la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, a sus oficinas desconcentradas a nivel nacional y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que prestarán auxilio gratuito. También podrá encomendarse labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes (artículo 173.2 del CPP, modificado por el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023). En esta línea ya no se trata de identificar individualmente a los peritos, lo que es una técnica de inicios del siglo XX. La pericia institucional hoy en día es preeminente; y, dentro de ella, la proporcionada por los gabinetes especializados de la PNP y el Instituto de Medicina Legal, que cuentan con medios excepcionales y que llevan a cabo los informes más relevantes (dactiloscopia, funcionamiento de armas, caligráficos, anatómicos).

Una regla de la designación de peritos es su notificación a las partes (artículo 177 CPP). A partir de esa comunicación estas pueden designar peritos de parte e intervenir en la observación de las operaciones periciales.

3. El testigo-perito

El artículo 172.3 CPP, como ya se ha expuesto, regula la figura del testigo-perito. Lo excluye de las reglas de la prueba pericial y las somete a las de la prueba testimonial; es testigo y como tal ha de considerársele desde el punto de vista del desarrollo de la prueba [ALCALÁ ZAMORA]. El testigo perito, cabe insistir, es aquel cuya declaración se refiere a hechos o situaciones pasadas, para cuya observación fue necesario un conocimiento especial –tiene conocimiento de los hechos del proceso con anterioridad a la incoación del proceso, pero los relata en virtud de su pericia especial (por ejemplo, el médico que haya prestado asistencia a un herido, el arquitecto que ha contemplado el derrumbamiento de una casa, el ingeniero que presencia la explosión de una caldera)–. Por razones de su conocimiento del hecho es insustituible, a diferencia del perito, quien es nombrado por el juez y es considerado un asistente del tribunal.

4. Estructura de la prueba pericial

La prueba pericial entraña un procedimiento complejo, que se desenvuelve a través de singulares actividades sucesivas. Además, en materia de pericias no es posible realizar una clara diferenciación entre actos de investigación periciales y de prueba como tal, ya que la pericia constituye un acto complejo que se desenvuelve, comúnmente, en las dos etapas procesales más importantes: investigación preparatoria y enjuiciamiento.

Por razones obvias de posibilidad de desaparición del objeto de la pericia, así como por el tiempo que esta requiere que se opone a la concentración propia del juicio oral, la operación pericial –que es el reconocimiento, constituido por actos y técnicas periciales que constituyen el estudio del objeto, cosa o persona– siempre ha de tener lugar en el momento de la investigación.

En definitiva, la prueba pericial consta de tres momentos:

- A. La operación o reconocimiento pericial, que tiene lugar en sede de investigación preparatoria y en todo caso de forma inmediata para evitar la desaparición de los hechos que han de sujetarse a la pericia, y que importa la revisión del objeto peritado y la aplicación de las técnicas o métodos científicos correspondientes para concretarlo. El CPP, para garantizar el contradictorio –condición de su valorabilidad y carácter de tal–, establece que esta debe ser comunicada al imputado y al perito de parte (las operaciones periciales deben realizarse vencido el quinto día del nombramiento del perito oficial, término en que las partes tienen la facultad de designar peritos de parte: artículo 177 CPP).

Con mayor precisión, como enseña CLARIÁ, el dictamen o informe pericial consta de cuatro elementos: *(i)* subjetivo, que es el acto del perito dirigido al juez; *(ii)* objetivo, que es la descripción de la persona, cosa o lugar sometido al examen, antes de actuarse sobre los mismos, de suerte que permite asegurar que la pericia recae sobre lo realmente encomendado); *(iii)* intelectual, que son las conclusiones como consecuencia de las operaciones realizadas y de los resultados obtenidos (es su contenido medular), y debe responder a cada uno de los puntos o cuestiones sometidas a peritación, las cuales han de estar fundadas en los principios de la ciencia, arte o técnica que se tuvo en cuenta para la designación pericial (es su elemento lógico); y, *(iv)* circunstancial, que es la fecha en que se practicó la operación, con detalle si las cosas peritadas ser renovadas, las que, en la medida de lo posible, deben conservarse en el mismo estado conforme se encontraban al ser examinadas.

- B.** El dictamen pericial, que es el acto procesal del perito en el cual previa descripción del objeto peritado, relacionada detalladamente las operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones que ellos derivó, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica. El contenido del dictamen está previsto en el artículo 178 CPP. De ser insuficiente puede disponerse su ampliación por el mismo perito u otro (artículo 180.3 CPP).

Con mayor precisión, como enseña CLARÍA, el dictamen o informe pericial consta de cuatro elementos: *(i)* subjetivo, que es el acto del perito dirigido al juez; *(ii)* objetivo, que es la descripción de la persona, cosa o lugar sometido al examen, antes de actuarse sobre los mismos, de suerte que permite asegurar que la pericia recae sobre lo realmente encomendado); *(iii)* intelectual, que son las conclusiones como consecuencia de las operaciones realizadas y de los resultados obtenidos (es su contenido medular), y debe responder a cada uno de los puntos o cuestiones sometidas a peritación, las cuales han de estar fundadas en los principios de la ciencia, arte o técnica que se tuvo en cuenta para la designación pericial (es su elemento lógico); y, *(iv)* circunstancial, que es la fecha en que se practicó la operación, con detalle si las cosas peritadas ser renovadas, las que, en la medida de lo posible, deben conservarse en el mismo estado conforme se encontraban al ser examinadas.

- C.** El examen de los peritos, que se realiza en el juicio oral, y en el que se somete a contradicción de las partes, absolviendo las preguntas y los cuestionamientos al reconocimiento y/o al dictamen pericial. Se concreta en la ratificación o reproducción del previo parecer de los peritos y de su sometimiento a las preguntas, repreguntas, observaciones y cuestiones que planteen las partes, contradictoriamente. Si se tratara de una pericia institucional, esta designará al perito que intervendrá en el juicio oral (artículo 181 CPP). Además, si existe pericia de parte, obligatoriamente se producirá un debate pericial (artículo 181.3 CPP).

5. Especialidad en pericias institucionales

Sobre ellas se pronunció el Acuerdo Plenario n.º 2-2207/CJ-116, de 1611-07. Las pericias institucionales son aquellas elaboradas por órganos públicos como consecuencia de su propia misión institucional: Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, Dirección de la Policía contra la corrupción, Instituto de Medicina Legal, Contraloría General de la República,

Sunat, etc. Por lo general, a ellos la policía remite los objetos que deben ser peritados, y estas realizan el reconocimiento y el dictamen periciales. Ese carácter técnico-pericial de los informes debe evitar, en principio, la comparecencia al juicio oral de los peritos, que poco o nada pueden aportar en la vista, pero en atención al derecho de defensa –con fines de contradicción de su dictamen–, si son convocados, deben asistir obligatoriamente [ASENCIO].

Tratándose de pericias institucionales se presume su objetividad y acierto, por la clase de prueba –intermediación de elementos objetivos o aparatos científicos utilizados– y la cualificación técnica de los organismos y personas habilitadas que los emiten, quienes por lo común integran una carrera pública o son adscritos a los mismos. Ello no quita, sin embargo, el derecho de convocatoria de las partes.

En cuanto a las condiciones de la convocatoria, si el cuestionamiento que justifica la convocatoria a juicio oral de los peritos se refiere al aspecto perceptivo de la actividad pericial, la convocatoria es obligatoria –juicio de falsedad–; no así si se cuestiona el aspecto técnico –juicio de inexactitud–, salvo la existencia de pericias contradictorias o de parte. La convocatoria requiere una justificación razonable, con precisión de los cuestionamientos o inquietudes que deben absolverse, siempre que sean razonables. Es de precisar, sin embargo, que como quien emite la pericia es la entidad pública u oficial (artículo 173.2 CPP), al examen pericial concurrirá el profesional de la institución que esta designe. No se exige que concurra el que firmó el informe pericial, pues no es una labor profesional personal por designación nominal del fiscal o del órgano jurisdiccional.

El carácter de pericia institucional ha sido normativamente consagrado en el caso de los delitos aduaneros, Ley n.º 28008, de 19-06-03. El artículo 11 del Reglamento de esa Ley, aprobado por Decreto Supremo n.º 121-2003-EF, de 27-08-03, lleva por título: “Pericia Institucional”, y dice: “Los informes emitidos por los funcionarios de la Administración Aduanera se sustentan en las acciones administrativas realizadas sobre la base de las facultades conferidas en la legislación aduanera y el Código Tributario y tienen el valor probatorio de una pericia institucional”.

En el supuesto de los delitos tributarios, conforme al artículo 7 de la Ley Penal Tributaria, D. Leg. n.º 813, de 20-04-96, modificado por el CPP, la acción penal se formalizará previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo. Ese informe, que es el resultado de una acción administrativo-tributaria, desde luego, tiene el carácter de una pericia institucional.

En el mismo sentido, tiene el carácter de pericia institucional el Reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera en los delitos de lavado de activos, conforme a lo dispuesto en el D. Leg. n.º 1106, de 19-04-12, I Disposición Complementaria Modificatoria del artículo 3.5 de la Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera –Leyes n.º 27693, de 12-04-02, y 28306, de 29-07-04–. El artículo 3.5 establece que el Reporte de la UIF tiene validez probatoria –es, pues, una pericia institucional–; y, con tal efecto, el artículo 10-A, num. 7, dispone que para ser examinados por ese reporte de la UIF y por los Reportes de Operaciones Sospechosas que emiten los Oficiales de Cumplimiento, se instituyen un “Cuerpo de Peritos Informantes” encargados de concurrir a las audiencias judiciales para sustentarlos y someterse a contradicción. Esto último solo tiene justificación en tanto se trata de pericias institucionales, en las que se entienda que los reportes los emite la UIF –incluyendo los emitidos, bajo su supervisión, por los agentes de cumplimiento– y, por ello, sus expertos deben acudir a juicio para defenderlos o ratificarlos.

Por último, como ya se anotó oportunamente, el Informe Especial de la Contraloría General de la República es, al igual que los anteriores, pero consagrada jurisprudencialmente, calificada de pericia institucional, compleja y preprocesal. Es una Auditoría de Cuentas Gubernamental, realizada por personal especializado que integra el Sistema de Control. Lo singular de estas pericias institucionales es que en el ámbito que les corresponde solo las entidades designadas legalmente pueden emitir la pericia respectiva; el fiscal o el juez no pueden nombrar, en su defecto por cualquier otra razón, peritos oficiales; por consiguiente, toda ampliación o corrección deben formularla especialistas de la propia institución.

La intervención de estos peritos, que integran organismos públicos especializados, no vulnera los derechos fundamentales del imputado, atendiendo, precisamente a que el funcionario público debe servir con objetividad a los intereses generales –están al servicio de la Nación: artículo 39 de la Constitución–, sin perjuicio, obviamente, del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el fiscal (cfr.: STSE de 5 de diciembre de 2002). Esta adscripción al Estado de ningún modo genera interés personal en la causa ni inhabilita a los peritos como técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales (cfr.: STSE de 29 de mayo de 2009). Además, la alternativa de encomendar la tarea pericial a otros profesionales o empresas privadas no asegura mejores conocimientos ni tampoco mayores garantías (cfr.: STSE de 20 de marzo de 2007).

6. Impugnación

El perito oficial puede ser tachado, si es que está incurso en las causales de incapacidad para ser perito legalmente previstas. Estas causales son **1.** Parentesco. **2.** Secreto profesional –existe, aquí, una relación con las partes, similar a los impedimentos para prestar testimonio–. También, esta vez como causales exclusivas de los peritos, pueden ser tachados cuando: **3.** Han sido nombrado peritos de parte en la causa o en proceso conexo; **4.** Están suspendidos o inhabilitados en el ejercicio de su profesión; y **5.** Han sido testigos del hecho. **6.** Calificación profesional en relación al objeto o tema peritado.

Otras impugnaciones, por razones formales, vinculadas a la pericia como tal, serían las de falta de notificación del nombramiento de peritos y desconocimiento de la realización de las operaciones periciales (artículos 176.1 y 177 CPP).

La prueba pericial puede ser impugnada por cuestiones sustanciales, por ejemplo, el mérito probatorio del dictamen. Las partes pueden formular observaciones al dictamen pericial cuestionando sus explicaciones, análisis y/o conclusiones.

Las tachas importan un trámite a cargo del juez y, de ser amparados, la subrogación del perito. La tacha no impide la elaboración de las operaciones periciales, la redacción del informe pericial y su presentación (artículo 175.2 CPP). La subrogación –cambio de peritos– también procede cuando este demuestre negligencia en el ejercicio del cargo: no emita el dictamen en su oportunidad, no comunique la realización de las operaciones periciales, emita un dictamen inmotivado infringiendo el artículo 178.1 CPP.

Las observaciones a la pericia pueden formularse en cuanta ocasión relevante exista. Por ejemplo, cuando se valore la pericia para emitir una decisión interlocutoria o en las alegaciones finales en el juicio oral. Son argumentos de defensa y, como tal, se deben tratar por el órgano jurisdiccional.

7. El perito de parte

Las partes tienen derecho, producido el nombramiento del perito oficial, a designar, por su cuenta, un perito de parte (artículo 177.1 CPP), que técnicamente no es un órgano de prueba sino un representante técnico del interés de la parte que lo designó, un auxiliar suyo, que por el lado técnico actúa como verdadero defensor; y, como tal no tiene el deber de aceptar el cargo, prestar juramento y de dictaminar [CAFFERATA]. Este está facultado a presenciar las operaciones periciales

del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias correspondientes. Si discrepa con las conclusiones de la pericia oficial, puede presentar un informe pericial de parte debidamente fundamentado (artículo 179 CPP).

En caso de dictamen de parte discrepante, se debe correr traslado del mismo al perito oficial para que en el término de cinco días pueda pronunciarse al respecto.

8. La pericia cultural

El artículo 172.2 CPP dispone que el juez penal pueda ordenar una pericia cuando corresponda la aplicación del artículo 15 del CP relacionado a la aplicación de la incapacidad de culpabilidad por razones culturales. En efecto, el artículo 15, contrariamente a lo deseado por sus redactores y por la doctrina mayoritaria, regula una circunstancia de incapacidad de culpabilidad por razones culturales o, si quiere denominar de otra forma, una circunstancia de falta de capacidad de culpabilidad y no el llamado error de comprensión culturalmente condicionado. Esta comprensión parte de una interpretación y lectura del artículo 20.1 del CP para entender que la fórmula legislativa usada es exactamente la misma, pues en ella releva como trascendental para entender la inimputabilidad que el autor: **(i)** tenga capacidad para comprender el carácter delictuoso del hecho; y, **(ii)** capacidad de determinarse según esa comprensión. En el artículo 15 del CP se entiende que el agente, por su cultura o costumbre, no comprende que su acción está prohibida o no puede determinarse conforme a la norma de prohibición [HURTADO].

En este sentido, al tratar el artículo 15 CP de una circunstancia de incapacidad de culpabilidad por razones culturales. Se deberá probar que la persona actuó ilícitamente porque ignoraba la existencia de una norma prohibitiva debido a su situación sociocultural o porque estimaba que su propia norma cultural predominaba sobre la norma prohibitiva. Si se afirmara que se trata de un error culturalmente condicionado como un error de prohibición, la pericia tendría que demostrar que el autor del hecho conocía que su comportamiento estaba jurídicamente prohibido, sin embargo, estimaba, equivocadamente, que existía una causa de justificación o que los límites de la aplicación de esta eran más amplios que los establecidos por Ley [HURTADO].

La prueba de un hecho culturalmente motivado pasa por tres fases de verificación: **1.** Valoración del motivo cultural que ha llevado al sujeto a tener un comportamiento criminal, por lo que se requerirá comprobar la causa psíquica que ha determinado al autor a ejecutar una conducta delictiva. **2.** Determinación

que la actuación del individuo no es fruto únicamente de su cultura, sino que trata de una expresión de la cultura del grupo étnico de minoría a la que pertenece el autor. **3.** Confrontación del juez respecto a la cultura del grupo étnico del imputado con aquella del sistema jurídico oficial. La prueba de la existencia de un comportamiento, culturalmente motivado que articula estas tres frases diferentes, puede revelarse muy compleja y requiere un bagaje amplio de conocimiento técnico, lo cual normalmente un juez penal no tendrá. Por tal motivo, será necesaria la intervención de peritos calificados, que ilustren las características del grupo étnico del imputado y si contiene diferencias con el grupo de la cultura de la sociedad que lo acoge.

De otro lado, admitida la necesidad de la pericia cultural será oportuno especificar cuál será el objeto de estudio y las peculiaridades que caracterizan el hecho culturalmente motivado. El perito deberá establecer la existencia de un grupo étnico caracterizado con una cultura específica, así como si entre los comportamientos de esa cultura son reglas, costumbres o modelos de comportamientos la conducta realizada por el imputado. La falta de comprobación de la existencia de dicha condición viene a menos la posibilidad de atribuir cualquier motivación cultural a esa conducta. Junto a ello, y como se ha indicado, el perito debe trabajar con la mirada puesta en la cultura del sistema de acogida –el oficial–, que es aquella a la cual pertenece el juez, lo que constituye un punto de referencia importante para realizar un equilibrio junto con el comportamiento del grupo étnico al que pertenece el imputado [DE MAGLE].

Finalmente, no debe olvidarse que la pericia cultural no es una pericia criminológica. Tiene un objeto y una finalidad claramente distinta. La pericia cultural no tiene por objeto el estudio de la personalidad del imputado, sus tendencias motivacionales, o sus cualidades psíquicas. Al contrario, ha de determinarse la existencia de un grupo étnico caracterizado desde una cultura específica, diferente de la cultura media existente en el tiempo y en el lugar donde se tomará la decisión.

9. Valoración de la pericia

En principio la pericia se valora de conformidad con la sana crítica racional; esta valoración aparece sometida únicamente a la “lógica y al buen sentido” (STSE de 25-06-07). Es de añadir, sin embargo, que la conexión de la pericia depende de la idoneidad y la experiencia del perito, por ello es que resulta indispensable el examen acerca del currículum académico y profesional del perito.

Es posible advertir, desde una perspectiva interna, errores en la pericia acerca de los hechos o circunstancias que el perito ha dado por ciertos; o de los hallazgos proporcionados por la investigación científico-técnica, profesional o artística en las operaciones de la pericia; o de la regla general de conocimiento utilizada para concluir o de la conclusión misma, que no se puede deducir lógicamente del material utilizado y afirmado. Es claro, en este orden de ideas, que el juez puede rechazar fundadamente las conclusiones periciales si verifica que alguna de las premisas, de hecho, son falsas conforme a otros elementos de prueba existentes en la causa, aunque es evidente, asimismo, que no se puede negar los hallazgos obtenidos durante las operaciones de la peritación –salvo error patente–, pues el juez no tiene conocimientos especiales propios en la materia peritada [MAIER]. En este caso, por cierto, el juez debe motivar con más ahínco su decisión sobre el resultado de la prueba pericial; no es posible ordenar la realización de una pericia y, luego, rechazar irrazonablemente en conclusión negando el aporte pericial que antes se demandó [NEYRA].

Dicho lo anterior, lo primero que el juez analizará, desde una perspectiva externa, es que el dictamen y su explicación oral sea coherente, inteligible y razonable –estas son justamente las características que deberá tener la sentencia–, acto seguido, el juez podrá controlar: **1.** Que las técnicas y teorías científicas utilizadas son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica. **2.** Que las técnicas y teorías científicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes. **3.** Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error, así como acerca del nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica. **4.** Que el dictamen pericial se hace en suficientes hechos y datos [NIEVA]. De otro lado, es un requisito de eficacia de la pericia, superados positivamente, los requisitos de existencia y de validez, entre otros, que no exista motivo grave para dudar de la imparcialidad, desinterés y sinceridad del perito, y que no exista prueba alguna acerca de una objeción u observación imputada por existir error grave, dolo, cohecho o seducción en el dictamen pericial [ALVARADO/ÁGUILA].

El juez no debe discriminar las pericias en función de su procedencia (oficial, institucional o de parte), debe valorarla en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tenerse por tanto como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional (Gimeno, STSE de 11-05-81).

Es de insistir que la regla básica es que las conclusiones periciales no vinculan al juez. Éste debe realizar una evaluación de la prueba pericial desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo [CAFFERRATA], según ya se advirtió. Es evidente, empero, que una pericia será aceptada cuando respondan a conocimientos técnicos o científicos de carácter especial y sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por arbitrio o discrecionalidad del juez. Igualmente, es patente que ante la existencia de varias pruebas periciales el juez puede optar por aquella que le resulte más razonable, bajo siete cánones precisos: **1.** Autenticidad de los hechos que fundan la conclusión. **2.** Sólido sustento de los métodos científicos empleados. **3.** Grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia, técnica o arte. **4.** Existencia de un nexo lógico entre las premisas y conclusiones de la pericia. **5.** Precisión, coherencia y énfasis en su conclusión de la pericia. **6.** Firmeza o calidad de los fundamentos, y uniformidad de las conclusiones. **7.** Los demás aportes en esa misma línea de los materiales probatorios disponibles [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. En esta misma línea, por ejemplo, la Sentencia de la Corte de Casación Italiana, Sección IV, de 13 de diciembre de 2010, exigió que para valorar la opinión sostenida por el perito o experto, el juez debe analizar los siguientes aspectos: *(i)* si el perito tiene la cualificación necesaria para desarrollar el encargo pericial; *(ii)* si la teoría, las leyes o los métodos utilizados cuentan con el respaldo experimental o hayan sido sometidos a tentativos de falsedad o error; *(iii)* si las leyes, métodos y conclusiones extraídas han sido objeto de análisis y respaldo por parte de la comunidad científica especializada; y, *(iv)* si las máximas de la experiencia utilizadas como base o procedimiento de análisis, forman parte del conocimiento científico actualizado o han sido objeto, en los últimos tiempos, de reconsideración, corrección o actualización. Finalmente, debe tomarse en cuenta que la pericia no necesariamente aporta una verdad absoluta y, por tanto “neutra”; de hecho, el perito, en esencia, acepta “una tesis científica antes que otra”, de suerte que a través del contrainterrogatorio del perito cuando cada parte, y consiguientemente el juez, pueden verificar si la tesis científica sostenida por el perito es fiable o no [cfr.: Sentencia del Pleno de la Corte de Casación Italiana de 28 de enero–2 de abril de 2019].

Parece claro, entonces, que no puede exigirse al juez una motivación de carácter técnico, que profundice en la adecuación, acierto y selección de las máximas de experiencia especializadas utilizadas por los expertos. Lo que al juez se exige no es un juicio pericial sobre la propia pericia, sino la aplicación de máximas comunes del conocimiento a la opinión pericial, valorando la credibilidad de las distintas opiniones especializadas sobre la base de criterios objetivos, entre los que

sobresale la adecuada utilización del mérito científico por parte de los peritos. En el sistema acusatorio el juez, aun teniendo que valerse de especialistas debe justificar por qué el método elegido y la conclusión a la que se llega es fiable y, cuando existen pericias de parte, por qué determinada pericia es más fiable que las conclusiones adoptadas por otros expertos [TONINI-CONTI].

10. La prueba científica

La conexión entre ciencia y derecho dice del empleo de las ciencias como un instrumento para la averiguación de la verdad procesal de los hechos. Por ello, la prueba científica en el ámbito del proceso sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio absoluto.

La prueba científica es capaz de atribuir a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba consustancial al proceso penal. Para que la prueba pueda llamarse científica, las investigaciones y conclusiones a las que arribe deben surgir como consecuencia de un estudio verificable empíricamente y que ha de tener la posibilidad de repetirlos de manera experimental.

El valor de los resultados obtenidos por la aplicación de prueba científica requiere un análisis en tres momentos: (i) validez científica y/o metodología de la prueba, pues muchas de estas pruebas se pueden realizar por métodos científicos diferentes y no todos ellos gozan del mismo crédito en la comunidad científica correspondiente; (ii) calidad técnica de la prueba, que se divide, por un lado, en corrección técnico procedimental, en referencia a todo el proceso que conduce desde el descubrimiento del vestigio o de la muestra hasta su análisis en el laboratorio; y, de otro lado, en corrección técnico-científica, en referencia a su correcta realización en laboratorio como personal cualificado y seguir los protocolos apropiados; y, (iii) su realización es efectuada por personas y que estas pueden cometer errores [GASCÓN ABELLÁN].

El juez frente a la prueba científica no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración ha de ejercitar una valoración crítica en aspectos como la validez metodológica a fin de determinar su valor probatorio de un modo racional.

Si bien la prueba científica se basa en leyes universales o leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, ello no significa que la sentencia que se sustenta en dicha prueba es incuestionable o irrefutable. El juez debe realizar un esfuerzo en fundamentar racionalmente su decisión: no basta con alegar la

existencia de la prueba científica, sino que debe indicarse en qué dirección afecta u orienta la línea de decisión.

La admisión de una prueba científica no implica pronunciarse sobre su valor probatorio sino meramente sobre la posibilidad de tomarla en consideración para la decisión del caso. Ambos conceptos (validez científica y valor probatorio) deben ser claramente distinguidos.

Es cierto que los jueces carecen de conocimientos científicos necesarios para evaluar la validez y fiabilidad de estas pruebas, sin embargo, no por ello se debe dejar en sus manos la libre apreciación, sin establecer unos estándares objetivos para guiarlos, de lo contrario, puede conducir a rechazar pruebas científicamente válidas que podrían haber ayudado al esclarecimiento de la verdad en el proceso, o puede conducir a dar crédito a pruebas que no aportan nada al proceso.

La Corte Suprema USA en el caso *Daubert vs. Merrel Dow Pahraceuticals Incorporated* 1993 estableció los criterios que el juez debe atenderse para admitir o excluir la prueba científica. Son: (i) controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en que se fundamenta la prueba, que significa que la teoría ha sido probada en forma empírica; (ii) porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada; (iii) publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su revisión y control; (iv) existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada; y, (v) presencia y mantenimiento de estándares y controles relativos a la concreta técnica o teoría.

Solo aquella prueba científica que reúna determinados estándares de calidad podrá ser admitida y practicada en el juicio oral; de lo contrario, será excluida del proceso. Su valoración no depende del criterio exclusivo de la calidad profesional del perito que emita el dictamen, sino de la corrección científica y técnica del método empleado en la realización de la pericial.

La valoración de la prueba científica, como se sabe, es el núcleo de la decisión probatoria y consiste en determinar lo que hay que creer sobre la hipótesis en consideración.

El juez, en este caso, debe determinar lo que hay que creer sobre la hipótesis en consideración a la luz del informe pericial y (también) del resto de las pruebas e informaciones que obran en la causa. El juez valora la prueba, no es perito de peritos.

Cuando solo existe prueba científica en apoyo de la hipótesis, a probar lo que hay que creer sobre la misma viene enteramente determinado por el valor probatorio atribuido a la prueba científica. Cuando, por el contrario, además de la prueba científica existe también otro tipo de prueba no científica, determinar lo que haya que creer sobre la hipótesis a probar requiere ponderar el valor probatorio de los datos estadísticos aportados en el informe pericial con el valor probatorio atribuido al resto de pruebas [GASCÓN ABELLÁN].

IV. EL CAREO

1. Concepto

Es un medio de prueba personal y de carácter secundario –obtención del conocimiento de lo que se busca a través del dicho de órganos de prueba–, reconocido por el artículo 182 CPP, que consiste en colocar “frente a frente”, “cara a cara”, a dos o más personas y cotejar sus declaraciones –entre testigos, incluidos los agraviados, entre sí, entre imputados entre sí o entre aquellos con estos–, dirigido al esclarecimiento de la verdad de algún hecho o de alguna circunstancia relevante y sobre cuyo extremo sus declaraciones fueron discordantes. Se trata de un enfrentamiento personal, oral, y en presencia del juez de quienes mantienen posiciones discordantes –su importancia radica en que permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que estos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones o las corrijan [DEVIS ECHANDÍA]–. Esto último resalta en carácter predominantemente psicológico [MIXÁN]. Es una forma de contraste de pruebas (STSE de 04-04-00).

Es una prueba accesoria, no autónoma, que persigue un resultado principal: la eliminación del desacuerdo de los careados. Ello puede tener lugar al inicio del acto (si estos no se ratificasen), o como consecuencia de la discusión que sostengan posteriormente. De no resolverse la contradicción (en realidad, cualquiera que fuese el resultado alcanzado), el comportamiento de los careados podrá servir al juez para apreciar quién se conduce con el deseo de manifestar la verdad y quién, con el de ocultarla [PELÁEZ BARDALES]. En conclusión, es básicamente un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas personales. Es un medio de prueba autónomo en tanto que, si resulta eficaz, permite un conocimiento directo del dato probatorio por quienes introdujeron en la causa dichos divergentes [CLARIÁ]. No obstante ello, algunos Códigos modernos tienden a suprimirla en aras de otorgar a las partes la facultad para interrogar y contrainterrogar a los testigos, lo que hace perder significación y presencia al careo como medio idóneo para desentrañar los dichos de testigos o imputados [CHAIA].

2. Reglamentación legal

2.1. Presupuestos

Son tres: **1.** Existencia previa de declaraciones, lo que explica que el careo sea calificado de un medio de prueba complementario. **2.** Discordancia entre las declaraciones. **3.** El hecho o circunstancia objeto de esclarecimiento sea de interés para el proceso y resulte pertinente. Las contradicciones sobre un mismo hecho o circunstancia han de ser “importantes” o relevantes para la apreciación de la veracidad, que se corresponde con la finalidad de este medio de prueba. Debe decretarse cuando se atisbe como posible su cuestionable eficacia [MANZINI], cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados (STSE de 06-05-10). Ello significa, a final de cuentas, que el careo tiene un carácter complementario: sirve, básicamente, para determinar la fuerza probatoria y credibilidad de las declaraciones de imputados, agraviados y testigos, aunque las ventajas de su utilización son muy discutibles y, en la práctica produce, en general, más confusión que claridad (STSE de 14-01-93). Se dice por ello que la contradicción propia del plenario suple con ventaja la eventual práctica del careo (STSE de 24-09-04). Además, se ha llegado a sostener que es uno de los medios de prueba más expuestos al riesgo de la subjetividad en su valoración, y que propicia, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor –el que teóricamente dice la verdad– el más osado, el más hábil o el que más grita (STSE de 29-07-98).

2.2. Necesidad

Si bien el artículo 182.1 CPP menciona que dados esos presupuestos el careo se realizará, empero, por su propia naturaleza, tiene un carácter subsidiario o excepcional: solo se programará si es pertinente y útil. El tribunal ha de valorar su utilidad, vista su complementariedad –de la fuerza probatoria y credibilidad de las declaraciones en cuestión–. Así, por ejemplo, es posible desestimar un careo entre dos personas por razón de la superioridad de uno frente al otro, así como cuando la diligencia pueda ocasionar graves daños en el psiquismo de una persona en formación (así se pronuncia el artículo 182.3 CPP en el caso de menores de 14 años, en que más allá de la dicción de la ley se requerirá informe pericial para determinar la posibilidad de su realización). Su admisión está condicionada a que existan datos que hagan presumir que su realización ofrecería resultados positivos para el enjuiciamiento.

2.3. Intervinientes

El CPP, artículo 182, respeta al carácter necesariamente complejo de este medio de prueba y es muy amplio al respecto. Pueden carearse testigos entre sí, agraviados entre sí, imputados entre sí, testigos con agraviados, y testigos o agraviados con imputados; supone, siempre, como mínimo, el concurso de dos personas. Es de entender que cuando el imputado interviene en un careo, la posibilidad legal de su realización está condicionada a su aquiescencia, prima en este caso su voluntad al no podersele obligar a que declare de una u otra manera —no solo no está sujeto a juramento, sino que rigen las reglas de la declaración del imputado, de la declaración indagatoria—. No es el caso cuando se trata del testigo, el que se somete a los términos de la declaración testimonial.

2.4. Práctica

El juez, luego de preguntar a los careados, en referencia a sus respectivas declaraciones, si se ratifican en ellas o las modifican —la ley, a diferencia de otros Códigos, no menciona que estas deban leerse—, los invitará a referirse recíprocamente a sus versiones contradictorias —no se leen sus respectivas declaraciones, el juez hace un detalle de ellas—. Ese es el ámbito de la diligencia, no se admite temas distintos a los que son objeto de contradicción. Cerrado ese enfrentamiento verbal, se producirá el interrogatorio de las partes, que versará exclusivamente sobre los puntos materia de discordancia objeto de la diligencia. El juez, obviamente, luego del elemento provocador del acto: invitación a que los careados se reconvengan y traten de avenirse, cuidará que el desarrollo de la diligencia se desarrolle sin amenazas ni se afecta la honra de los participantes.

2.5. Medio careo

Algunos Códigos procesales autorizan la posibilidad de realizar un medio careo, cuando una de las personas que debe ser careada —y a prestado testimonial en la causa— se encuentra ausente. En este supuesto, al que se encuentra presente, se le leerán las partes pertinentes de las declaraciones que se reputen contradictorias y se consignarán en el acto las explicaciones que dé las observaciones que efectúe.

V. LA PRUEBA DOCUMENTAL

1. Referencias normativas y concepto

1.1. Referencias normativas

Bajo el *nomen iuris* “la prueba documental”, el Capítulo V del Título II “los medios de prueba” de la Sección II “La prueba” del Libro Segundo “La actividad procesal” del CPP, regula este medio de prueba (artículos 184-188). Consta de cinco artículos.

Sobre su incorporación al plenario (procedimiento principal) se tiene el artículo 383, apartados 1, literal ‘b’, y 3, del CPP. Esta es una regla que desarrolla el artículo 187 del CPP. En el procedimiento de investigación preparatoria no se menciona la documental, salvo en lo referente a su obtención coactiva mediante exhibición forzosa y la incautación instrumental del documento (artículos 224 al 229 del CPP).

1.2. Concepto

Es un medio de prueba de carácter material –se trata de un soporte u objeto material: es prueba real y objetiva– que refleja un contenido de ideas: datos, hechos o narraciones, con eficacia probatoria, que se introduce al juicio oral, en cumplimiento del principio de oralidad, a través de la lectura, de la audición o del visionado –se entiende de sus partes pertinentes–. Es, pues, el aporte de conocimiento al proceso con relación a la materia debatida, emergente de cosas u objetos materiales –soportes materiales– aptos para conservar y transmitir expresiones de la voluntad humana [MORAS MOM]. Acredita la veracidad de un hecho a través de lo que consta en un material que recoge una determinada información. Lo relevante es, pues, el acto de incorporación al proceso del soporte material para que sirva como medio de prueba (artículo 184.1 del CPP); y, además, su reproducción, a fin de garantizar el contradictorio en el plenario [ARRABAL]. Las formas que tiene, para su producción regular, son las de lectura, audición o visionado, según el tipo de documento de que trate. Luego de ello, que requiere su protocolización en un acta, se debate por las partes, en la que éstas darán cuenta de su legalidad y aporte probatorio, como prueba individual. El principio de oralidad en la producción de la prueba documental se puede limitar o suprimir en función a su extensión, para lo cual lo central es que las partes que ofrecieron la prueba documental señalen su contenido relevante en función a su pertinencia y utilidad probatoria (artículo 384.2 del CPP).

Las notas características de la prueba documental son las siguientes:

1. Es un medio de prueba, en cuanto sirve para trasladar al proceso determinadas afirmaciones de interés para el mismo –la fuente de prueba aportada (el documento) debe tener una significación probatoria. Permite sustentar en ella la decisión judicial: esa es su finalidad. Como medio de prueba se destaca su función de carácter probatorio y procesal –cuando después de su formación y luego de obtenido es aducido a un proceso–.
2. Es un medio de prueba real, en cuanto el vehículo de traslado de las afirmaciones fácticas a presencia judicial, no lo constituye directamente la persona humana, sino un objeto material producido por ésta en el que se han fijado dichas afirmaciones –se ha formado mediante un acto humano, con o sin intención para ello, que tiene aptitud representativa–.
3. Es un medio de prueba representativo, en cuanto el documento –en tanto fuente de prueba– carece en sí mismo de valor, teniéndolo exclusivamente el contenido del documento –contenido ideológico–. En el documento la representación de un hecho está fijado precisamente sobre el objeto material aportado a presencia judicial – el documento debe representar un hecho, que es el que justifica su formación–. Éste es el requisito para su existencia jurídica. Existen documentos gráficos que son expresión del pensamiento humano, pero también documentos fotográficos y fonográficos, fílmicos, esculturas, pinturas, murales, registros de télex o fax, wasap, diarios, distintivos, marcas, contraseñas, emblemas, que fijan los hechos sin necesidad de su elaboración mental por el hombre, que se limita, a crear o preparar el instrumento representativo.
4. Es un medio representativo de un hecho presente, pues lo representado no es tanto el hecho pasado como la afirmación actual coetánea a la documentación de la existencia del hecho pasado o el propósito de realizar un acto en el futuro. Como dice CARNELUTTI, se describe documentalmente un hecho mientras lo percibe y, por tanto, quiere representar para el futuro el hecho presente mediante el documento formado al efecto –si lo que se quiere es representar un hecho que percibió (pasado) en otra ocasión se trataría de una testimonial–.
5. Es una prueba preconstituída, dado que el documento, como fuente de prueba, que es lo que se aporta, se forma con anteriores al proceso mismo (origen extraprocesal). Su valor intrínseco está en función a su conformación en el momento de su elaboración [GÓMEZ COLOMER]. Es de

tener presente, empero, que la prueba preconstituida es el género y la prueba documental la especie –existen pruebas preconstituidas no documentales: actas de inspección, incautación de hallazgo de intervención–. Además, las pruebas tomadas en un proceso resultan preconstituidas para otro proceso [DEVIS ECHANDÍA].

Cabe agregar, conforme señala JAUCHEN, que la representación del acontecer humano reflejado en el documento puede ser simple, o bien, además de ello, declarativa de un pensamiento. **1.** Es meramente representativo cuando concreta materialmente un hecho humano vacío de toda declaración expresa de quien es su autor (v.gr.: fotografías, planos, radiografías, pinturas, etcétera. **2.** Es declarativo cuando su autor manifiesta en él una especial declaración de su pensamiento (v.gr.: escritos, cintas grabadas, discos, etcétera, trasuntando de esa manera una determinada voluntad).

Debe diferenciarse entre prueba testimonial y prueba documental. La prueba documental incorporada al proceso es siempre un objeto representativo, mientras la prueba testimonial es oral y personal, versando sobre hechos pasados. El documento puede también contener enunciados futuros. La prueba testimonial es declarativa, pero en la prueba documental el documento puede ser simplemente representativo, como las fotos, mapas, planos. En cuanto a los sujetos, la prueba testimonial proviene de un tercero en el proceso, mientras en la prueba documental, el documento puede serlo, además, de alguna de las partes e incluso del juez.

2. El documento

Concepto. Documento es todo objeto o soporte material (cosa mueble) en el que se exterioriza un hecho de interés para el proceso [CARNELUTTI]. Es una expresión de contenido intelectual [CAFFERATA]. Expresa o incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria, siendo lo importante no tanto la grafía como la representación. Como establece el artículo 233 del Código Procesal Civil: sirve para acreditar un hecho, que es lo que define su contenido procesal, no sustancial, como destacara FENECH. El objeto de documento son los hechos representados, entendidos ampliamente (v.gr.: historias clínicas) e incluso los deseos o el pensamiento de su autor en libros, diarios o cartas.

La voz “documento” deriva del latín “*docere*”, equivalente a dar a conocer, por lo que por documento hay que entender forzosamente cualquier objeto que dé a conocer un hecho determinado. Su origen no tiene que ver con escritura sino con conocimiento, noticia, dato, genuino, originario –propio de la tesis de la representatividad (lo que da a conocer un hecho determinado), al margen

de la tesis literalista (que circunscribió la noción de documento a un escrito)– [MARTÍNEZ RAVE].

Elementos. Son: **1. Corpus:** es el soporte –siempre indeleble– de la representación documentada, siendo indiferente cuál sea ese soporte o forma de representación. Puede ser bien escritura en cualquiera de sus modalidades (manuscrita, mecanográfica, impresa o taquigrafiada o binaria); bien la reproducción del mismo hecho representada, estáticamente (fotografía o plano); bien dinámicamente (película, ciento magnetofónica o de video). estática o dinámica. **2. Docencia:** es el mensaje que contiene, que ha de ser significativo en sí mismo –objeto del documento–, que ha de provenir de una persona física o jurídica, pública o privada, siendo indiferente si se trata de una manifestación de voluntad (v.gr.: testamento) o de una declaración de conocimiento (v.gr.: acta de una sesión de directorio, certificado médico). **3. Incorporación del mensaje al soporte de manera artificial, por obra del ser humano, no de la naturaleza, el cual ha de ser significativo en sí mismo –no son documentos las “piezas de convicción”, que nada representan, solo sirven para deducir indicios en favor o en contra del hecho investigado o juzgado, como el arma del delito, manchas de sangre, ropa, etcétera–.** La permanencia es vital en todo documento, pues en él debe quedar plasmada una información determinada que permite que perdura a lo largo del tiempo; lo que, a su vez, exige la inalterabilidad, tanto material (fijeza) como ideológica (inequívocidad), de tal modo que queda garantizada su autenticidad extrínseca e intrínseca. Debe diferenciarse el acto constitutivo con el documento, que es la cosa que representa el acto.

Otros elementos serían (*i*) la firma –existen firmas electrónicas– y la fecha, pero estos datos pueden ser desvelados a partir de otros medios de prueba; luego, no son requisitos esenciales del documento. El documento puede ser original o con copias –con el avance de la tecnología puede haber varios documentos originales de un mismo objeto, así como copias espejo de los mismos–. Su valoración no estará dificultada en la medida en que no se cuestiona o ésta carezca de solvencia. Por otro lado, (*ii*) se tienen los documentos públicos y los documentos privados. Los primeros pueden ser: documentos notariales, documentos administrativos y documentos judiciales, en los que intervienen fedatarios públicos legalmente habilitados, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias y con allego a los requisitos legalmente establecidos [GIMENO] –ese es su factor de credibilidad–. Ellos, de ser así, acreditan en forma indiscutible la autoría y fecha del documento, así como todas las circunstancias que han contribuido a su formación. Esto no sucede con los segundos, los documentos privados (negocios jurídicos dispositivos,

fotografías, copias y fotocopias, películas cinematográficas, cintas de video, cintas magnetofónicas, planos, folletos impresos y cartas), que requieren de una prueba complementaria distinta del documento: reconocimiento por su autor, testimonial o pericial. En los supuestos de reproducción mecánica el factor de credibilidad puede operar en dos direcciones distintas: (*i*) como objeto de prueba en cuanto que pericialmente se estimen que la imagen o la voz corresponden de modo efectivo a la persona; y, (*ii*) como tal documento, cuando su reproducción de un hecho pasado (*vox mortua* o destinada a perdurar) sea averada por distintos medios probatorios, cual es la testimonial.

Debe distinguirse entre autor y destinatario del documento. Autor es aquel a quien se le atribuye, jurídicamente, el que a su vez puede ser diferente de su autor material. En efecto, el que solo firma un escrito que contiene una manifestación de voluntad negocial suya elaborado por otras personas en su confección, es autor jurídico, mientras que esta última es su autora material. Destinatario, si es aducido como medio de prueba, será el juez; y, si cumple una función extraprocesal o sirva para la justificación de una situación jurídica, lo será la persona a quien está dirigido o ante quien se hace valer.

El documento puede ocupar, procesalmente, dos roles: **1.** Es medio de prueba, cuando sirva en virtud de los actos o hechos en el contenido y representado. En este caso lo documento es lo relevante, o sea el dato consistente en la manifestación de voluntad en él materializada. **2.** Es objeto de prueba, cuando lo que interesa no es el contenido del documento sino el en sí, en su materialidad, ya sea porque se haya puesto en duda su autenticidad o porque sea el cuerpo mismo del delito [DAVIS ECHANDÍA].

Debe diferenciarse entre documento y su contenido. Aclara Cernelutti, cuando el documento es representativo-declarativo, o sea de aquellos en los que su autor ha vertido en él una especial manifestación de voluntad, cabe distinguir el documento en su materialidad de la declaración en él contenida. Así, una cosa es el pago y otra el recibo que como documento lo acredita, una cosa es la compra venta de un predio y otras el documento escrito que la concreta. La importancia de esta distinción estriba en que los vicios que afectan a la manifestación de la voluntad producen la nulidad del acto jurídico, pero no la nulidad del documento en él contenido. El documento, aclara ZINNY, conserva toda su validez como objeto medio de prueba de ese mismo acto, o bien con cualquier otra finalidad probatoria relevante para la causa.

Clases. El CPP asume una concepción amplia de documento. El artículo 185 CPP hace una enumeración enunciativa de las clases de documentos que

reconoce, según su materia y forma, más a tono con los avances de la tecnología: **1.** Manuscritos, impresos, fotocopias y fax. **2.** Películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas –marcas, contraseñas, mapas, signos, emblemas–, condecoraciones, dibujos, grabaciones magnetofónicas. **3.** Medios que contienen registro de sucesos, imágenes y voces. **4.** Otros medios similares, en los que pueden encontrarse los documentos electrónicos o informáticos.

En esta misma línea, el artículo 234 del Código Procesal Civil enumera: **1.** Las microformas –forma de reproducción reducida de documentos, que, para ser leídas, deben ampliarse en un aparato lector o proyector– tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos (infraestructura informática de instituciones). **2.** La telemática (también llamada “gestión de flotas”, que es un servicio de telecomunicaciones que permite la transmisión de datos informatizados a través del teléfono –mensajería instantánea, correo electrónico, etcétera).

Los documentos electrónicos o informáticos son aquellos que contienen información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado (discos magnéticos o *hard disk*, las memorias o *Random Access Memory*, etcétera). Serán públicos si han sido firmados electrónicamente por un funcionario que tenga legalmente atribuida la facultad de dar fe pública judicial, notarial o administrativa [ARRABAL]. El soporte material del documento electrónico es un dispositivo electrónico o magnético, cuyo contenido está codificado mediante algún tipo de código digital, que puede ser leído, interpretado o reproducido mediante el acceso a las redes informáticas. El documento origen original digital es el que está en el disco duro: original habrá solo uno, copias pueden existir, pueden hacerse muchas (existen, claro está, otros soportes que necesitan de una máquina para que su contenido pueda ser aprehendido, como las cintas de video o magnetofónicas, pero su nota característica es el lenguaje binario utilizado y su construcción a través de la tecnología informática. Este se inserta como fuente de prueba a través de la prueba documental [PARDO IRANZO]. Debe diferenciarse entre documento digital, que contiene una firma electrónica debidamente certificada, del documento electrónico, que no tiene firma o la firma electrónica no está certificada por el organismo oficial competente [CAFFERATA].

Es condición de su correcta incorporación que, si el documento está redactado en idioma distinto del castellano, debe ser traducido por un traductor oficial. Frente a los documentos audiográficos o videográficos, incluidos los electrónicos, cabe su audición o visionado y su transcripción en un acta, con intervención de las partes (artículo 187 CPP).

Quedan fuera de la concepción expuesta las pruebas personales, aunque se documenten bajo la propia fe judicial, entre los que figuran las declaraciones de los imputados y testigos, los informes de autoridades o agentes de la misma, los atestados, informes policiales, las actas del juicio oral y los dictámenes periciales (STSE de 10-11-95) –salvo el caso de los denominados “instituciones” (STSE de 09-05-07)–. La razón de esta exclusión se encuentra en que las pruebas personales están sujetas a la valoración del tribunal que la percibe con inmediación (STSE de 05-12-07). Cabe insistir que el dictamen pericial es una prueba personal documentada consistente en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba (STSE de 06-03-07).

3. Existencia, validez y eficacia del documento

Los requisitos de existencia del documento son los siguientes: **(i)** que tenga aptitud representativa de un hecho o de un concepto o de una idea cualquiera; **(ii)** que esté realizado por un acto humano; **(iii)** que tenga significación propia y entidad necesaria en todos los documentos para afirmar su existencia en el orden jurídico.

Los requisitos de validez del documento son: **(i)** que se haya elaborado voluntariamente; **(ii)** con las formalidades legales y llevado al proceso en forma legítima, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la Ley; **(iii)** tratándose de copias, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su legítima expedición.

Los requisitos de eficacia del documento son: **(i)** que su contenido sea convincente; **(ii)** no haya otro medio válido de confirmación en su contra; **(iii)** que llegue al proceso sin violación de la reserva o del secreto de la Ley que le haya impuesto a su emisor o tenedor; **(iv)** completo, sin alteraciones, mutilaciones, tachaduras; **(v)** que se haya hecho el registro (público) que exija la Ley; **(vi)** si se trata de un documento emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad [ALVARADO/ÁGUILA].

En cuanto a la validez, distinto es el caso, propiamente, de la validez de la prueba documental. Ésta se puede obtener ilícitamente, que es una cuestión de derecho (sea porque no se observa la Constitución en su obtención para el proceso: inobservancia del derecho a la intimidad documental, del secreto de las comunicaciones y del derecho a la protección de datos), se trata de una prueba inconstitucional –requisito de conducencia–, o cuando se infrinjan la legalidad en

su obtención o en su formación siempre que con motivo de la regulación legal se viole el debido proceso y la igualdad de armas.

Un caso específico de prueba prohibida es el previsto en el artículo 184.3 del CPP, en cuya virtud: “Los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyen el cuerpo del delito o provengan del imputado”. El Código, en este caso, declara ilícitas las declaraciones anónimas, aquellas que no tengan un autor debidamente identificado. Si el documento contiene tales declaraciones carecen de eficacia probatoria, es inutilizable. La excepción está referida a dos situaciones objetivamente razonables: **1.** Que el documento en sí mismo constituye cuerpo del delito, esto es, que el documento sea destinatario receptor de la acción delictiva ejecutada por una persona, que el documento resulta afectado o dañado por el hecho delictivo, o que sobre el documento se cometió el delito. **2.** Que el documento proceda del propio imputado, que se demuestra que él intervino en su confección.

4. Disponibilidad del documento

4.1. Preliminar

Se entiende que, en principio, todo documento está a disposición del juez y de las partes, como medio de prueba, en virtud del derecho a la prueba pertinente, del derecho subjetivo de probar –que integra la garantía de defensa procesal–, limitado solo por las disposiciones legales sobre inadmisibilidad de las pruebas por impertinencia, inutilidad e inconducencia, que incluye prohibición expresa de la ley para ciertos casos.

4.2. Concepto

Se entiende por disponibilidad del documento la posibilidad jurídica de aducirlo o presentarlo como prueba en los procesos jurisdiccionales, bien sea presentándolo en origen o en copia o verificando su existencia y contenido mediante una diligencia judicial: exhibición, inspección o incautación.

4.3. Supuestos de adquisición

Cinco supuestos pueden presentarse. Son los siguientes:

- A.** Cuando el documento pertenece a la parte interesada en aducirlo como prueba y se encuentra en su poder, su disponibilidad no presenta problemas, porque se reduce a un acto de voluntad propia.

- B. Cuando el documento propio está en poder de la parte contraria o de un tercero, su disponibilidad es absoluta, puede ser obtenido por orden de presentación o de incautación.
- C. Cuando la parte interesada en presentar el documento como prueba a su favor, lo tiene en su poder, pero no le pertenece, su disponibilidad es relativa y depende de que no exista una reserva legal o un secreto profesional que le impida hacerlo público.
- D. Cuando el documento está en poder de terceros, a quienes pertenece, debe considerarse si es pertinente, útil y conducente para el debido esclarecimiento de los hechos, así como si existe una reserva legal (secreto de Estrado) o un secreto profesional y es necesario obtener su presentación voluntaria o mandato de presentación o de incautación. En estos casos, su disponibilidad es relativa.
- E. Cuando el documento esté en poder de la parte contraria, a quien le pertenece, su disponibilidad es relativa, porque depende de que no exista una reserva legal o un secreto profesional que lo ampare. Debe lograr su levantamiento y consolidarse su incautación.

4.4. Formas de adquisición

La Ley procesal penal establece distintas vías para incorporar al proceso la prueba documental: **1.** Ofrecimiento y entrega por alguna de las partes. **2.** Orden de presentación o exhibición a su tenedor. **3.** Incautación instrumental (artículo 218.1 del CPP) [CAFFERATA]. Existe una obligación procesal para quien tenga en su poder un documento pertinente, útil y conducente para la causa, sea que se trate de persona natural o jurídica, pública o privada, que en caso de incumplimiento determina la intervención judicial y las órdenes de prestación o de incautación instrumental. La presentación de los documentos se puede presentar tanto en el procedimiento de investigación preparatoria como durante el procedimiento intermedio (artículo 321 del CPP –genérico–, así como artículos 349.1, 'h' y 350.1, 'h', del CPP) sin ningún límite salvo su pertinencia, utilidad y conducencia; y, limitadamente, cuando se tuvo conocimiento del documento con posterioridad a la audiencia de control de acusación, o cuando fue inadmitido indebidamente en el procedimiento intermedio (artículo 373 del CPP); y, al final de la recepción de la prueba –prueba complementaria final–, cuando el documento resultara indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad (artículo 385.2 del CPP).

El fiscal durante el procedimiento preparatoria puede solicitar directamente al tenedor del documento su presentación o exhibición documentaria; y, en caso de negativa, solicitará al juez la orden de incautación (artículo 184.2 del CPP). Pero, si existen motivos suficientes para estimar que una persona tiene en su poder documentos privados (donde está en juego la intimidad documental) útiles para la investigación, solicitará al juez dicte orden de incautación (artículo 233.1 del CPP). Si el fiscal en el curso de una inspección en un lugar o en curso de un allanamiento encuentra un documento privado y, antes no recabó orden de incautación, se limitará a asegurarlo, sin examinar su contenido, y pedirá al juez dicte orden de incautación. No será necesaria orden de judicial, en estos casos, cuando se trata de una intervención flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, y solo requerir del juez resolución confirmatoria (concordancia de los artículos 218.2 y 233.4 del CPP).

Si se trata de documentos contables o administrativos (libros, comprobantes, documentos contables y administrativos o su soporte informático) de una persona, natural o jurídica, la policía o el fiscal pueden revisarlo libremente, y si se considera su incautación total o parcial se asegurará y se pedirá al juez orden de incautación (artículo 234 del CPP). Si se trata de la invocación de secreto profesional, para omitir su entrega, el fiscal realizará las indagaciones respectivas y si considera infundada la oposición pedirá al juez que ordena la incautación. Si se invoca secreto de Estado, el fiscal pedirá al juez que solicite al ministro del Sector, en el plazo de quince días, informe si se trata de tal; incluso podrá citara a los funcionarios públicos que corresponden para los esclarecimientos correspondientes (artículo 165.2 del CPP). Además, pedirá que el presidente del Consejo de Ministros confirme esta información. Si se confirma la existencia del secreto de Estado y la prueba esencial para la definición de la causal, el fiscal acudirá al juez para que, previa audiencia con asistencia de las partes, decida si clausura la investigación por existir secreto de Estado (artículo 224.3 del CPP).

Los documentos allegados al proceso podrán ser conocidos y revisados por las partes. Para su utilización probatoria en la sentencia han de “oralizarse” (leerse, escucharse o visionarse, así como, en todos los casos, debatirse) en el plenario. Si se trata de un documento escrito en idioma extranjero, antes, se debe traducir (artículo 187.1 del CPP). Si el documento multimedia se allegó en sede de investigación preparatoria se procederá a su visionado o representación, de lo que se levantará al acta respectiva, con intervención de las partes (artículo 187.2-4, del CPP).

El imputado frente a la prueba documental. Como se sabe, la intervención del imputado en el proceso penal está gobernada genéricamente, salvo excepciones, por el principio de incoercibilidad: no es posible influenciarlo ni constreñirlo a que suministre prueba en su contra (garantía de defensa procesal: artículo IX del Título Preliminar del CPP). Él solo puede aportar prueba en tanto lo beneficie, mediante una decisión libre e informada. Su oposición y su pasividad no pueden ser utilizados como prueba de cargo.

Así las cosas, el imputado no está obligado a responder u obedecer a la “orden de presentación” de documentos que se dice tuviere en su poder. Ello no obsta, empero, a que el juez pueda en todo caso ordenar la incautación del documento [NÚÑEZ].

De igual manera, cuando se trata de documentos de cotejo, igualmente no está obligado a presentar un cuerpo de escritura ante el fiscal o juez, o ante el perito calígrafo. Podrá rehusarse sin que pueda presumirse en su contra. Igualmente, tampoco se podrán incautar las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo.

4.5. Utilización procesal del documento

La regla general es, como ya se anotó, que los documentos allegados al proceso pueden ser conocidos y revisados por las partes y sus defensores. Incorporado el documento al proceso, comienza, propiamente, la práctica de la prueba documental, que puede descomponerse en dos aspectos fundamentales: (i) el relativo a la acreditación de su autenticidad y (ii) el relativo a su oralización. En el primer caso, para acreditar su solidez probatoria, el documento puede ser reconocido, sometido a exámenes, cotejo (comparación entre original y copia para determinar su correspondencia), autenticación (acto o proceso por el cual se acredita que un documento extranjero es auténtico mediante certificaciones últimas por el país donde se va a utilizar), y pericia —esta es una peculiaridad propia de la prueba documental. También, si el documento está redactado en un idioma extranjero, será materia de traducción por un traductor oficial (artículo 187.1 del CPP). En el segundo caso, para su utilización, deberán ser oralizados, esto es, incorporados mediante su lectura, audición o visionado.

Reconocimiento. Es el acto expreso o implícito, en virtud del cual el autor jurídico del mismo o sus causahabientes le otorgan autenticidad, sea espontáneamente o por citación judicial, o por no tacharlo de falso. Como enfatiza FENECH, es la correspondencia entre el autor aparente y el autor real

del documento. El reconocimiento puede recaer sobre documentos privados suscriptos por la misma persona que lo reconoce o por su causante o firmados por otra a ruego de aquéllos, y también sobre documentos manuscritos por las mismas personas, aun cuando no estén firmados por ella e inclusive sobre documentos que ni llevan firma ni sean manuscritos [DEVIS ECHANDÍA]. El artículo 186.1 del CPP estipula que el reconocimiento judicial se realiza por el autor del documento o por quien resulta identificado según voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquel que efectuó el registro; y, también pueden reconocerlo personas distintas, en calidad de testigos, si están en condiciones de hacerlo. El documento público se considera auténtico en tanto no se demuestre lo contrario —se requiere redargución de falsedad, es decir, una acción o incidente impugnatorio para destruir la eficacia de un documento probatorio público—; tienen, pues, una presunción legal de autenticidad que solo cede ante una expresa impugnación de la misma [CORDERO].

Prueba pericial. Tiene lugar cuando el documento no ha sido reconocido o cuando el citado para hacerlo no lo reconoce (manifiesta que no lo acepta o que lo rechaza) y, por tanto, niega el hecho de su autenticidad. El documento, público o privado, puede tacharlo por falsedad material (de la firma o del texto del documento: lavado, borraduras, supresiones, cambios o adiciones de su texto). Como ya se expuso, la autenticidad del documento puede ser acreditada con declaraciones de personas que hayan presenciado su elaboración (si no lleva firma) o su firma o ambos hechos; pero también, y especialmente, mediante prueba grafológica (artículo 186.2 del CPP).

La prueba pericial grafológica consiste en el examen técnico comparativo del manuscrito o de la firma, con otros escritos o firmas de la misma persona. Se utiliza también la prueba pericial para acreditar la adulteración del documento por raspaduras, lavado, adiciones, supresiones o modificaciones. Si existe otra copia del documento, debe hacerse el cotejo con ellas; pero aun entonces la pericia es necesaria.

La prueba pericial de voz, sonido, de antropometría forense también puede ser planteada en casos de prueba documentos audiográfica o videográfica. También cuando se trata de determinar si las imágenes o palabras han sido mutiladas, agregadas, tergiversadas.

Las pruebas audiográficas o videográficas deben ser objeto de audición o visualización y su transcripción volcada en un acta, con intervención de las partes (artículo 187. 2 y 3, del CPP). Se tiene un procedimiento especial cuando se

trata de documentos videográficos o audiográficos extensos, conforme al artículo 187.4 del CPP. Es obvio que éste no es el caso de los documentos escritos, pues se busca volcar en actas lo que fluye de los documentos videográficos o audiográficos. Los documentos informáticos se reproducen a partir de su soporte informático.

Reproducción documental. Los documentos, sean escritos, audiográficos o videográficos, se deben oralizar en el plenario. El procedimiento de oralización exige que los documentos se oralicen, según el sistema de listas por cada parte (empieza el fiscal y siguen las demás partes, culminando las presentadas por el imputado: artículo 384.1 del CPP). Pero, antes la parte que lo ofreció debe destacar su significado probatorio que considere útil. La prueba documental audiográfica o videográfica se reproduce –se procede a su audición o visionado, según el caso– (artículo 384.3 del CPP); y, si son muy voluminosos o extensos, se puede prescindir de su totalidad y puede conocerse su contenido esencial o su lectura o reproducción parcial (artículo 384.2 del CPP). Culminada la lectura o reproducción de los documentos en general, las partes, por breve término, explicarán, refutarán o se pronunciarán sobre su contenido (artículo 384.4. del CPP).

Práctica de la prueba documental. Se parte de una diferencia entre fuente con código inmediato y con código mediato. El documento de código inmediato es aquella en que la información es perceptible directamente por los sentidos, sin ningún intermediario, de forma que, entre el objeto representador y la psique humana no existe nada interpuesto. El documento de código mediato es aquel en que la información no es perceptible directamente por los sentidos, siendo necesario para acceder a la misma la concurrencia de una máquina o equipo que muestra el contenido (disco compacto, cinta magnetofónica, USB). El primero requiere el método tradicional de lectura y revisión personal; y, el segundo, debe utilizarse una máquina, equipo o instrumento de reproducción

5. La captación de imágenes

La captación de imágenes mediante cámaras, en principio, no tienen ningún problema de eficacia probatoria. Las grabaciones constituyen prueba documental.

Si se trata de cámaras fijas, en ambientes públicos o abiertos al público, la captación de imágenes es libre, a menos que se afecte la inviolabilidad del domicilio

y no se respete el derecho a la intimidad. La forma de introducir esta prueba es a través de la cinta original.

La captación velada o subrepticia de imágenes de contenido criminal por parte de policías o particular al tiempo de cometer o intentar un delito, no resulta inválida a menos que vulnere derechos fundamentales (inviolabilidad de domicilio y derecho a la intimidad) y no se obtengan bajo coacción. No hay limitaciones en el ámbito de espacios públicos o semipúblicos, ni en locales comerciales, oficinas, despachos, establecimientos oficiales, entre otros. Al respecto, como enfatiza CHAIA, (1) no cabe alegar vulneración de la intimidad porque la supuesta intimidad ha sido ventilada libremente por quien interviene en el acto. (2) Tampoco puede considerarse una confesión, pues se asimilan a las expresiones que voluntariamente realiza un sospechoso de manera espontánea en la órbita extrajudicial. (3) Puede asimilarse al trato dispensado para los delitos flagrantes en donde la víctima y los testigos se encuentran habilitador para intentar impedir el delito en curso, incluso para aprehender al infractor [CARBONE]. (4) Los imputados no pueden ampararse en la garantía contra la autoincriminación si fue su conducta discrecional la que posibilitó aquella comprobación, es decir que, aquéllos asumieron el riesgo de que la oferta ilegal que estaban realizando pudiera ser reproducida ante los tribunales por quien la recibió (CSJN Argentina-Fallos, 313:1305). (5) Tampoco se trasgrede el derecho al secreto de las comunicaciones pues la grabación o captación lo hizo uno de los intervinientes en la conversación. (6) Cuando se trata de reportajes periodísticos obtenidos mediante la utilización de cámaras ocultas, es de aplicar el principio de proporcionalidad, por lo que es posible que prime el derecho a la información por razones de interés general o público, o de notoriedad y proyección pública del afectado, y si la imagen captada no es un elemento imprescindible para la finalidad informativa si ésta no ejerza profesión de notoriedad o proyección pública ni el lugar o dependencia donde se realizó la filmación fuera lugar abierto al público. (7) El acceso al contenido de las conversaciones por redes sociales (Facebook, Wasap, Tuenti, etcétera), si se trata de mensajes entre un imputado y la menor víctima; no es el caso de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, desde que ya cesó el mensaje y llegó al mensaje al receptor, sin perjuicio del derecho a la intimidad, que en este supuesto no se exige previa orden judicial para su acceso; la madre tiene derecho a la revisión como titular de la patria potestad, además se trataba de una actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar (STSE 864/2015, de 10 de diciembre).

6. Valoración probatoria

La regla fundamental es la plena libertad valorativa, según la racional apreciación del órgano jurisdiccional –reglas de la sana crítica: leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos (artículo 393.2 del CPP).

Criterios valorativos. No constan normas sobre el particular. Existen, empero, criterios en función a una secular tradición jurídica, que orientan la labor jurisprudencial. Son, siguiente a FENECH:

- A. Cada documento prueba su propia existencia.
- B. Si se establece el autor del documento, queda probado, ante todo, el hecho de su otorgamiento.
- C. Si se establece el autor de un documento, público o privado, y éste contiene una declaración de voluntad (como en el caso de un contrato o en el de la asunción de una obligación), queda también establecida la autenticidad o certeza de su contenido.
- D. Si el documento, público o privado, contiene una declaración de conocimiento (como en el caso de una narración), la determinación de autor solo acredita la autenticidad del hecho de la declaración, pero no la certeza del conocimiento declarado, que habrá de probarse valiéndose de cualquier otro medio probatorio, a menos que se trata del caso de los testimonios o certificaciones expedidos por funcionario competente.
- E. Influye en el valor probatorio del documento su origen, según se trate de un documento procesal o extraprocesal, y entre éstos, que provenga de una de las partes o de un tercero.

Por tanto, si se considera como auténtico el documento y se reputa verdadera la información que contiene, es ya posible valorarlo como una prueba más de cargo o de descargo. La autenticidad documental no es más que la aptitud de un documento para hacer prueba por sí mismo, sin necesidad de apoyarse en otro medio probatorio, con respecto al hecho a que el mismo se refiere [CLIMENT].

Pero, con ello no acaba la valoración de la prueba documental. Es necesario añadir una interpretación del documento para comprender su aporte en el juicio. En este punto, la semiótica textual sirve como un elemento que permite: (i) cómo abordar el análisis de la coherencia de un escrito, tanto en modo global como en texto completo, como frase por frase, ello junto con el análisis de las equivalencias semánticas entre las diversas partes del texto para averiguar el fuero interno del

autor; y, (ii) contextualizar el documento, en el sentido que todo escrito se ha realizado en un determinado entorno que no debe ser ajeno al juez, porque también ayuda a interpretar el sentido del documento [NIEVA].

Lógicamente, también es necesario establecer la identidad del autor del documento: conocer su cultura y competencia, de manera que pueda evaluarse si sabía que estaba escribiendo un documento antijurídico o bien si se trata de un documento escrito en lenguaje usual. Es diferente, encontrarse con un memorándum escrito por un gerente legal sobre posible contaminación ambiental, que revisar un documento escrito por una persona iletrada. Esto permite identificar la intencionalidad del documento y será un elemento para considerar por parte del órgano jurisdiccional.

Estos lineamientos contribuyen a que el juez deje de lado la sola interpretación literal o gramatical del documento, o donde no se analiza el contexto bajo el cual el autor redactó ese escrito o si está destinado el documento a un subordinado o si pertenece a su ámbito privado. Es importante, pues, entender las circunstancias que rodean la redacción de un escrito pues ayuda a la averiguación de su sentido y su relevancia, de allí lo importante del recurso a la semiótica textual pues permite, posteriormente, realizar las preguntas a las partes y a los testigos enfocado en conocer el contexto en que fueron realizados los documentos [NIEVA].

7. Informe

El artículo 188 CPP incorpora como medio de prueba al Informe. Es la respuesta –aporte de conocimiento al proceso– emanada de los registros o memoria –libros o archivos– de una institución pública o privada sobre datos preexistentes archivados en ella; trae al proceso el objeto mismo que se quiere conocer, tal como se encuentra consignado, registrado o archivado en su materialidad o intelectualidad. Ha de ser expedido por sus representantes o funcionarios debidamente autorizados. Hoy por hoy es el modo que tienen las personas jurídicas para transmitir la información, previamente registrada por ellas [CAFFERATA].

Es un medio de prueba –de carácter objetivo–, en tanto que por él se proporciona al proceso elementos de comprobación de manera más eficaz que por otros medios, o por un procedimiento menos engorroso; es, por tanto, sucedáneo de otros órganos de prueba y sustitutivo de la inspección judicial [CLARIÁ]. Por su ubicación en el CPP no puede calificarse de prueba independiente: facilita la

aportación de prueba documental, es un procedimiento especial para llevar al proceso un medio de prueba concreto [DEVIS ECHANDÍA].

El informe puede ser objeto de impugnación por falsedad o por ocultamiento de datos, a cuyo efecto es procedente las testimoniales y la diligencia de inspección judicial o revisión del archivo de la institución, que puede traer consigo la incautación de la información almacenada y la comparación con el tenor del informe aportado y cuestionado.

8. La prueba electrónica o digital

Concepto. Es toda información de valor probatorio contenida en un soporte o medio electrónico o transmitida por dicho medio. Esta prueba puede constituir tanto el objeto probatorio de un soporte electrónico que contiene determinada información de texto, gráfica, visual, sonora, como una información creada ya en un soporte electrónico destinada a la transmisión: correo electrónico, mensajes de móvil, comunicaciones en web, etcétera [VALERO CANALES]. La información se encuentra codificada en forma digital sobre un soporte lógico o físico en el cual se usan métodos electrónicos, fotolitográficos, ópticos o similares que se construyen en la representación de actos, hechos o datos. Está compuesto de dos elementos: (1) material, que depende de un hardware, la parte física o visible de la prueba (v.gr.: la carcasa de un Smartphone o una memoria USB; y, (2) elemento tangible representado por un software consistente en los metadatos y archivos electrónicos modulados a través de las interfaces informáticas [GÓMEZ FRÖDE].

Elementos esenciales. Son tres: 1. Que se refiera a cualquier clase de información. 2. Que ha de ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos. 3. Que pueda tener efectos para acreditar hechos en el proceso abierto en cualquier orden jurisdiccional. Esta prueba, en su fase de incorporación al proceso, tiene como uno de sus requisitos el aporte del original del documento electrónica, más aún cuando se trata de un documento electrónico privado (soportes informáticos portátiles). Por ello resulta indispensable la prueba pericial informática para acreditar la autenticidad y/o integridad del contenido de la información incorporada, a fin de establecer de forma indudable el origen de la misma y su no alteración o manipulación. Se trata, en este caso, de una prueba complementaria [DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2da. Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2018, pp. 40-44, 64-68].

Características. Son cinco: **1.** Intangible. No se aprecia directamente a través de los sentidos, sino mediante complejos procesos informáticos. **2.** Replicable. Se encuentra en formato digital, pudiéndose copiar o replicar tantas veces como se desee. Con ello se plantea el problema de su distinción de la originalidad, el cual se declara trivial para su adquisición de fuerza probatoria si se puede acreditar indubitadamente que original y copia son exactos, bit a bit. **3.** Volátil. Esta prueba es mudable, inconstante por su propia naturaleza intangible, y especialmente sujeta a la posibilidad de modificación o alteración, lo que añade especial complejidad para que una prueba digital o electrónica adquiere capacidad probatoria. **4.** Deleble. Puede ser fácilmente destruida, no siendo necesaria la destrucción del soporte digital que la contiene. **5.** Parcial. En ocasiones, la prueba electrónica o digital está formada por múltiples ficheros informáticos, repartidos en distintos soportes digitales y localizaciones, como por ejemplo un sistema de información en la nube, lo que añade todavía más complejidad en su aprehensión y preservación [DE LA TORRE]. **6.** Unilateral. Quien tiene una página web cuenta con el control técnico y los recursos informáticos, es decir, es el único habilitado para generar una prueba electrónica dentro de esa página web y, por tanto, el único que tiene posibilidad de alterar o borrar los registros informáticos que acreditan lo que se muestra en dicha página; esta prueba es de una visualización mediata ya que requiere el hardware y software que permitan su visualización [GÓMEZ FRÖDE].

Acceso procesal. La prueba electrónica ingresa al proceso como prueba documental, cuya admisibilidad está condicionada (i) a su autenticidad (concordancia de su autor aparente con el autor real, propiamente el equipo en el que se realiza o confecciona, sin identificar al sujeto que lo ha confeccionado), (ii) a su exactitud o integridad (concordancia de la copia, testimonio o certificación con el original, que en lo electrónico se precisa de una prueba pericial informática, de difícil concreción cuando se carece de una firma electrónica reconocida), y (iii) a su certeza (concordancia del contenido en el documento con la realidad) [ABEL LLUCH, XAVIER – PICÓ I JUNOY, JOAN (Directores): *La prueba electrónica*, Bosch Editor, Barcelona, 2011, pp. 81-84]. Son pues cuatro los elementos de su admisión procesal: **1.** Licitud, su obtención no puede vulnerar el derecho a la intimidad, a la protección de datos y al secreto de las comunicaciones. **2.** Integridad, por lo que debe garantizarse la inmutabilidad del soporte y, a partir de él, realizarse la pericia informática. **3.** Autenticidad, lo que implica la preservación de la cadena de custodia, para evitar su manipulación. **4.** Claridad, en el sentido que debe ser comprendida por los intervinientes en el proceso que no son técnicos informáticos, en especial por los jueces y abogados, para lo cual ha de insertarse en un informado

realizado por un perito, cuya posición ha de ser neutral en función a su cualidad técnica y lo objetivo de sus conclusiones [DE LA TORRE].

Obtención. Un ámbito central es la obtención subrepticia de conversaciones e imágenes de las mismas. Es factible, en clave de legalidad, una captación y grabación privada por un interlocutor (v.gr.: STCE 114/1984, de 29 de noviembre), siempre que se trate de un asunto no confidencial y con evidentes fines de obtener pruebas para advenir una denuncia, en tanto en cuanto no se afecte el núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores (v.gr.: STSE 652/2016), ni el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable al realizarse en el ámbito particular). Ha de acreditarse que las reuniones no sean parte de un ardid en el que se convenció a los imputados para que accedan a seguir hablando de los hechos presuntamente delictivos [v.gr.: SSTSE 1066/2009, de 4 de noviembre, y 116/2017, de 23 de febrero]—. Por lo demás, tratándose de la comisión de un delito en el que se vulneran bienes jurídicos superiores, no cabe inutilizar las grabaciones porque al hacerlo no concurre un fin ilegítimo ni se vulnera el principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad) [vid.: SSTSE 793/2013, de 28 de octubre; 214/2018, de 8 de mayo].

Impugnación de la prueba electrónica. Dados sus elementos y características es pertinente reconocer a las partes el derecho de impugnar la autenticidad prueba electrónica allegada al proceso (cfr.: STSE 300/2015, de 19 de mayo). Para ello es indispensable la prueba pericial informática forense, realizada por un perito que posea unos especiales conocimientos en “informática forense” (*computer forensics*), que supone la aplicación de máximas científicas y analíticas especializadas que permiten identificar, preservar, analizar y presentar datos que sean válidos dentro del proceso judicial, y que incluyen, entre otros, la reconstrucción de datos, examen de datos residuales, así como explicar las características técnicas de un determinado dispositivo electrónico. El perito debe tener un amplio especto de conocimiento que abarque no solo el software del sistema, sino también el hardware, redes, seguridad, hacking, recuperación de información, etcétera [PINTO PALACIOS-PUJOL CAPILLA]. La informática forense, en consecuencia, se erige en la garante de la verdad de la prueba electrónica, cuyo objetivo es la compensación causados por los criminales, la persecución y procesamiento de los responsables, y la creación y aplicación de medidas para prevenir casos similares [MAGRO SERVET].

Una de las fases de la prueba pericial informática es la acreditación de la autenticidad e integridad de la prueba electrónica. La autenticidad es la propiedad o característica consistente en que se garantiza la fuente de la que proceden los

datos; mientras la integridad de la prueba electrónica consiste en que los datos (archivo de información) no han sido alterados de manera no autorizada. Si tras la práctica de los medios probatorios surgieran elementos que determinan que ha existido una manipulación de la prueba electrónica, la sana crítica (reglas de la razón) también determinará probablemente que el juez niegue eficacia probatoria [DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN: *Ibidem*, pp. 80-81]. Lo sustancial es la autenticación de las grabaciones y la posibilidad de conocer su contenido en un soporte que las refleje [STSE 459/2014, de 4 de junio].

Clases de prueba electrónica. La necesidad de identificar las clases de prueba electrónica está en función a la determinación de su valor. Cada clase de prueba debe analizarse en función a cada una de ellas. Así, en los términos de ARMENTA, se tiene:

1. Correo electrónico. Es todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo. Su acreditación se efectúa mediante cualquiera de los dispositivos electrónicos de remisión o recepción, y/o en cualquiera de los servidores implicados, si bien la facilidad de acción, según la empresa operadora tenga su sede o no el país, y la eficacia probatoria de cada uno varía.
2. Wasap y otros mensajes de instantánea. Es una forma de comunicación entre usuarios, mediante una aplicación para *smartphones*, que permite enviar mensajes de texto, notas de audio y video, compartir contactos o la propia ubicación presenta algunas diferencias con el correo electrónico y el SMS, ya que la información transmitida no se conserva por un servidor externo, utilizándose protocolos de seguridad para garantizar el cifrado de la información y resultando posible en multiplataforma: IOS, Android, Windows Phone. Ahora bien, el hecho de que el contenido no quede almacenado en el servidor del administrador impide que el juez pueda solicitar a la empresa prestadora del servicio que certifique el contenido de mensajes enviados o recibidos, por lo que tiene que acudir a los dispositivos electrónicos usados para su conversación. Cuestión diferente será la de los datos de tráfico generales durante la conservación de wasap, que no constituyen contenido de la conversación (origen y destino, ruta, hora, tamaño y duración de la comunicación).
3. Redes sociales y otros elementos web. En estos casos un usuario construye un perfil público o semipúblico en un sistema delimitado o cerrado y

en el que elabora una lista de otros usuarios que comparten relaciones; además, es posible recorrerse la lista de relaciones que las personas tienen con otras del sistema. Ello determina que la información obtenida de las redes sociales se erige en prueba de los hechos delictivos cometidos en las mismas; esta información se orienta a determinar un delito cometido en la red como fuera de ellos. La titularidad de la cuenta, puede ser también el objeto de esclarecimiento, lo que se hará averiguando la dirección IP utilizada para colgar el contenido ilícito y a partir de ahí, la cesión de datos de identificación y localización del dispositivo, identificación que precisará de autorización judicial.

Valor probatorio de la prueba electrónica. La base es, siempre, la valoración probatoria por el sistema de la sana crítica (artículo 158.1 del CPP). Sus reglas generales son aplicables. El juez, además, por lo común y según el tipo de prueba electrónica, debe contar con el apoyo de un perito informático, cuyo aporte será determinar la existencia o no de manipulación del medio de prueba, y, además, con el apoyo de un prestador de servicios de certificación, que se pronunciará acerca de la integridad de los datos y la corrección del origen de los mismos. Es decir, el valor probatorio de la prueba electrónica dependerá del procedimiento elegido para su aportación en el juicio, así como las garantías ofrecidas para la verificación judicial de su autenticidad e integridad de la prueba. Si del cotejo no se dedujera la autenticidad de una prueba electrónica el juez debería valorarla conforme a los principios de la sana crítica sin perjuicio de utilizar también prueba personal y reconocimientos judiciales [GÓMEZ FRÖDE].

9. La prueba documentada

La prueba documentada está referida a las actas levantadas con motivo de la realización de actos de investigación o diligencias procesales, que tienen carácter de prueba preconstituida o, en su caso, de prueba anticipada. Es obvio que esas actas se erigen en documentos oficiales y su incorporación al juicio, para su consideración como prueba utilizable, está sujeta a las exigencias de no repetibilidad y de urgencia, así como al cumplimiento de las reglas que rigen su actuación —genéricamente, en sede sumarial el principio de posibilidad de contradicción: citación a las partes para llevar a cabo la diligencia, salvo el caso de indisponibilidad imprevisible y peligro de pérdida por la demora—.

El artículo 383 del CPP regula este tipo especial de prueba. Expresamente incorpora (i) las actas que contienen prueba anticipada (testimoniales y examen

del perito, careos, reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, declaraciones de niñas por delitos contra la libertad, y de testigos en caso de delitos contra la administración pública y criminalidad organizada: artículo 242 del CPP); **(ii)** las actas de testimoniales mediante exhorto; **(iii)** los informes periciales y actas de examen pericial y de debate pericial, con el emplazamiento o asistencia de las partes, y éstos no hubieran podido concurrir por fallecimiento, enfermedad, ausencia, entre otros motivos graves; **(iv)** las actas que contienen declaraciones prestadas ante el fiscal, según los requisitos precedentes; y, **(v)** las actas levantadas por la Policía, Fiscal o JIP que contengan diligencias objetivas e irreproducibles (prueba preconstituida): actas de intervención, reconocimiento, detención, registro, inspección, revisión, incautación, allanamiento, etcétera.

Se le da un carácter de prueba documentada a los informes periciales de las instituciones oficiales especialmente dedicadas a labores periciales: Dirección de Criminalística de la PNP, Instituto de Medicina Legal, Contraloría General de la República, SUNAT, Unidad de Inteligencia Financiera. Es obvio que sus actuaciones tienen un definido carácter pericial, de pericias institucionales extraprocesales. Si no se afirma la falsedad del informe elaborado por estas instituciones ni se cuestiona la percepción sensorial del perito o la corrección de las operaciones periciales, salvo que expresamente lo pidan las partes, en tanto es pertinente y útil, se convocará a estos peritos al juicio oral. Se le da el tratamiento de prueba pericial documentada.

VI. EL RECONOCIMIENTO

1. Concepto

Los artículos 189-191 CPP regulan el reconocimiento, que está referido a personas, cosas, voces, sonidos y todo aquello que pueda ser objeto de percepción sensorial. El reconocimiento de lugares es propio de la inspección judicial o del testimonio.

Es un medio de prueba de carácter personal, por lo general irreproducible o preconstituido —no puede ser renovado en las mismas condiciones—, en cuya virtud una persona determinada, a presencia judicial, identifica o individualiza a una persona o cosa, lo que por lo general adquiere valor definitivo, “como aquellas a las que alude en sus exposiciones ante el juez o la autoridad” [CREUS]. Persigue señalar a una persona o cosa y diferenciarlas de las demás mediante la constatación de aquellos rasgos o características externas que la hacen distinta al resto de las

personas o cosas. Es de considerársele un caso típico de prueba preconstituida, pues el transcurso del tiempo puede alterar el aspecto del sujeto o, incluso, puede producirse precisiones externas tendentes a que el reconocimiento niegue un reconocimiento cierto, así, el propio transcurso del tiempo puede afectar la memoria de quienes han de reconocer al imputado [ASENCIO].

2. Reconocimiento de personas

2.1. Concepto y fundamento

Persigue identificar personas, de cara a su individualización, por medio de la intervención de otra persona. Es evidente, por lo demás, que la determinación del imputado, eje central del proceso penal, puede lograrse por otros medios, tales como los métodos antropomórficos o reconocimiento antropométrico, como las diligencias de reconocimiento dactiloscópicas, las inspecciones corporales y, sobre todo, las intervenciones corporales, a través de las cuales se puede averiguar el código genético del autor del delito [GIMENO].

La necesidad de la actuación del reconocimiento visual de personas está condicionada a que existan dudas sobre el imputado o su identificación nominal (no cabe esa duda si el imputado fue detenido mediando flagrancia delictiva), o a verificar si quien dice conocer o haber visto a una persona efectivamente la conoce o la ha visto. No corresponde realizarla cuando los testigos o agraviados reconocen y señalan de manera inequívoca y firme a la persona imputada (STSE n.º 177/2003 de 5 de febrero).

El sujeto activo de la diligencia es una persona ajena al sujeto reconocido. El reconociente puede ser el agraviado, un testigo o un coimputado. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona –el artículo 189.1 CPP dice: “Cuando fuere necesario individualizar a una persona”–, pero por lo general el sujeto pasivo del reconocimiento es el imputado –para determinarlo con exactitud y dirigir contra él el procesamiento o imputación formal y, luego, la acusación, de ahí que se trata, mayormente, de una diligencia instructora–.

El reconocimiento se realiza con la persona presente, pero en ausencia de ella puede realizarse mediante fotografías (artículo 189.2 CPP), de diversa fuente: archivos policiales, fichas del Reniec, filmaciones varias, identikit, fotografías artísticas, de retratos fotográficos o álbumes privados –lo preferible, en estos casos, es la modalidad secuencial de cuadros de imágenes. Alternativamente puede existir reconocimiento fílmico. Como no es un medio de prueba autónomo, requiere se

complemente con la declaración testimonial del reconociente, sin perjuicio de que, de conseguirse la presencia física de quien necesita ser reconocido, el reconocido por fotografías pueda ser sometido a reconocimiento en rueda.

2.2. Procedimiento

El primer paso del acto, previo juramento de quien no es imputado, es la descripción de la persona a reconocer, tales como sexo, estatura, edad, físico, color de cabello, rasgos generales y particulares, vestimenta), a fin de verificar las condiciones en que se captó la imagen y la forma en que se conserva, así como para valorar el resultado del reconocimiento cotejando las concordancias entre la persona reconocida y la persona descrita [CAFFERATA].

Acto seguido se procederá a la rueda de personas, que estarán integradas por personas de “aspecto exterior semejante” –parecido físico, de vestimenta, rasgos sociales, etcétera–; se requiere personas de condiciones exteriores semejantes, no se exige uniformidad morfológica. La ley no fija el número de quienes integran la rueda, pero lo aconsejable es más de tres personas. Se discute si puede obligarse a los integrantes de la rueda que hablen, griten, caminen o lleven determinada vestimenta.

El reconocimiento presupone la observación del testigo a los que integran la rueda y que estos no pueden verlo. El testigo indicará si entre el grupo se encuentra la persona a quien se hubiere referido en sus declaraciones, al que debe señalarlo (artículo 189.1 CPP). Cabe puntualizar que como acto complejo e irreproducible, no puede el imputado estar integrando distintas ruedas para que quien lo va a reconocer –en tanto sea la misma persona quien lo haga– reitere su examen [D’ALBORA].

En caso de que varias personas deban reconocer a una persona, se procederá a una diligencia específica o por separado por cada individuo. Pero si deba reconocerse a varias personas es posible caberlo en un solo acto, siempre que no perjudique el fin de esclarecimiento y el derecho de defensa (artículo 189.4).

El órgano del reconocimiento es el fiscal –ello no quita, por cierto, que esta diligencia se realice como medio de prueba y, por ende, que se lleve a cabo a presencia judicial–. Otro punto es, por cierto, la preconstitución o la anticipación probatoria. El apdo. 3 del artículo 189 CPP autoriza la intervención del juez de la investigación preparatoria cuando no exista abogado defensor del reconocido, en cuya virtud se considerará prueba anticipada. El problema en clave de asignarle

valor probatorio a una diligencia conducida por el fiscal es la imposibilidad de su reproducción en el acto oral ante la ausencia o desaparición de quien deba efectuar el reconocimiento —es una diligencia inidónea y atípica en el plenario—. Aquí, desde luego, todo está condicionado a su imprevisibilidad y a la presencia del defensor de quien resultó afectado con la diligencia. Todo ello no quita la necesaria presencia, salvo supuestos de imposibilidad, del reconociente en el acto oral para declarar como testigo, de lo contrario no tendría el carácter de prueba de cargo para sustentar una condena.

En definitiva, para la validez del reconocimiento fotográfico se debe cumplir con los siguiente requisitos **(i)** se lleve a cabo en sede policial con presencia del fiscal, **(ii)** se incluyan seis fotografías, y **(iii)** se realice en condiciones en que la reconociente no fue objeto de sugerencias, presiones o indicaciones para que vincule al imputado —la presencia del fiscal es determinante al respecto— (RN n.º 1473-2014/Madre de Dios, de 19-05-15). Asimismo, es imperativo del juzgador corroborar esto junto con el resto de los elementos de prueba para dar fuerza a la afirmación inculpatória. De esta manera, se refuerza el valor probatorio del reconocimiento efectuado del testigo junto con su testimonio [IBÁÑEZ].

3. Reconocimiento impropio

Es posible que durante el transcurso del juicio oral el testigo sea sometido espontáneamente a un reconocimiento o señalamiento sobre alguna persona que se encuentre presente en la Sala de Audiencia. Aunque la forma y naturaleza de la medida genere discusión, es una actividad válida a la que debe asignársele el valor dentro del principio de libertad probatoria. No es en puridad un reconocimiento en rueda de personas, por lo cual no rigen las reglas rituales para su sustanciación [CHAIA]; se trata de una prueba testifical, de una verdadera y autónoma prueba de cargo, actuada bajo las garantías de intermediación y contradicción, por lo que es irrelevante tanto la ausencia de rueda identificativa como la posible inobservancia de sus condiciones legales (STSE de 02-10-01). En todo caso, el reconocimiento en el juicio oral subsana cualquier incorrección en los reconocimientos anteriores (STSE de 16-02-90), pues está avalado por el insustituible beneficio de la intermediación (STSE de 14-05-09).

4. Reconocimiento de voces y otros

El CPP, artículo 190, siguiendo el modelo italiano (artículo 216 CPPI) autoriza, bajo los mismos procedimientos, en lo pertinente, que el reconocimiento

de personas, el reconocimiento de voces, sonidos y cuando pueda ser objeto de percepción sensorial. Es significativo el reconocimiento subsidiario de voces, pues está demostrado que la voz natural integra el ámbito de la individualidad de cada ser humano, por lo que es posible reconocer o identificar la voz de una determinada persona, aun cuando no se haya podido observar de quién emanen. En tal virtud, se seguirá mediante un muestreo o rueda o cuerpo de voces, en que los reconocidos hablan para que pueda escucharlos el sujeto reconociente. Puede tratarse, a su vez, del reconocimiento en rueda de voz –escuchando directamente la voz– o, en su defecto, en cuerpo de voz, a través de grabaciones, lo cual puede ser apreciada por el tribunal o ser deducida de la valoración del testimonio de quien ha percibido la voz del sospecho y la identifica ante la autoridad judicial.

5. Reconocimiento de cosas

Está contemplado en el artículo 191 CPP. Rigen por analogía las reglas del reconocimiento de personas, del artículo 189 CPP.

Las cosas objeto de reconocimiento pueden ser muebles o inmuebles, animadas –animales– o inanimadas –cosas materiales– [FLORIÁN]. También, desde otra perspectiva, pueden tratarse de cuerpo del delito –objetos, efectos o instrumentos del delito– o de huellas o vestigios materiales –elementos de convicción en general–.

6. Fotografías y videos

De modo genérico, el artículo 68.1 CPP autoriza a la Policía tanto practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito, cuanto realizar las diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos (literales e y n). Estos actos de investigación implícitamente reconocen la ineludible utilización de los avances tecnológicos que permitan captar con absoluta fidelidad imágenes de actos a partir de los cuales determinar la autoría de hechos con relevancia penal [ASENCIO]. La Policía en su función de investigación, como es obvio, puede utilizar toda clase de medios que permitan constatar la existencia del delito y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser empleada en un proceso penal, con claro respeto de los delitos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (STSE de 06-05-93).

Específicamente, el artículo 207 CPP permite al fiscal, de oficio o a instancia de la Policía, sin conocimiento del afectado, ordenar (i) tomas fotográficas y registro

de imágenes; y, (ii) otros medios técnicos especiales para observar o para investigar el lugar de residencia del investigado –son captaciones de imágenes de manera velada o subrepticia de sospechosos en el ámbito de la investigación absolutamente legítimas [RIVES SEVA]–. No se trata, por cierto, de un supuesto de videovigilancia para prevenir el delito –para lo cual se requiere de una norma especial al efecto, como por ejemplo, en España, la Ley Orgánica n.º 4/1997, de 4 de agosto–, en cuya virtud se instalan cámaras fijas en lugares públicos –abiertos y cerrados, que incluye centros administrativos, negocios, tiendas, etcétera–, aunque si captan un hecho delictivo o coadyuvan al descubrimiento de su autor puede convertirse en un acto de investigación [GÓMEZ COLOMER] y, por ende, rigen las reglas que a continuación se enunciarán.

Como puede estar en riesgo el derecho fundamental a la intimidad o la propia imagen, el principio de proporcionalidad exige su indispensabilidad, que se refiera a hechos delictuosos graves y que, de no hacerse, la investigación puede comprometerse seriamente. En principio estos actos de investigación se dirigen contra los implicados y los investigados –según el momento de la investigación–, pero pueden involucrar a terceros si ello es irremediable o si están conectados con los investigados o el hecho objeto de averiguación. Las fotografías, las filmaciones, y los registros de audición o de sonido, para su consolidación probatoria, han de pasar por el procedimiento previsto para el caso de control de comunicaciones: artículo 231, en lo pertinente, del CPP.

Cumplidos esos trámites procesales, dichas tomas tendrán valor de prueba preconstituida por su irrepetibilidad, y habrán de reproducirse en el juicio oral en la forma que sea más oportuna para la naturaleza del acto y la garantía de contradicción (STSE de 11-02-94). Ese valor, incluso, se obtiene si se graban por agentes privados o por los propios establecimientos comerciales o Municipalidades [Gimeno]. También tendrán ese valor las filmaciones periodísticas de incidentes acaecidos en la vía pública, y su fiabilidad está en función a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y las leyes científicas (STSE de 19-01-05). El sospechoso en ese caso actúa no como fuente o medio de prueba, sino como objeto de prueba de percepción sensorial –en este caso visual– (STSE de 26-10-96).

Es evidente, por lo demás, que si esos actos de investigación o medios técnicos de investigación se realizan en el interior de inmuebles o lugares cerrados, por restringir la libertad domiciliaria y el derecho a la intimidad, será necesario recabar la preceptiva orden judicial. Así lo dispone el artículo 207.3 CPP, por lo que la medida judicial se traducirá en una resolución motivada y proporcionada

al hecho a investigar –delitos enumerados en el apartado primero–; las tomas, sin mandato judicial, se limitarán a los exteriores (STSE de 02-06-10).

Ahora bien, esas tomas fotográficas y grabaciones audiográficas o videográficas tienen un indudable carácter documental; y, lo esencial, no son las fotografías, audios o videos en sí –carecen de autonomía funcional, y tienen, por ello, un carácter complementario–, sino la percepción directa y personal de los policías y demás funcionarios o personas que captaron las imágenes, y declararon en sede jurisdiccional (STSE de 17-03-06). En todo caso, esas fotografías y grabaciones deben reunir los requisitos de inmediación, autenticidad e integridad (STSE de 12-01-11).

VII. LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Es un medio de prueba personal y directo. Es un acto o medio de comprobación personal realizado por el propio juez, sin intermediación alguna, es decir, inmediato –no se interpone entre lo percibido y el juez medio humano o material alguno–. A través de la inspección, el juez percibe directamente con sus sentidos –es una diligencia de percepción sensorial– las materialidades –del lugar y de los objetos relacionados con el hecho punible– que pueden ser útiles, por sí mismas, para el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso penal, dejando constancia objetiva de sus percepciones; es una observación judicial sobre el mundo físico con la consiguiente descripción de los elementos sometidos a la percepción judicial [CLARIÁ]. En consecuencia, a través de esta prueba se pretende acreditar un hecho controvertido acudiendo a la percepción directa por parte del juez del lugar u objeto a que aquel hace referencia. Tiene una función constatadora del escenario del delito, de ahí la exigencia de actas o registros fílmicos de ser posible.

El artículo 192.2 CPP precisa su finalidad u objeto: comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya podido dejar en: **a)** lugares –es el espacio territorial donde el responsable del mismo ha llevado a cabo los actos de ejecución delictiva, sea cual sea aquel, que a su vez importa una descripción detallada de lo inspeccionado y la constatación de rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera podido dejar–; **b)** en cosas –toda corporalidad física, que incluye los documentos en cuanto a su materialidad, no a su función representativa–; o **c)** en las personas –todo lo que se refiere a su cuerpo, de suerte que permite advertir tanto huellas u otras circunstancias particulares en él, como identificarla describiendo sus rasgos característicos–. En consecuencia, también

reconoce varias clases de inspecciones que el fiscal o el juez puede materializar con su observación: de personas, de cosas y de lugares –la inspección de cadáveres, si bien es, propiamente una inspección, está considerada como una diligencia típicamente sumarial y a cargo del fiscal conforme al artículo 195.2 CPP–; incluye, pues, toda materialidad susceptible de percepción inmediata por el juez. Es posible que también pueda ser objeto de inspección los acontecimientos como por ejemplo la congestión de tránsito en un cruce determinado. Todo ello permite sostener que este medio de prueba permite apreciar: **1.** El lugar y circunstancias en que se sitúa la escena del delito y sus inmediaciones. **2.** Los sitios colindantes, las circunstancias concurrentes en su comisión y los posibles vestigios, objetos o huellas que hayan quedado [MORENO CATENA]. Formaliza la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del delito [GARBERÍ].

Cabe aclarar que la inspección judicial puede tener lugar tanto cuando el hecho ha dejado huellas de su realización como si no las ha dejado; sin embargo, es evidente que su realización guarda correspondencia con su carácter esencialmente investigativo. En el primer caso, se recogerán y conservarán, para su exhibición en el juicio. En el segundo caso, cuando no queden huellas del hecho punible, la diligencia estará destinada a averiguar si su desaparición fue o no intencionada y, de ser así, qué medios se han utilizado con tal fin, sin perjuicio de recoger y consignar cuantos datos adquiere acerca de la comisión del delito; y, si se trata de un delito que no deja vestigios, se procurará hacer constar la ejecución del mismo y las circunstancias en que se efectuó y la preexistencia de la cosa [HERCE QUEMADA].

En este medio de prueba intervienen todos los sentidos del fiscal o del juez: a través de la vista –observación del lugar del hecho, de la situación del cadáver, de las heridas y manchas de sangre, huellas digitales, rastros de pisadas–, por medio del oído –alboroto de un aparato musical–, a través del olfato –alimentos en mal estado, estiércol apilado al aire libre–, por el tacto –el filo del cuchillo– [ROXIN]. Su límite está dado por la necesidad del empleo de la pericia, pues si no se pueden obtener inmediatas conclusiones que están al alcance del común de la gente, debe ocurrir a la intermediación de peritos [CLARIÁ].

El artículo 192.1 CPP establece que la inspección judicial puede realizarse tanto en la etapa de investigación preparatoria –por el fiscal– como en la etapa de enjuiciamiento –por el juez–. Empero, es evidente que por su propia naturaleza tiene un carácter de acto de investigación preconstituido y, por ende, su órgano de ejecución es la Fiscalía –apoya esta posición el que la eficacia del acto está condicionada a su pronta realización, evitándose que los elementos se modifiquen,

se alteren, desaparezcan o se destruyan—; el momento procesal idóneo, entonces, es inmediatamente después de la comisión del delito, a efectos de evitar la alteración del lugar o sus circunstancias, o la pérdida o deterioro de los efectos que allí pudieran encontrarse [MORENO CATENA]. Ello significa reconocer el carácter urgente de esta diligencia, de lo que resulta que ha de haber transcurrido un periodo dilatado de tiempo en relación a la fecha de comisión del delito. La realización de la inspección judicial en sede del juicio oral debe entenderse como excepcional —siempre que no se disponga de ningún otro medio para determinar los hechos—, dado que más allá que al tener que realizarse fuera de la Sala de Audiencias afecta los principios de concentración y publicidad, suele resultar inútil cuando han transcurrido meses, pues es difícil recoger o apreciar huellas o vestigios del delito (STSE de 07-02-01). En atención a esta característica —que impide la vigencia del principio de inmediación, pero garantiza su efectividad en atención a la rapidez de su realización en cuanto a la fecha del descubrimiento del delito— es que, primero, exige su minuciosidad en tanto debe comprender “la escena de los hechos y todo lo que puede constituir prueba material del delito”; segundo, propende, de preferencia, “la participación de testigos y peritos”; y, tercero, autoriza el levantamiento de “planos o croquis del lugar y se tome fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa”. Se requiere para su consideración de prueba preconstituida el emplazamiento a la defensa y al imputado para su asistencia al acto —es una condición de validez de la inspección—, aunque no es necesaria su presencia efectiva (STCE n.º 150/1989, de 25 de septiembre). Si la Policía es la que realiza la inspección, siempre por razones de urgencia y necesidad, su consideración de prueba preconstituida de cargo solo puede reconocérsele declarar plenariamente los policías que intervinieron en ella y no se ha limitado en su ejecución ningún derecho fundamental (STSE de 25-06-01).

La inspección, por su propia naturaleza, requiere de la confección de un acta detallada, a la que debe agregarse todos los resultados de los auxilios técnicos que se hubiesen dispuesto realizar. Lo único que puede alcanzar valor probatorio del acta, con carácter documental preconstituido —siempre que haya existido, por lo menos, posibilidad de contradicción—, son las percepciones sensoriales del juez plasmadas en el acta —es un requisito de eficacia probatoria de la diligencia, conjuntamente con la necesidad de contradicción en la ejecución de la misma—, no así las testimoniales e informes periciales que puedan haberse documentado en la misma acta [MORENO CATENA]. En el primer caso, esta diligencia goza de la máxima credibilidad respecto de aquellas observaciones, percepciones y constataciones de naturaleza objetiva recogidas por el juez.

La práctica forense muestra que la inspección judicial—cuya nota singular es la inmediatez—atraviesa las siguientes fases: (i) protección del lugar (acordamiento, alejamiento de curiosos, etc.), (ii) observación o reconocimiento, (iii) fijación (descripción escrita, fotografía, diseño de dibujo, filmación), (iv) recogida de vestigios materiales y entrega—en su caso—de los vestigios materiales a peritos para su análisis y valoración [ARAGONESES].

VIII. LA RECONSTRUCCIÓN

El CPP considera a la reconstrucción un medio autónomo de prueba, reconocido en el artículo 192.3. Esta combina elementos reales y personales en una actividad compleja o de naturaleza mixta. Puede definirse como un medio de prueba que consiste en la reproducción material, artificial y simulada, de un hecho pasado, en las condiciones en que se afirma o se presume que ha ocurrido—importa reproducir en el lugar de los hechos la escenificación de lo sucedido—, para comprobar si este se efectuó o pudo acontecer de un modo determinado, se puede deducir mejor la verosimilitud de lo averiguado de otros medios de prueba [NIEVA]. La reconstrucción se programará cuando surgen dudas sobre la compatibilidad de una hipótesis histórica con los marcos de lo físicamente exigible; empero, el resultado de la reproducción es variable, si es positivo, no necesariamente podrá concluirse que el hecho ocurrió así en la realidad; si es negativo, en cambio, decide la cuestión: es imposible que hubiera ocurrido tal como fue narrado [CORDERO]. Su relevancia está en función de los datos o las circunstancias objetivas que puedan ser recogidas y apreciadas por el órgano jurisdiccional, pero no cuando en relación con unos hechos controvertidos son las propias declaraciones de los intervinientes y los testigos lo que puedan determinar la forma de acaecer los mismos (STSE de 25-09-03).

Su finalidad, a diferencia de la inspección judicial, no es recoger o apreciar vestigios o huellas materiales, tampoco describir el lugar donde acaeció el delito, sino reproducir la posible mecánica comisiva de la acción delictiva en el mismo lugar donde la misma se llevó a cabo, a fin de determinar con la mayor precisión posible cuáles son las condiciones y circunstancias en que se produce. Durante la reconstrucción han de reproducirse las mismas circunstancias ambientales que tuvieron el día en que sucedieron los hechos, sobre todo en cuanto a la luz, las distancias y el sonido [NIEVA]. Tiene de común con la inspección judicial en que el juez deje constancia en acta de sus percepciones sensoriales acerca de lugar, con la insistencia en el caso de la reconstrucción de que precisa cómo acontecieron presumiblemente los hechos. Su realización debe reservarse para casos muy graves

y excepcionales, en los que se puede obtener fruto y utilidad de su práctica, los que deben estar en consonancia y no en desmesura con la complejidad e incomodidad de la prueba y con los perjuicios y molestias causados a quienes, a veces desde lejanos puntos, han de acudir a la práctica del referido acreditamiento (STSE de 21-11-83). Para su actuación, la posibilidad empírica de los hechos ha de ofrecer alguna dificultad, lo que no sucede en la gran mayoría de los casos en que la experiencia general así lo determina (STSE de 25-11-95).

Su objeto está vinculado a la realización del hecho acusado. Su desarrollo puede comprender la integridad del hecho típico o parte o circunstancias del mismo.

El presupuesto de la diligencia es que existan en autos las declaraciones y demás pruebas –inspecciones, pericias– necesarias para su debida actuación. Su propósito es “verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas”. Tiene, por un lado, una función de control –exactitud, posibilidad o verosimilitud de las versiones sobre los hechos y de los elementos de prueba ya incorporados–; y, por otro, una función de adquisición de nuevos datos probatorios, que confirmarían o eliminarían los anteriores, y obtener verificaciones más precisas, cuando no completamente nuevas [CAFFERATA].

Los intervinientes en la diligencia pueden ser las partes –imputados y víctimas, en rigor testigos-víctimas– y, además, testigos y peritos –es obvio que los imputados no pueden ser obligados a intervenir en la diligencia en orden al derecho al *ius tacendi*, cuya ausencia haría perder gran parte de su sentido propiamente de reproducción del hecho–. Los imputados y los testigos, en atención a las exigencias lógicas de esta diligencia y atendiendo a sus versiones, deben reproducir el comportamiento observado durante el desarrollo del delito objeto de reconstrucción cuya existencia o desarrollo pretende controlarse. Los peritos, a instancia judicial, pueden realizar todas las operaciones científicas convenientes para una mayor eficacia de la reconstrucción. Es posible, además, cuando no pueda concurrir algún protagonista de los hechos, la presencia de sustitutos para que desempeñen su papel. No es ajena a esta diligencia la realización de una serie de operaciones de auxilio, tales como el levantamiento de planos, toma de fotografías y realización de grabaciones o películas.

El límite de la reconstrucción, como diligencia procesal, es que se trate de delitos cuya reproducción no atente contra la moral, las buenas costumbres o el orden público, en cuyo caso puede llevarse a cabo la diligencia sin proceder a la exacta reproducción del delito para aclarar otros extremos de la comisión del mismo.

Particular relevancia tiene esta diligencia en los delitos sexuales. El artículo 194.3 CPP no permite la concurrencia de menores de edad, al igual que en la inspección judicial. Tampoco es posible imponer la concurrencia y participación de todas aquellas víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación (el prudente auxilio del juez en atención a las circunstancias de la causa determinará esa exclusión, sin perjuicio –si así fuera menester– de instar la realización de una pericia). Por otro lado, nada se opondrá, al amparo del principio de libertad probatoria, cuando exista imposibilidad o extrema dificultad en su ejecución, que pueda realizarse una reconstrucción virtual, apoyada en la informática y demás técnicas modernas que permitan representar escenas e inclusive efectuar operaciones lógicas tendientes a verificar si es posible que concretos hechos sucedieron de determinada manera.

Las constataciones que estime el juez de la investigación preparatoria “hasta la reconstrucción de los hechos aceptando o rechazando la viabilidad física de las diversa hipótesis comisivas planteadas, están basadas en deducciones o inferencias necesitadas de un previo juicio valorativo de aquel, lo que determina que su valor sea el de una mera opinión que no procede vincular al órgano jurisdiccional sentenciador, por esa misma inseguridad en su exactitud que tiene todo lo que es repetición de un hecho real” (STSE de 16-06-72).

IX. LAS PRUEBAS ESPECIALES

1. Regulación

El CPP en el Subcapítulo III, denominado “Las pruebas especiales”, incorpora un conjunto de actos de investigación irreproducibles, por tanto, con valor de prueba. Su naturaleza es predominantemente pericial. Se trata de la inspección de cadáveres, llamada diligencia de levantamiento de cadáver, necropsia, reconocimiento médico forense, tasación y preexistencia.

2. Levantamiento de cadáver

Frente a una muerte sospechosa de criminalidad el fiscal debe levantar el cadáver con el auxilio, de ser posible, de personal policial especializado en criminalística y del médico legista. En pureza, es una diligencia de inspección procesal practicada cuando una persona ha fallecido como consecuencia de una muerte violenta o sospechosa de criminalidad; está asociada con la necropsia, y también procede cuando el médico que acude al lugar donde se encuentra el cadáver ignora la causa de la muerte, por ser un paciente desconocido o sin

dolencias previas [MARCA MATUTE]. Esa diligencia, que es propiamente un acto de investigación irreproducible, debe levantarse en un acta pormenorizada de los actos realizados: descripción del lugar, precisión de las huellas y vestigios materiales encontrados, levantamiento de los mismos, realización de las diligencias técnico-criminalísticas correspondientes, remisión al laboratorio policial o al Instituto de Medicina Legal (artículo 195.1 CPP). No es ajena a su realización la clausura o la vigilancia del lugar del hecho hasta la consecución de las pericias auxiliares y preconstitución de la escena del crimen (artículos 237 y 241 CPP).

Es una diligencia típica fiscal, pero por razones de necesidad es posible delegarla en el fiscal adjunto, fiscal auxiliar, policía o juez de paz. Apunta a coordinar la investigación y recibir toda la información disponible en orden a la posible transcendencia penal de los hechos y a la decisión de diligencias de investigación y medidas limitativas de derechos con el objetivo específico de determinar la identidad del cadáver y la causa y circunstancias de su fallecimiento.

El reconocimiento y la identificación del cadáver es una parte esencial de esta diligencia; la primera constata el aspecto exterior que presenta el cadáver: lesiones externas, ropas, postura, etcétera; mientras que la segunda tiene por objeto establecer quién es la persona cuyo cadáver se ha encontrado [GARCÍA RADA]. No solo debe describirse externamente al cadáver, sino también disponerse la realización de todas las diligencias criminalísticas necesarias para su identificación: dactilar, antropométricas o genéticas, incluso procede el reconocimiento y/o identificación por testigos directos. Esta diligencia procederá antes de la inhumación –es la acción de enterrar un cadáver– o de la exhumación –que es la acción de desenterrar un cadáver.

3. Necropsia

3.1. Alcance

El artículo 196 CPP regula la necropsia en cuanto prueba pericial especial, circunscripta a la determinación de la causa de la muerte de una persona. El presupuesto material para su realización es que el deceso se deba a un posible “caso de criminalidad”. Será tal una muerte cuando se advierte, *prima facie*, que ocurrió súbita o repentinamente, por circunstancias imprevistas, al margen de una asistencia facultativa regular, de modo tal que denota indiciariamente una intervención delictiva. Solo basta la sospecha del fiscal que acerca de la existencia de un hecho delictuoso, la que surgirá de las constancias de autos, de la denuncia o de la comunicación policial [CLARÍA] y de su propia apreciación como consecuencia de la inspección que deba realizar, por sí o por quien encomiende.

La ley quiere que en las diligencias de investigación conste un informe pericial acerca de las circunstancias y causas de la muerte de una persona, a cuyo efecto da preeminencia a la necropsia sobre cualquier otro método de investigación. Sin embargo, en dos supuestos excluye expresamente esta pericia —en tanto la muerte sea consecuencia directa de los hechos antecedentes—, salvo pedido de parte o de sus familiares: **1.** Muerte producida por accidente en un medio de transporte, con la única excepción del conductor del medio de transporte siniestrado en que la pericia será necesaria. **2.** Muerte producida por un desastre nacional. La exclusión, es de insistir, está referida a la necropsia, pero no a los actos de identificación del cadáver que deben ser realizados por el fiscal, sin perjuicio del auxilio del médico legista y de personal de criminalística, de ser el caso.

La necropsia es el acto pericial preconstituido —su irrepetibilidad, por diversas razones: materiales, inmediatez y por la función de identificación del sujeto pasivo del delito y configuración del injusto penal, es evidente—, realizado por peritos médicos forenses a instancia del fiscal, que consiste en el examen, externo e interno, realizado sobre la anatomía del cadáver —o sobre cualquier porción del mismo— destinado a informar sobre la causa de producción de la muerte. Su finalidad no solo es establecer la causa de la muerte, sino también las circunstancias que rodearon el deceso [MORENO CATENA].

El informe pericial se denomina protocolo de necropsia. Está sujeto a los mismos requisitos de todo dictamen (artículo 178 CPP). En tanto declaración de conocimiento emitido por los médicos legistas como consecuencia del examen, externo y, principalmente, interno, practicado en el cadáver, para establecer la causa de la muerte, consta de tres partes o secciones: **(i)** examen externo: descripción externa del cadáver; **(ii)** examen interno, que implica apertura de las cavidades craneana, torácica y abdominal —incluso de la cavidad raquídea si fuere indispensable— y de los miembros superiores e inferiores si correspondiera; y **(iii)** conclusiones, que se referirán a la naturaleza de las lesiones, instrumento empleado, posición del agresor y del agredido y demás particularidades del hecho, especialmente si la lesión fue inferida por mano propia o por mano ajena [GARCÍA RADA]. La operación pericial, a tenor del apdo. 3 del artículo 196 CPP puede ser presenciada por el abogado de los interesados e incluso se puede acreditar peritos de parte.

Es de precisar que la necropsia, aun cuando es del caso contar con ella, no siempre permite acreditar, en forma clara e inequívoca la causa de la muerte de una persona, por lo que es posible que esta se determine mediante otras pruebas directas o indirectas, con el correspondiente grado de certidumbre, en cada caso.

3.2. Destino del cadáver

El cadáver, luego de la realización de la necropsia, puede ser embalsamado o incinerado, previa autorización judicial. En el último caso el presupuesto es más restrictivo: sentencia firme, pues puede ser posible que, con posterioridad y antes de la culminación definitiva de la causa, se requiera exhumaciones u operaciones periciales excepcionales, de suerte que la desaparición del cadáver obstaculizaría irremediablemente el esclarecimiento de los hechos.

El embalsamamiento del cadáver, en los supuestos de criminalidad, requiere previo informe médico. Para esta posibilidad será imprescindible, a tenor de las circunstancias del caso, un pronunciamiento médico legal específico que se pronuncie si tal procedimiento, de necesitarse la realización de pruebas técnicas adicionales o de una exhumación, no frustre su eficacia.

3.3. Pericias auxiliares

En los casos de indicios de envenenamiento o presencia de ingesta de veneno, entendiéndolo esta como toda sustancia que introducida en el organismo humano es susceptible de producir trastornos en la salud, pudiendo provocar la muerte [GARCÍA RADA], se requerirá la realización de pericias auxiliares o toxicológicas, que recaerán tanto sobre las vísceras –órganos internos– cuanto sobre las materias sospechosas halladas en el cadáver o en otra parte, externa a él. Corresponde la ejecución de las operaciones periciales y la presentación del protocolo respectivo al laboratorio del Instituto de Medicina Legal o, en su caso, de haber sido encontrada por las inmediateces del cadáver, al Gabinete Pericial Criminalístico de la Policía Nacional. En ambos casos, conforme al artículo 198 CPP, las materias objeto de las pericias se conservarán para ser presentadas en el debate oral.

4. Pericias medicolegales

Los artículos 199 y 200 CPP incorporan como pericias especiales las de carácter forense, referidas a tres delitos que afectan, entre otros bienes jurídicos de posible afectación, la integridad corporal de las personas: lesiones, agresión sexual y aborto. El órgano que debe realizar la pericia es el Instituto de Medicina Legal, a cargo de los médicos legistas, y el ámbito y procedimiento pericial está en función a la naturaleza del delito objeto de investigación y/o enjuiciamiento. Está descontado que el informe pericial ha de ser explícito y prolijo da la importancia que tiene como elemento probatorio [GARCÍA RADA].

En el caso del delito de lesiones, la pericia persigue una doble finalidad: valoración de la entidad de la lesión y determinación de su etiología. Corresponderá al perito determinar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas por la ley para determinar su exacta tipificación. Así, se requiere que el perito precise, por ejemplo, el arma o instrumento que haya ocasionado la lesión, si esta dejó o no deformaciones y señales permanentes en rostro –huellas indelebles–, si puso en peligro la vida, si causó enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano –también la lesión puede ocasionar un debilitamiento de un órgano o disminuirle la función que cumple, así como causarle una enfermedad incurable que disminuye su capacidad de trabajo o calidad de vida–. También será posible determinar si la lesión fue producida por acto propio o por acción ajena, distancia del ataque –relevante y posible en ataques con armas de fuego– y señalar la incapacidad para el trabajo como consecuencia de la lesión y la asistencia médica que requiere su curación. Los peritos, en consecuencia, tienen una doble función: desde el punto de vista médico describen la lesión sufrida y determinan su clase y demás consecuencias; y desde el punto de vista legal, indican aquellas circunstancias que constituyen elemento importante para su calificación [GARCÍA RADA].

En los delitos de agresión sexual las reglas especiales no están radicadas en las características médico-forenses del ataque sexual, de las lesiones sufridas por la víctima, sino en las características del examen médico legal, por lo demás estandarizadas por la experiencia forense. El respeto al pudor y a los márgenes de reserva de la operación pericial, exige que esta la realice el médico legista y, a lo más, con el concurso de un profesional auxiliar. La presencia de otras personas está condicionada al consentimiento de la persona examinada (por lo general, sus parientes más cercanos que en ese acto la acompañen). No se puede negar, en respeto al derecho a la prueba del imputado, que pueda –si bien no asistir, con exclusión incluso de su defensor– acreditar un perito de parte (artículo 177.2 CPP).

En los delitos de aborto se exige al médico legista, como consecuencia de las operaciones periciales que ha de realizar, informar pericialmente acerca de la preexistencia del embarazo, la existencia de signos demostrativos de la interrupción del mismo, las causas que lo determinaron –que para su castigo habrán de ser motivadas por maniobras abortivas extrañas, no a circunstancias naturales–, los probables autores –no su identificación, como es obvio, sino las características, calidad profesional o conocimientos técnicos de su autor, a partir de los métodos utilizados y daños ocasionados–, y todas las circunstancias posible que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho.

5. Prueba de preexistencia y pericia de valorización

El artículo 201 CPP consagra dos actividades probatorias, una de carácter pericial y otra que exige una acreditación abierta pero tendencialmente necesaria: la preexistencia. Ambas disposiciones tienen en común que recaen en cosas o bienes que pueden ser el objeto del delito y a partir del cual, incluso, puede determinarse el perjuicio sufrido por la víctima.

En todo delito patrimonial, reza el apdo. 1 del indicado artículo 201 CPP, deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito. Con esta finalidad, la norma reitera la norma de idoneidad amplia, sin circunscribirlo a un determinado medio de prueba: documental o testifical. La preexistencia es la existencia de la cosa con anterioridad al delito; equivale a existencia antelada, cosa que ha existido con anterioridad al hecho [GARCÍA RADA]; lo decisivo no es el acreditamiento de una titularidad dominical de la cosa cuestionada, sino el acreditamiento de existencia de una situación posesoria previa a la desposesión por parte del imputado. La práctica de esta diligencia queda sujeta a las circunstancias concurrentes en el caso; en consecuencia, no será necesaria una acreditación autónoma y distinta – por ejemplo, con prueba documental o con testigos de preexistencia– cuando el imputado ha confesado su participación y no hubiere motivos para suponer que los bienes objeto del delito no sean de la persona que los reclame. Tampoco pueden rechazarse las declaraciones de la víctima como justificatorias de la preexistencia, más aún si está avalada con actas de incautación o el reconocimiento del imputado. La ley no impone límite alguno a las medidas con las que se puede acreditar la posesión de las cosas por las víctimas del hecho, en la que incluso es admisible su declaración a efectos de la prueba de preexistencia (STSE de 03-02-93). Tal disposición, en todo caso, debe entenderse como excepcional, en caso de duda razonable acerca de la preexistencia del bien objeto de la sustracción, daño o defraudación [ABEL LLUCH]; La valorización o tasación de los bienes u objetos del delito –no necesariamente en delitos patrimoniales– demandará según el caso una prueba pericial. No será necesaria cuando exista otro medio de prueba idónea o sea posible una estimación judicial en atención a su simplicidad o evidencia. Lo superfluo de una pericia de valorización se producirá cuando no es decisivo para la calificación penal del hecho al tratarse, por ejemplo, de un robo, cuya calificación es independiente de la cuantía. El tribunal, como lo permite la ley, puede utilizar sus propios conocimientos para fijar el valor de las cosas, en tanto se trate de valores públicos o notorios, o de montos que según la experiencia general son razonables y no requieren conocimientos especiales.

Por otro lado, la valorización no solo está en función al valor del bien o cosa objeto del delito. Será necesaria la valorización pericial cuando se trata de determinar el importe del perjuicio o los daños sufridos, siempre y cuando se requieran de conocimientos especiales y cálculos técnicos que escapan al conocimiento general del juez.

X. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

1. Fases del procedimiento probatorio

Sin perjuicio de las características específicas que se predicán de cada uno de los medios probatorios, se reconoce que el procedimiento probatorio se desarrolla en tres fases sucesivas: proposición, admisión y ejecución o práctica.

2. Fase de proposición probatoria

Sucede, con arreglo al artículo 155.2 CPP, con el planteamiento que formulan las partes en la etapa intermedia. El fiscal en su acusación y las demás partes en los escritos respectivos presentados en esa etapa (artículos 349.1.h y 350.1f CPP). Empero, el rigor preclusivo de proposición se ve mermado en la etapa de enjuiciamiento: **1)** solicitud de nueva prueba al inicio del juicio oral, esto es, medios de prueba que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de acusación y los que fueron inadmitidos indebidamente por el JIP (artículo 373 CPP); y, **2)** inspección o reconstrucción, y prueba adicional “indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”, en ambos casos de oficio o a pedido de parte (artículos 155.3 y 385 CPP). Se admiten a solicitud del fiscal y de las demás partes.

3. Fase de admisión

Es el acto del juez por el que, previo examen de los requisitos necesarios determina los medios de prueba que deben practicarse. Este acto de admisión debe fundarse en la observancia de los requisitos exigidos, bien con carácter específico en relación con cada medio de prueba en concreto o bien aquellos de carácter general. Así: **1)** Solo podrán admitirse los medios de prueba previstos legalmente. **2)** Solo deberían admitirse los medios de prueba que comporten licitud en el procedimiento de obtención de las fuentes de prueba. **3)** La admisibilidad se condiciona, en todo caso, a los requisitos de pertinencia y necesidad, así como de conducencia y no sobreabundancia. Es obvio que, en el juicio oral, por el rol que está llamado a

desempeñar, el tribunal solo puede rechazar una prueba si está ante un manifiesto o relevante supuesto de impertinencia, innecesaridad o inidoneidad.

(i) La pertinencia. Se refiere a que los medios de prueba deben guardar relación lógica o adecuación con el *thema decidendi*. (ii) Son innecesarios los medios de prueba que nada acreditan o son redundantes, así como cuando el hecho afirmado es irrelevante o imposible, o cuando se trata de hechos que no necesitan ser probados [NEYRA]—. Empero, debe de precaverse del término “eficacia”, que importa valoraciones previas—juicios apriorísticos— acerca del probable resultado de la prueba. Apuntan al resultado pretendido en sede de admisión importa un prejuizamiento, pues la eficacia de la prueba solo puede obtenerse una vez que ha sido practicada toda la prueba y no antes [PICO I JUNOY]. De tales premisas fluye el principio de prohibición de anticipar los resultados de la prueba (*verbot der beweisantizipation*). (iii) La utilidad o relevancia—significado de la necesidad de la prueba— se da cuando el medio de prueba tiene aptitud para alcanzar el fin que con él se persigue—o sea, sirve para los intereses de defensa de quien la propone, su actuación puede variar el resultado del juicio— para formar la debida convicción judicial, de lo contrario sería innecesaria por inútil (v. gr.: inspección judicial para apreciar el carácter ruinógeno de una edificación por vicios de suelo). Se ha de admitir la prueba incluso cuando exista duda de su contribución a esclarecer los hechos controvertidos—se requiere, en todo caso, que los criterios para rechazar la prueba sean razonables y seguros—. (iv) La sobreabundancia es un supuesto de innecesaridad de la prueba por redundante, esto es, configura un supuesto de inutilidad de la prueba por exceso al hecho que se pretende probar, pues ya está suficientemente probado—implica cantidad excesiva de elementos probatorios referidos a un mismo dato—, cuya apreciación se hace según reglas y criterios razonables y seguros; también cabe un rechazo por este supuesto cuando el hecho es notorio, carece de importancia—por motivos fácticos y jurídicos— [ROXIN]. (v) La regla de conducencia o idoneidad significa que la ley permite probar con el medio de prueba ofrecido el hecho por probar; condiciona el medio de prueba para que se adecue a la exigencia de validez de la actividad probatoria; o sea, que el hecho pueda demostrarse legalmente por ese medio—los supuestos de inidoneidad se limitan a pocos casos excepcionales de evidencia objetiva—.

La necesidad de la prueba es fundamental, lo que significa que su práctica debe resultar indispensable y forzosa para la defensa del acusado—que tiene aptitud para variar el resultado del proceso—, a fin de evitar su indefensión—el tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas—. Un medio de prueba admitido puede devenir en inaccesible o ser inasequible,

si fracasan los esfuerzos para proporcionarlo y no existen perspectivas razonables de poder lograr la prueba en un futuro próximo; no puede ser hallado. Por otro lado, es posible rechazar la prueba propuesta si se planteara con el fin de dilatar el proceso —presupone la comprobación razonable de que el solicitante es consciente de la imposibilidad de obtener un giro favorable del procedimiento a través de la producción de la prueba— [ROXIN]. En estos dos últimos casos se dará *ex ante* y *ex post*, respectivamente, un supuesto de impertinencia funcional. La imposibilidad de actuación probatoria puede deberse a razones legales y materiales; la primera es cuando se trata de medios de prueba inconstitucionales o ilegales; mientras la segunda es cuando no resulta posible conseguir la actuación del medio de prueba propuesto (desapareció el testigo, falleció el perito). El concepto de innecesaridad de la prueba adquiere relevancia cuando ya ese está practicando la actividad probatoria en el acto del juicio oral y el juez considere que la prueba inicialmente admitida, pero no practicada, deja de tener interés por haber admitidos, ya que su conocimiento de los hechos cuya prueba se pretende acreditar [PICO I JUNOV].

La decisión judicial se formaliza mediante auto especialmente motivado. Contra él solo es posible solicitud de reexamen —remedio procesal—, previo traslado (artículo 155.4 CPP). No es recurrible mediante apelación.

4. Fase de práctica

Ha de efectuarse en el juicio oral, en la estación oportuna. Se inicia esa fase si no existe conformidad procesal (artículos 373.1 y 375 CPP). Las normas generales serán: **1.** Que se respete la contradicción, oralidad, intermediación, concentración y publicidad, garantías que presiden el juicio oral; su práctica se realiza bajo la *cross examination*—interrogatorio cruzado—, el interrogatorio del acusado, formulando, en primer lugar, las preguntas las partes acusadoras y, posteriormente, la defensa, en una o varias sesiones consecutivas respetando el principio de concentración; con el mismo régimen se practicara la prueba testifical y demás medios de prueba. **2.** Que se practiquen, por regla general, en la Sala de Audiencias, aunque excepcionalmente puede trasladarse a otros lugares; el orden será en el que fije el tribunal, salvo el caso de prueba documental que sigue el sistema de listas; en cuanto al tiempo, se practican en el juicio oral y según su naturaleza (declaración imputado, testifical, examen pericial, prueba material, prueba documental), salvo el caso de prueba anticipada. **3.** El CPP introduce otra regla genérica (artículo 155.5 CPP), en cuya virtud en toda actuación probatoria debe tenerse en cuenta el estado físico y emocional de la víctima (existen reglas específicas para testigos menores de edad y víctimas, así como testigos enfermos: artículos 171.2-3, 378.3 y 380.2 CPP).

LECCIÓN VIGÉSIMA PRIMERA

PRUEBA PRECONSTITUIDA, PRUEBA ANTICIPADA, CONVENCION PROBATORIA Y PROTECCION DE ORGANOS DE PRUEBA

I. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA 'SUMARIAL'

1. Alcances

La regla general, en materia de prueba penal, es que únicamente tienen tal consideración aquellas que se practican en el juicio oral –el tribunal debe apreciar personalmente la prueba para formar su convicción–. No tienen ese carácter los actos de investigación, pues su finalidad es preparar la acusación y el juicio oral; no nace con vocación de prueba, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STCE 31/1981, de 28 de julio). Estos actos reproducidos en el juicio oral, con las garantías del mismo, se convierten en medios de prueba [BARONA].

Se excepcionan a esta “prueba plenaria” la prueba preconstituida y la prueba anticipada –situación excepcional a la regla general–. Ambas tienen en común que se practican con anterioridad al juicio oral y que los actos así ejecutados adquieren valor probatorio por su carácter irrepetible o indisponible –fugacidad del objeto en que recaen– y urgente; cuando las diligencias o actuaciones investigativas son de imposible o difícil reproducción en el juicio oral, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto de aquellas garantías que impiden el abuso de los órganos de investigación (STCE 323/1993, de 8 de noviembre). Esta excepción justifica en mérito a que el proceso penal está sujeto al principio de búsqueda de la verdad material, por lo que es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, y utilizar en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa (SSTCE 137/1998, de 7 de julio; 182/1989, de 3 de noviembre; y, 217/1989, de 21 de diciembre). La STEDH carta de 20-04-06

insistió en que si hay una causa legítima que impida una declaración en el juicio oral y que se haya respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficientemente de contestar el testimonio de cargo, tal utilización no es lesiva a las exigencias de un juicio justo.

La discusión en torno a estos actos sumariales a los que se les otorga consideración de actos de prueba gira en torno a la vigencia de los principios de contradicción e inmediación. Se estima que la contradicción prima o es más fuerte que la inmediación, y, si bien el primero no puede obviarse, el segundo puede restringirse, excepcionalmente, por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración de medio probatorio (SCCC C-95 de 2005). Los motivos estructurales de procedencia son, precisamente, irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia. Además, estas actuaciones han de traerse al juicio oral y ser sometidas a la contradicción de las partes (STCE n.º 283/1994, de 24 de octubre), así se tiene que las diligencias policiales y de investigación formal, practicadas con todas las garantías, que constaten datos objetivos de cargo, mientras nada revele su irrealidad, son valorables por el juez (STSE de 03-11-98).

Otro de los requisitos de la “Prueba sumarial” es el de carácter formal, en cuya virtud es necesario que esta clase de “prueba” se introduzca en el juicio oral mediante su lectura o reproducción videográfica, para posibilitar la contradicción de las partes.

2. Irrepetibilidad

2.1. Concepto

Es un requisito material de carácter procesal, relativo, no absoluto, que se relaciona con el carácter del acto de investigación y el momento en que este es ejecutado. Toma en cuenta las características del acto, el sujeto que lo ha practicado y su posibilidad de reproducción posterior: imposibilidad de producción del acto de investigación en el juicio oral; esto es, fugacidad de las fuentes de prueba o por su imposibilidad de reproducción en el juicio oral a través de correspondiente medio de prueba (STCE 140/1991, de 20 de junio). Responde a diversas situaciones.

2.2. Irrepetibilidad previsible

Se presenta cuando en el mismo momento en que se realiza el acto de investigación existe la certeza de que no va a poder ser producido plenamente y con garantías de integridad en el juicio oral [ASENCIO].

Las causas de irrepetibilidad serían, que han sido desarrollados en su mayoría por la jurisprudencia (STCE 40/1997, de 27 de febrero) serían:

- (i) Material. El acto es imposible de reproducir por su propia naturaleza. Por ejemplo, intervención de comunicaciones, inspección ocular.
- (ii) Por la fiabilidad de la prueba. Actos que por el paso del tiempo ven perjudicada su fiabilidad debido a la pérdida de memorias de sus intervinientes o porque pueden ser objeto de presiones por parte de terceros. Por ejemplo, reconocimientos.
- (iii) Por la función procesal que cumplen. Actos que tienen como función la determinación del imputado o la del mismo delito. Por ejemplo, reconocimiento del imputado, registros domiciliarios (asegurar imputado u ocupar bienes delictivos), practicados que sean no pueden ser reproducidos, sino ratificados o reproducidos. La ejecución del acto impide su nueva realización en las mismas condiciones.
- (iv) Por la concentración del juicio oral. Actos que no pueden dejarse para el juicio oral, pues su ejecución obligaría a continuas suspensiones que lo harían interminable. Por ejemplo, prueba pericial, en lo que son las operaciones periciales sobre análisis de muestras conservadas.
- (v) Por la inmediatez y los medios personales, así como por disposición legal. La ley confiere su realización a un órgano determinado y en un momento dado. Por ejemplo, prueba alcoholimétrica. Lo que se practica ya no se repite, pues en esencia es imposible o por razones obvias, de su repetición resultaría un nuevo acto y tal vez distinto del anterior.
- (vi) Por razones de orden público. Un acto debe realizarse por razones superiores. Por ejemplo, levantamiento de cadáver; un croquis en un accidente de tránsito procediendo a desplazar los vehículos.

En estos casos su eficacia probatoria, la práctica de la diligencia debe realizarse con contradicción o posibilidad de ella [BARONA].

2.3. Irrepetibilidad no previsible

Se centra en las pruebas personales. Interrogatorios realizados en sede de investigación preparatoria que devienen en irrepetibles por causas no previstas en el momento original, que impiden o imposibilitan llevar al testigo o perito al juicio

para ser interrogado o examinado (muerte, desaparición, enfermedad grave). De ser así, bastaría la lectura del acta. Empero, se discute si sería necesario el concurso de la defensa en ese acto para garantizar el contradictorio, pues la lectura solo satisface la publicidad. El concurso de policías actuantes, como testigos de referencia, solo sería factible en situaciones extraordinarias de riesgo o en la inmediatez del lugar o de los hechos. En todo caso la contradicción, no es legal ni materialmente posible, y por lo tanto no es impedimento para su eficacia procesal [BARONA]. Tesitura contraria a este supuesto afirma CLIMENT, quien exige la vigencia del principio de contradicción, aunque matizando este planteamiento acote que las garantías procesales que al principio del procedimiento penal pueden ser ya satisfechas se refieren, de un lado, a la presencia o al control judicial –o fiscal–, si ya entonces es posible, y de otro lado, a la presencia del imputado, cuando su concurrencia sea posible y no sea incompatible con el buen fin de la diligencia de investigación que se esté llevando a cabo. El requisito objetivo de contradicción debe estar presente en la realización de la diligencia, siempre que sea factible (STCE n.º 303/1993).

3. Urgencia

Es el segundo requisito de estas actuaciones. Es, asimismo, ajeno a la naturaleza del delito, tiene relación directa con la necesidad de práctica inmediata del mismo con el fin de impedir su ejecución por razones variadas.

La urgencia solo hace referencia a la autoridad ante la cual debe practicarse un acto de investigación que, siendo irrepetible, ha de adquirir valor probatorio, en tanto en cuanto la ley le atribuye funciones específicas. De ser así, la policía, si practica ese acto, no tiene necesidad de ratificarlo en sede judicial; el CPP no obliga a la ratificación.

II. PRUEBA PRECONSTITUIDA

1. Concepto

La denominada prueba preconstituida es, sin duda, el aspecto, hoy en día, de más alto nivel polémico. No está definida legalmente. El CPP tiene señalado en su artículo 325 el carácter de prueba de las actuaciones objetivas e irreproducibles –que el artículo 425.2 CPP denomina prueba preconstituida–, siempre que se lean en la estación oportuna del juicio oral –forma de reproducción o ratificación–. En verdad no es una prueba en estricto sentido, sino un acto de investigación que adquiere valor probatorio realizado en el propio proceso penal, en etapas anteriores al juicio oral.

Se define como un complejo compuesto por aquellos actos de investigación de carácter material, no personal, objetivos e irreproducibles, que se practican con anterioridad al juicio oral por la PNP o el fiscal [ASENCIO].

Se trata de supuestos que se agotan en la realización de la diligencia de investigación con la consecuencia de ser imposible, difícil o inútil su práctica o repetición en el juicio oral [RIFÁ SOLER]. Se da una irreproducibilidad originaria. Ratifica esta postura la STE n.º 56/2003, de 27 de enero.

La prueba preconstituida versa sobre unos hechos a través de los cuales se constata la existencia de una determinada situación física (registros domiciliarios, vehicular o personal, medición del gesto de alcoholemia), o también la existencia de una relación entre personas (intervención de comunicaciones), que jamás podrá volver a ser igual, a partir del momento en que se produzca la intervención de la autoridad [CLIMENT].

2. Notas esenciales

Son cinco.

- A. Son actos de investigación materiales; por tanto, ordinariamente objetivos, técnicos y difícilmente reproducible mediante una testimonial. Por ejemplo, obtención de muestras o levantamiento de vestigios materiales (no tiene sentido declaración del perito que analizó las muestras, pero si –en todo caso– del policía que las obtuvo).
- B. No son actos atribuidos al juez de la investigación preparatoria ni necesariamente al fiscal instructor. Adquieren su valor preconstituido por su irrepetibilidad.
- C. En el juicio oral solo cabe su ratificación formal, cuando sea necesario llamar a los autores para impugnar el modo en que se han realizado o su reproducción, la cual adoptará la forma más apropiada a su naturaleza. Por ejemplo, inspección ocular o registro domiciliario, comparecerían los policías actuantes a los efectos de impugnar el procedimiento seguido. Asimismo, en una intervención telefónica solo es necesaria la audición en la vista de las grabaciones.
- D. Se introducen al juicio mediante distintas formas adecuada a su naturaleza –requisito formal–. No existe una regla general. Se adoptará la más apropiada al acto, a la garantía de la contradicción y al fin perseguido por la acusación y la defensa. Es inaceptable que se obvie en lectura, audición o visionado y simplemente se dé por reproducida (STEDH Barberá, Messegú y Jabardo, de 06-12-88).

- E.** El carácter de prueba de este acto de investigación –requisito objetivo–, está condicionado al estricto cumplimiento exacto del procedimiento legalmente establecido. No cabe considerarlos como tales aquellos actos practicados con infracción de las normas esenciales que afecten a la contradicción, a la fiabilidad o a la completitud de los mismos.

3. Conclusión

Todos los actos practicados en sede de investigación preparatoria, en especial en vía de diligencias preliminares, realizados por la PNP y la Fiscalía, podrán adquirir valor probatorio, siempre que hayan sido ejecutados con respeto a las normas de procedimiento y se ratifiquen o reproduzcan en el juicio oral en condiciones que permitan el ejercicio del derecho de defensa. Asimismo, como señala la STSE de 21-01-00, es necesaria que sean obtenidas estas pruebas sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente.

El Informe Policial contiene elementos de prueba preconstituida. Así, por ejemplo, las actas de constancia, pericias, recogida y conservación del cuerpo del delito, levantamiento de cadáver, etc. Las SSTCE 80/1996, 51/1990, 140/1991 y 138/1992 consideran que estos actos, son verdaderos actos objetivos, cuya eficacia se reconoce a la participación policial en exclusivos casos de urgencia [URIARTE/FARTO]. No necesariamente las actas periciales, levantadas a mérito de actuaciones urgentes y necesarias, requieren la complementación del testimonio del policía que intervino en ella (STCE n.º 303/1993, de 25 de octubre), por lo que se introducen al proceso como prueba documental: son actos de constancia.

4. Informe Especial de la Contraloría General de la República

El artículo 15, literal f, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley n.º 27785, estipuló como atribución del Sistema Nacional de Control: “Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.- En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables”.

El Informe Especial que se emita (artículo 4.50 Informe Especial de las Normas de Auditoría Gubernamental –NAGU–, aprobadas por Resolución de Contraloría n.º 162-95-CG, publicada el 26-09-95) es, llanamente, un Informe de Auditoría Gubernamental relacionado con la auditoría de gestión y exámenes especiales, así como con algunas auditorías financieras, en el que se detalla los resultados correspondientes del proceso de auditoría y se especifica la evidencia obtenida y los hallazgos encontrados, así como las observaciones inicialmente presentadas y puestas en conocimiento del funcionario concernido (artículo 3.60 NAGU). Contiene una Sección de Introducción –allí se menciona, entre otros puntos, el motivo del examen, su alcance y la comunicación de observaciones, así como una referencia a la información relativa a la entidad examinada–; otra Sección de Conclusiones, que son juicios de carácter profesional basados en las observaciones resultantes del examen efectuado y referidas a la evaluación de los resultados de gestión de la entidad examinada, que culminan con la determinación de la naturaleza de la responsabilidad incurrida –si es penal, la conclusión será revelada en términos de presunción de delito–; y, una última Sección de Observaciones –toda aquella información que a juicio del auditor gubernamental permita conocer hechos o circunstancias que incidan significativamente en la gestión de la entidad auditada– (artículo 4.40 NAGU).

Lo expuesto determina que, en pureza, el Informe de Auditoría Gubernamental es una pericia preprocesal con características singulares por tratarse de un ámbito especialmente complejo y especializado de la Administración Pública, precedida de un procedimiento de auditoría gubernamental realizado exclusivamente en sede de la Contraloría General de la República. Como tal, es propiamente una pericia institucional, de procedencia legal o impuesta legalmente (artículo 173.2 CPP) [ver: Ejecutoria Suprema RN n.º 3108-2013/Junín, de 02-04-2014]. Desde la justicia penal, por consiguiente, esta pericia institucional solo puede ser emitida por la Contraloría General de la República; no puede ser reemplazada por una pericia realizada por peritos nombrados por la autoridad penal –la norma de la Ley procesal antes citada es preceptiva–. Ello determina su carácter preprocesal –se formula en el ámbito de un procedimiento de auditoría gubernamental–, pero por las bases legales e institucionales de su emisión, su valor legal, en tanto cumpla con las normas NAGU, no puede ser puesto en duda. La valorabilidad de dicho Informe Especial, cumplidas las normas antes citadas, pues, es incuestionable; pero otro ámbito es, desde luego, su valoración. Como es, propiamente, un informe pericial –que integra el complejo de la prueba pericial–, el órgano jurisdiccional, en su día, con arreglo a las reglas de la sana crítica, puede conferirle el valor que corresponde en orden a su nivel o grado de convicción. Desde la perspectiva de la defensa de las

partes acusadas, su cuestionamiento solo puede tener lugar a partir de sus errores jurídicos y, en la perspectiva técnica, ha de presentarse una pericia de parte a fin de discutir su corrección científico-técnica.

No se trata, sin duda, como se ha visto, de una prueba preconstituida. Sus notas características no se cumplen. Justificar, a partir de su formulación y aprobación administrativa, el inicio de las acciones legales no hace del Informe una prueba preconstituida y, menos, que se realicen con anterioridad a la intervención de la Fiscalía; esto último solo determina su denominación de pericia preprocesal. Además, no es un acto de investigación de carácter material –típico de la prueba preconstituida–: el Informe Especial es de carácter personal –aporte de peritos, en este caso, de auditores gubernamentales–, que es lo propio de toda pericia, más allá –en lo específico– de las características documentales asociadas a ella.

III. PRUEBA ANTICIPADA

1. Concepto y regulación

El CPP regula la prueba anticipada en el Título IV: artículo 242-246. Se fundamenta en la previsión de imposibilidad de llevar al acto del juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical. Puede definirse como actos de investigación de carácter personal, de carácter irrepetible y urgente, que se realizan por el juez de la investigación preparatoria, bajo las pautas de ejecución del juicio oral –oralidad, inmediación y contradicción–. A diferencia de la prueba preconstituida, su objeto no es documental sino testifical y pericial, y el sujeto que la actúa es siempre el juez –principio de exclusividad jurisdiccional–. Además, a diferencia de la prueba plenarial, es inmediata en su ejecución, pero mediata en su valoración, compartiendo con ella el principio de publicidad. En definitiva, lo característico de la prueba anticipada es que es típica del juicio oral, de modo que su práctica anticipada se ha de hacer exactamente igual que si se ejecutara en ese acto. Así, interrogatorio. Igualmente, deberá quedar plasmada, de ser posible, en un sistema de grabación que permita su reproducción plena en la vista [ASCENCIO].

2. Ámbito objetivo

Como lo característico de la anticipación probatoria es que es una prueba típica del juicio oral, se circunscribe a la prueba personal: testimoniales –incluye coimputados–, examen pericial –comprende debate pericial–, careos. El artículo

242.1c CPP ha incluido tres diligencias de investigación: reconocimiento, inspección judicial y reconstrucción, que propiamente son pruebas materiales: la inspección judicial, en todo caso, será prueba preconstituida. La reconstrucción y el reconocimiento son, en efecto, prueba anticipada, en tanto importa la declaración –hablada o actuada– de una o varias personas. Como se observa, a diferencia de lo que sucede en la legislación española, el legislador peruano ha fijado el ámbito objetivo para establecer que diligencias son consideradas como prueba anticipada [ASCENCIO].

3. Motivos de irrepetibilidad

En el caso de declaraciones testimoniales y periciales, incluso careos, el motivo será: **a)** enfermedad u otro grave impedimento; **b)** expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. En el supuesto de reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones: carácter irreproducible y no sea posible postergar su realización; es obvio que esos motivos serán los indicados para los testigos y peritos.

En los supuestos de violencia sexual contra menores es factible la anticipación de prueba en casos de circunstancias excepcionales, que pusieran en riesgo la salud psíquica y moral del menor o por razón de su edad, personalidad o formación [RIFÁ SOLER].

4. Solicitud y práctica

El petitorio será fundado. Están legitimadas las partes procesales. Se presenta ante el JIP en las etapas de investigación preliminar, investigación preparatoria e intermedia –incluso hasta antes de remitir la causa al juez penal para el juicio–. En el petitorio se debe justificar porqué se pide la anticipación probatoria, precisar el medio de prueba solicitado y su ámbito específico, además de señalar a las partes para su intervención en la audiencia anticipada, a la que fiscal debe concurrir para aportar el expediente fiscal.

De la solicitud se corre traslado por días a las demás partes. Aceptada la solicitud, se señala fecha para la actuación de la prueba –no antes del décimo día de la citación–. La norma, artículo 244 CPP, incluso prevé supuestos de extrema urgencia, que permiten abreviar el plazo.

La audiencia de prueba anticipada es pública y rigen las reglas del juicio oral. Requiere la concurrencia obligatoria del fiscal y del abogado defensor

del imputado –la incomparecencia del defensor determina la intervención del defensor de oficio, aunque puede aplazarse por tiempo breve–.

La decisión sobre la prueba anticipada: fundada, infundada o de aplazamiento, es apelable solo en efecto devolutivo, no suspensivo.

5. Reproducción en el juicio oral

El valor probatorio de esta diligencia está condicionado a su reproducción en el juicio oral. La parte interesada debe su actuación: audición, visionado o lectura del acta.

Si la prueba puede repetirse en el acto del juicio oral al haber desaparecido la causa de la irrepitibilidad, se podrá la misma practicar íntegramente, perdiendo, como norma, valor probatorio la anticipada, pero puede ser usada para contrastar y, en su caso, sustentar el fallo [ASCENCIO].

Sobre el particular la STCE 2/2002 de 14 de enero establece que “[...] en lo que se refiere a las diligencias sumariales cuyo resultado se pretende integrar en la valoración probatoria, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los artículos 714 LECrim [...], hemos resaltado en numerosas ocasiones la necesidad de que en estos supuestos, dado el carácter secreto de la etapa sumarial, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, pues solo de esta manera ante la rectificación o retractación del testimonio operado en el acta del juicio oral [...] el resultado de la diligencia accede el debate procesal público, pudiendo así el órgano sentenciador dar verosimilitud a uno u otro testimonio, y la defensa impugnar su contenido haciendo sobre ellas las alegaciones que tenga por oportunas” [ORTELLS/TAPIA].

6. Decreto legislativo 1307

Prueba anticipada. La prueba anticipada y la prueba preconstituida son dos excepciones a la prueba en sentido estricto: la prueba plenarial, que se fundan en los presupuestos (i) de irrepitibilidad o indisponibilidad y (ii) de urgencia; la primera recae en la prueba personal (declaraciones, examen al perito, careos, reconocimientos, reconstrucciones o inspecciones), y la otra en las otras pruebas –que adquieren el carácter de documental pública u oficial–. Los supuestos de prueba anticipada están regulados en el artículo 242 del CPP (la norma originaria tiene como fuente el CPP Italiano).

El criterio-base para su procedencia, que la legitima constitucionalmente, es: **(i)** enfermedad u otro grave impedimento, y **(ii)** exposición a violencia, amenaza, promesa de dinero o de otra índole para que declaren falsamente. Se exceptúa de esta regla, según la primera gran reforma de esa disposición, aprobada por la Ley núm. 30364, de 23-11-2005, en los casos de vulnerabilidad –expresión de su justificación constitucional– vinculada a niños y adolescentes, y por dos grupos delitos: contra la libertad e indemnidad sexuales, y contra la libertad.

El Decreto Legislativo núm. 1307, de 30-12-2016, amplía esta institución a las declaraciones, testificales y los exámenes al perito en los casos de criminalidad organizada (Ley número 30077, de 20-8-2013) y delitos contra la Administración Pública (concusión, peculado y corrupción de funcionarios, en todas sus modalidades).

La segunda reforma del citado artículo 242 del CPP no es razonable si se interpreta aisladamente y al margen del fundamento de la institución (interpretación teleológica y conforme a la Constitución). Si el fundamento objetivo y razonable de la excepción a la prueba plenarial –la verdadera prueba– es la indisponibilidad y la urgencia, y en caso de prueba personal es el peligro a la integridad del órgano de prueba, en esos casos es indispensable, para su viabilidad, que existan esos riesgos.

No es que ese medio de prueba solo se actúe anticipadamente, al margen del régimen del juicio oral, con presencia del Juez y siguiendo las reglas de contradicción, intermediación y oralidad –pero que no es el juez del juicio, con exclusión del principio de intermediación de la prueba–. Lo esencial es que el medio de prueba aparezca integrado en una línea secuencial de actuaciones, y a partir de lo actuado instar su ejecución para un aporte de información de calidad – es el principio de eficacia de la serie procedimental, desarrollado por ALVARADO VELLOSO–. Esa línea de actuaciones puede romperse o alterarse por razones muy justificadas, por lo que la autorización reside en este caso en la indisponibilidad de la prueba, no en la naturaleza del delito o en su complejidad investigativa.

IV. CONVENCIÓN PROBATORIA

1. Reconocimiento legal

Dos normas son importantes: **1.** Artículo 156.3 CPP, en cuya virtud las partes pueden acordar que determinada ‘circunstancia’ no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. **2.** Artículo 350.2 CPP, por el

cual las partes podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando actuación probatoria; también podrán proponer acuerdos sobre medios de prueba, en cuyo caso, al igual que el primero, el juez puede desvincularse mediante resolución especialmente motivada.

La convención probatoria es, entonces, un acuerdo entre las contrapartes en la que se establecen como demostrados unos hechos específicos o circunstancias concretas del complejo del hecho objeto de imputación o en los que se estipula la actuación de determinados medios probatorios para establecer determinados ámbitos del hecho, sin que ello signifique terminación anticipada del proceso, interrupción o suspensión de la acción penal o inmunidad para el imputado [SILVA CORREDOR].

Mediante una convención probatoria se concentra, acelera y se gana tiempo y esfuerzo en el desarrollo del juicio. Concordar sobre aspectos del hecho o determinados medios de prueba permite focalizar la estrategia probatoria de las partes en los puntos controvertidos.

2. Ámbito de funcionamiento

Es de tener en cuenta que se trata de una posibilidad que solo se produce a iniciativa de parte, nunca de oficio, pero está sujeta a la aprobación judicial. Solo ellas tienen a la vista qué es conveniente para su estrategia de presentación del caso en el juicio; solo ellos deben decidir, en consecuencia, acerca del ámbito fáctico susceptible de convención probatoria, pues, una vez aprobadas impedirán controvertir los hechos sometidos a convención en el juicio [HORVITZ]. Podrá ser objeto de convención probatoria, en principio, todo aquello que se considere la imputación fáctica objetiva, imputación jurídica, imputación subjetiva, con excepción de la responsabilidad del imputado –que es materia de la terminación anticipada y, después, de la conformidad procesal– [SILVA CORREDOR].

El valor probatorio de un hecho convencionalmente probado podría ser descartado por una prueba actuada en el juicio oral, al incorporar un elemento que lo desmienta o desvirtúe. El juez, en este caso, es libre de dar por establecidos los hechos sometidos a convención probatoria o, por el contrario, considerarlos desvirtuados por otras pruebas rendidas en juicio; no está obligado a otorgarle un valor probatorio preferente ni tampoco es vinculante, aunque debe explicar el razonamiento de desestimación de la estipulación probatoria. Lo que el juez de la investigación preparatoria debe advertir, en principio, es si esa convención no se contradice con la pretensión o alegación que se hace valer; no ha de afectar ostensiblemente la estrategia procesal asumida por la parte concernida.

Ahora bien, en cuanto a la extensión de la convención probatoria. Se refiere solo a hechos secundarios y a las denominadas circunstancias, pues si no se acude a la terminación anticipada y en tanto el juicio contradictorio exige que la construcción de los hechos se verifique de un modo cognoscitivo y no meramente convencional, no se pueden ‘convenir’ sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal del imputado, dejándose a la actuación probatoria aspectos referidos a grado del delito, participación, circunstancias modificativas.

La libertad de prueba se limita, a su vez, bajo consenso, cuando se extiende la convención a los medios probatorios. Desde luego, su aceptación estará condicionada a que el medio de prueba escogido sea legal e idóneo.

Finalmente, es de acotar que si bien estos contratos o negocios procesales existen en otros Códigos de América Latina, su alcance debe ser muy limitado, en tanto en cuanto deben permitirle al juez la máxima actividad probatoria para facilitarle su enjuiciamiento de los hechos –las garantías vinculadas a la prueba y a la soberanía del juez no pueden ser limitadas irrazonablemente–. La prueba es una actividad de verificación a cargo del juez respecto de los enunciados fácticos, por lo que todo lo que sea limitar dicha actividad no solo afectará a las partes, sino también a la concreta función jurisdiccional del juez. El juez debe disponer de la máxima actividad probatoria posible para realizar eficazmente su función, esto es, resolverlo de la forma más justa posible [PICÓ I JUNOY]. La libertad de las partes en el proceso no puede imponerse a sus objetivos públicos, incluso para poder promover la libertad, por lo que no puede admitirse la limitación convencional de la prueba cuando restringe el material probatorio para la formación de la sentencia por el juez; todo acuerdo, entonces, no puede limitar la formación de la sentencia a cargo del juez, siendo contradictorio cuando se reconoce al juez, como en nuestro país, practicar prueba de oficio [MARINONI].

V. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

1. Definición

Es una medida de seguridad o prevención procesal, mediante la cual se garantiza la vida o la integridad corporal de los órganos de prueba: coimputados o colaboradores, agentes especiales, agraviados, testigos y peritos. Busca evitar inhibiciones que podrían incurrir los órganos de prueba –o sea, que se retraigan–, cuya declaración o exposición podría implicar la puesta en peligro de sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus familiares o allegados más directos como consecuencia de las represalias.

Una característica esencial de la medida de protección es su variabilidad. La autoridad que la dicta está autorizada para hacerlo, motivadamente, en el curso del procedimiento a su cargo. Puede mantenerla, modificarla o suprimirla –total o parcialmente–. Finalizado el proceso –ejecución cumplida– el fiscal está autorizado para disponer su subsistencia hasta cuando resulte necesaria (artículo 249.2 CPP).

Su ejecución corresponde a la Policía y a la Fiscalía. El Poder Ejecutivo, con el previo informe de la Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reglamentará lo dispuesto en el Título V, dedicado a las medidas de protección. Además, el Poder Ejecutivo en coordinación con la Fiscalía de la Nación, definirá el Programa de Protección (artículo 252 CPP).

El órgano competente para dictarlas es el fiscal, en la etapa de investigación preparatoria y luego de la culminación del procedimiento –aquí, en rigor, está autorizado para disponer la continuación de las mismas–; y, el juez en las etapas intermedia, enjuiciamiento, impugnación y de ejecución (artículo 247.2 CPP). La medida de cambio de identidad y ayuda económica es de decisión exclusivamente judicial (artículo 249.3 CPP).

2. Identificación

Las medidas de protección que pueden adoptarse, conforme a los artículos 248.2 y 249.1 y 2 CPP son diez: **1.** Protección policial. **2.** Cambio de residencia. **3.** Ocultación de paradero. **4.** Reserva de identidad y demás datos personales que permitan la identificación, a los efectos de las diligencias procesales, en el caso de un interno, se comunica a la dirección de Registro Penitenciario del INPE o la que hace sus veces. **5.** Utilización de procedimiento que imposibilite la identificación visual en las diligencias. **6.** Fijación de domicilio para las diligencias en la sede de la Fiscalía. **7.** Utilización de procedimientos tecnológicos de realidad virtual –precede y es condición de esta medida, la reserva de su identidad y/o la imposibilidad de su identificación visual, y, a su vez, la revelación judicial de su identidad en garantía del derecho de defensa– (artículo 248.2g CPP). **8.** Efectiva ocultación de identidad, evitando fotografías o filmaciones, el traslado en vehículos de seguridad, el uso de un ambiente reservado. **9.** Cuando se trate de un interno testigo o colaborador, el juez a pedido del fiscal dispone al INPE que realice las medidas de seguridad, que se encuentre dentro de sus atribuciones. **10.** Excepcionalmente, emisión de documentos de una nueva identificación y medios económicos para cambiar residencia y lugar de trabajo, en el extranjero.

3. Presupuestos

El presupuesto material de la medida de protección, conforme al artículo 247.2 CPP, es la apreciación racional de un peligro grave para la persona, la libertad o los bienes del órgano de prueba o de sus familiares directos como consecuencia de sus obligaciones procesales. Solo ha de requerir un juicio de probabilidad, sobre la base de los recaudos de la causa y a las circunstancias del hecho y características personales y familiares del afectado. La decisión está en función a la noción de prueba libre.

El presupuesto formal es la emisión de un auto fundado o de una disposición fiscal, según el caso. Esta medida la dictará el fiscal en sede de investigación preparatoria, y el juez en sede de las etapas intermedia y de enjuiciamiento.

4. Procedimiento

El fiscal las impone de oficio o a instancia del interesado. En sede de etapa intermedia, enjuiciamiento o ejecución, el juez las impone a instancia del fiscal o de las partes, incluso puede hacerlo de oficio. El principio de rogación exclusivo solo procede para el cambio de identidad y apoyo económico (artículo 249.3 CPP).

El trámite es simple. No se requiere audiencia ni previo traslado, pero es posible realizarlo si su realización no frustra la finalidad de la medida ni aumenta el riesgo para el beneficiado.

La disposición fiscal que ordena una medida de protección es reclamable ante el juez de la investigación preparatoria, que dispondrá lo conveniente. Las resoluciones judiciales referidas a las medidas de protección son apelables sin efecto suspensivo.

5. Límites

En sede de actividad probatoria, a pedido de parte mediante solicitud debidamente motivada, y en tanto sea pertinente, puede levantarse la reserva de identidad del órgano de prueba concernido. Establecida la necesidad de la intervención en el juicio oral del órgano de prueba protegido, el Tribunal juzgará si la revelación de la identidad de aquel es indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, en cuyo caso podrá facilitar el nombre y los apellidos de los protegidos (artículo 250.2 CPP).

El testimonio o examen de los órganos de prueba protegidos traduce un conflicto, de un lado, entre su derecho a la vida e integridad física y, de otro,

el derecho de la prensa a transmitir información veraz y, sobre todo, el derecho de la defensa a un juicio público y a interrogar a los testigos y peritos de cargo. El primer derecho es preponderante, dado su carácter absoluto y la exigencia a todos los poderes públicos en su preservación, lo que posibilita la restricción del derecho a un juicio público y de defensa. Pero ello no implica convertir en anónimo a los órganos de prueba, pues cuando prestan declaración, en calidad de prueba, anticipada o plenarial, se ha de desvelar su identidad para garantizar las tachas y que la defensa ilustre al Tribunal acerca de la imparcialidad del mismo –la única excepción es la de los agentes encubiertos, artículo 341.4 CPP, modificado mediante Ley n.º 28950 de 16-01-07– [GIMENO].

Es imprescindible en este aparato diferenciar las instituciones del testigo anónimo y del testigo oculto. El primero, como consecuencia de una medida de protección, no se conoce su identidad; mientras que el segundo solo declara en un ambiente en que no está presente el imputado o en un recinto protegido o a través de videoconferencia, pero cuya identidad siempre es conocida por el Tribunal y las partes procesales.

En el caso del testigo anónimo, la doctrina del TEDH en las SSTEDH Wesser, de 14-02-02, y Birutis, de 28-3-02, matizó su anterior posición asumida en las SSTEDH Kovshi, de 20-11-89, Windisch, de 27-09-90, y Ludi, de 1506-92. Es así que señaló que el testimonio anónimo en el enjuiciamiento puede operar como prueba de cargo. La STSE de 18-06-10 insistió en la excepcionalidad de acogida del testimonio del testigo anónimo, el cual solo puede operar –vistas las limitaciones que existen a la garantía de defensa procesal y principio procesal de contradicción– como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo.

Estos inconvenientes no se presentan con el testigo oculto en la medida que su identidad es conocida y solo se produce una especialidad en la práctica del testimonio, en la medida que se limita su viabilidad por el público y el acusado mediante la interposición de objetos y medios técnicos, de ahí que su declaración tiene eficacia probatoria y su cuestionamiento solo ha de afectar el grado de convicción alcanzado.

LECCIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y PRUEBA ILÍCITA

I. ALCANCES DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

1. Momentos de la actividad probatoria

Existen tres momentos en la actividad probatoria [CAFFERATA]. Son: (i) proposición y admisión de los medios de prueba, (ii) actuación o adquisición de la prueba, y (iii) apreciación de la prueba.

Corresponde examinar la apreciación la prueba, que siempre es una actividad intelectual. Este momento consta de dos fases o etapas: (i) interpretación o traslación de la prueba, y (ii) valoración de la prueba [CALAMANDREI].

- A. Interpretación. Interpretar, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa explicar o declarar el sentido de algo. En Derecho probatorio es la actividad que realiza el juez, destinada a averiguar o establecer los resultados de la prueba; es decir, lo que se desprende del material probatorio, de los medios de prueba una vez incorporada la fuente de prueba (acción de extraer el elemento de prueba de lo que declaran los testigos, la información que aporta el documento y que máximas de experiencia técnicas aporta el perito, qué percepciones se extraen del lugar, objeto o persona reconocida). No existen, en esta fase, reglas de prueba; solo se requiere determinar o ubicar el elemento de prueba consiguiente: la información útil. Es decir, lo que realmente dijo el testigo, lo que explicó y concluyó el perito, lo que indicó el documento, etcétera. En esta fase se requiere del juez las actitudes de retención, selección e identificación; y, por este momento, el juez va “filtrando” el material del acervo probatorio para adecuarlo a los hechos de la causa. El *desiderátum* de esta fase es que el juez haya extraído ya una “información” probatoria relevante para fundar la decisión judicial y pueda ponerla en relación con los hechos debatidos en el juicio [ABEL LLUCH].

- B.** Valoración. Dice IGARTUA que es la actividad del juez, residenciada en el elemento de prueba, en el dato cognoscitivo que se aporta en el proceso (información que vehicula un determinado medio proporcionado por una fuente de prueba), que se examina encaminado al resultado de prueba. Valorar, en suma, significa construir un razonamiento que conduzca del elemento de prueba al resultado de prueba, lo que implica escoger correctamente la inferencia de prueba que permite conectar una cosa con la otra. Valorar importa construir un razonamiento que lleve del “elemento” de prueba al “resultado” de prueba; y, como tal, el problema es, entonces, elegir correctamente la inferencia que permite conectar una cosa con la otra. La inferencia, a su vez, permite (i) determinar la relevancia de un elemento de prueba, es decir, su relación con la hipótesis a probar (v.gr.: si las huellas de Juan están en el lugar de los hechos, es que Juan estuvo allí en algún momento) o (ii) evaluar la fiabilidad de un elemento de prueba (v.gr.: si la propia madre del acusado declara haberlo visto apuñalar a la víctima, la credibilidad de su testimonio se basaría en la inferencia de que no se miente al declarar en contra del interés propio). El criterio de inferencia se ha basar en la aplicación de leyes científicas o de máximas de la experiencia. Finalmente, habrá de determinar si el grado de conclusividad que ofrece el cuadro probatorio satisface o no el estándar de prueba exigido.

Con todo ello no cabe sino concluir que valorar la prueba consiste en averiguar la realidad [NIEVA]. Valorar, como consecuencia de lo anterior, implica un enfoque desde tres perspectivas distintas y sucesivas. Ello está en la médula del artículo 393.2 del CPP. Estas son:

1. Evaluar la pertinencia del elemento de prueba. Es decir, definir qué tipo de conocimiento aporta el referido elemento para la reconstrucción de los hechos de la causa. Dice de la relación entre los elementos de prueba y el *thema probandum*. Es menester, por tanto, afirmar un razonamiento inferencial que conecte el elemento de prueba con la hipótesis a probar, y que lo haga con un grado de relevancia variable.
2. Calibrar la atendibilidad del elemento de prueba. Esto es, indagar por qué es o no plausible o razonable o, dicho de otro modo, determinar la eficacia del elemento de prueba. Es una tarea básica. Está en función al dato cognitivo que se aporta en el proceso. Es enjuiciar su fiabilidad.
3. Integrar el elemento de prueba en el cuadro de los otros elementos de prueba, también acreditados como fiables para evaluar el peso del conjunto

probatorio en orden a fundamentar –si es posible, claro está– la hipótesis acusatoria.

La valoración de la prueba tiene aspectos lógicos. Analíticamente debe examinarse cómo se efectúa la valoración. Una premisa fundamental es que la prueba tiene una estructura inferencial. A través de un razonamiento compuesto por una o más inferencias el juez pasa de las informaciones de las que dispone a conclusiones relativas a los enunciados fácticos sobre los que versa su decisión. La fiabilidad de una prueba depende de las inferencias respectivas.

La estructura lógica de la inferencia probatoria, siguiendo a TOULMIN, tiene tres elementos: 1) hecho punible acusado es la hipótesis (H) o hecho a probar. 2) elemento de prueba disponible (la información relevante al respecto, vgr.: testimonial) (E: *evidence*). 3) regla de inferencia o warrant (garantía) que vincule el elemento de prueba y el hecho acusado (W: *warrants*). Esta última (W) es el sostén de todo el mecanismo inferencial, es el criterio que establece una conexión entre el elemento de prueba y el hecho acusado –es su garantía–. Este criterio o regla debe ser preciso, más general, más aceptable, que pueda constituir una buena justificación de orden superior. Esta regla puede ser representada por una ley universal aplicable vía deducción porque la referencia a una ley general permite derivar deductivamente la verdad del hecho acusado –esto, empero, es poco frecuente–. Por tanto, también la regla de inferencia puede estar representada por una generalización inductiva, que se expresa en términos generales, lo que permite decir que tal regla asume forma deductiva, ya que busca derivar una consecuencia relativa de un hecho particular (hecho causado) en base a una premisa general [GONZÁLEZ LAGIER].

2. Aspecto preliminar a la apreciación probatoria

Lo que, sin duda se aprecia es la prueba. Es una consideración ineludible producto de la normativización del conjunto de la actividad probatoria: lo que es prueba está determinado por la ley. El juez está limitado a ella con exclusión de su conocimiento privado. Por ello se exige que las operaciones en orden a la prueba que realiza el juez se plasmen en la sentencia. Se ha de poner en relación las fuentes-medios de prueba con los enunciados fácticos y ha de explicarse en la sentencia cómo desde aquéllos se llega a éstos [MONTERO].

El material probatorio sujeto a apreciación debe versar sobre los medios de prueba actuados en el juicio oral (prueba plenarial) y conforme a sus disposiciones (artículo 393.1 del CPP), aunque, excepcionalmente, puede utilizarse la

denominada “prueba sumarial”: preconstituida y anticipada —en tanto en cuanto se cumplan los requisitos vinculados a la irrepetibilidad y a la urgencia—. También se incluye la prueba por comisión: artículo 383 del CPP. La regla es que el Juez no puede utilizar para motivar la sentencia los actos de investigación.

Debe inutilizarse o excluirse la denominada “prueba ilícita”. Ilicitud que está en función: (*i*) a la inobservancia de los derechos fundamentales (prueba inconstitucional), (*ii*) a la prueba prohibida por la ley (tema y métodos de prueba), y (*iii*) a la prueba que vulnera las reglas fijadas por la ley (requisitos legales; es decir, si como consecuencia de la infracción normativa, se lesiona la igualdad de armas y el debido proceso).

3. El método de valoración probatoria

El CPP escogió, siguiendo el planteamiento de COUTURE, una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, pero que partió de esta última: la sana crítica —noción muy apreciada por GORPHE, que la calificó como la expresión más feliz del derecho comparado—, que regula la actividad intelectual del juez (artículo 158.1 del CPP), que seguimos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1855. Equivale, en rigor, a prueba razonada [MONTERO], lo que solo es posible si se asume motivación como justificación de una decisión a partir de criterios racionales respaldados por las reglas de la sana crítica [IGARTUA]. Es un sistema de valoración probatoria que aporta coherencia, consenso y aceptación general y aspira a conferir racionalidad a la valoración del medio de prueba [ABEL LLUCH].

Las reglas de la sana crítica, dice COUTURE, son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las leyes lógicas, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Estas reglas sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento posterior [ABEL LLUCH]. Estas reglas no hacen sino aportar criterios de solidez de la inferencia probatoria, en cuya concreción puede ayudar las pautas de racionalidad epistemológica ofrecidas por la filosofía de la ciencia, que aportan reglas o criterios acerca de las razones de la inferencia probatoria, de las máximas de la experiencia y presunciones, y de la hipótesis de un caso concreto [GONZALES LAGIER]. La libre apreciación de la prueba se refiere a todos y cada uno de los medios de prueba utilizados en el proceso concreto de que se trate, debiendo el juez valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que a priori pueda conceder valor superior a uno sobre otro (STSE de 23-03-1999). Estas máximas no pueden estar codificadas, pero han de hacerse contar en la motivación de

la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la arbitrariedad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de los hechos probados [MONTERO].

A. La lógica. En un sentido formal las reglas de la sana crítica constituyen una operación lógica. Ésta utiliza la inferencia o deducción. Consiste en la combinación de dos proposiciones, llamadas premisas, que causan una conclusión como consecuencia de aquellas. Son cuatro los principios que asume: **1.** Identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma). **2.** No contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí). **3.** Razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia, o sea, razón suficiente para existir). **4.** Tercero excluido (si una cosa solo puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos proposiciones precedentes) [CERDA-FELICES].

Es claro, sin embargo, que la elaboración lógica del juez puede ser correcta, pero la sentencia, a su vez, puede ser errónea. El dicho de un testigo solo puede asumirse si pasa el examen de fiabilidad, de suerte que si no es así falló una de las premisas.

La lógica interviene en la valoración desde una función negativa al permitir el acceso a la casación cuando la interpretación del resultado probatorio resulta absurdo o irracional; y, desde una función positiva, partiendo de sus principios, se pueden extraer consecuencias probatorias (v.gr.: no se puede otorgar idéntica credibilidad a las declaraciones que refieren versiones antagónicas de los hechos).

B. El conocimiento científico. Es el saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable sobre la realidad. Se trata de saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina, y que por regla común son conocidos de un modo general por los legos. La conclusión de un juez nunca puede ir contra la ciencia [CERDA-FELICES].

Pero, ciencia y proceso se mueven en planos distintos, aunque ingresada la ciencia al proceso no puede ignorarse ni sobredimensionarse, teniendo en cuenta, también, el auge de las llamadas “ciencias blandas” (pruebas psicológicas, psiquiátricas, sociales, sociológicas o antropológicas, etc.). Aquí resulta necesario fijar los criterios a partir de los cuales una determinada técnica puede reputarse prueba científica y también los cánones para su valoración. Siempre se debe distinguir, como enseña PÉREZ GIL, entre dos cánones de valoración (*¿*) por razón

del origen de la aportación científica (parcialidad objetiva del perito de parte, identificación de la fuente de conocimiento y cualificación del perito), y (*ii*) por razón del mérito (utilización del conocimiento científico disponible, selección racional de los procedimientos de aplicación de conocimientos utilizados, parámetros y referentes externos de fiabilidad: el valor de los protocolos, tales como el DSM-IV en la pericial psiquiátrica).

C. Las máximas de la experiencia. Son generalizaciones empíricas, vigentes y conformes a la ciencia y a la cultura actual –se formuló por primera vez por FIEDRICH STEIN en 1893, que la concibió como una regla general, no jurídica, que se desprende de la experiencia de los sucesos de cierto tipo y desde una concepción silogística del juicio de hecho, que se extendió de Alemania a Italia y España (no en Francia ni en el *common law*) [TARUFFO]–. Se trata de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida (proposiciones de naturaleza tendencialmente general que se enuncian en forma de “reglas”). Son juicios fácticos (juicios hipotéticos y generales) que descansan en la experiencia humana, normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie (principios de normalidad, causalidad y oportunidad). Estas máximas, en realidad, sirven en todos los ámbitos y ayudan al desenvolvimiento normal de la vida individual y social. Las máximas pueden ser comunes o especializadas, lo que permitiría en este último caso servirse de la información científica disponible y, en su caso, de la prueba pericial [MONTERO].

Estas máximas son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. La experiencia humana tiene un comportamiento forzosamente variable, sin perjuicio de la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya. Tienen tres funciones: 1) función heurística porque permiten formular hipótesis sobre los hechos de la causa –conecta lo conocido con lo desconocido– y permite construir una narración de los hechos–; 2) función epistémica, en tanto se corresponde con el resultado de las pruebas, perspectiva de verdad; y, 3) función justificativa, desde que se manifiesta en la determinación de los hechos de la causa desde la formulación de inferencias que justifiquen la decisión judicial, sobre la base de las pruebas de las cuales se dispone.

La utilidad de las máximas de experiencia está en función a que se trate de generalizaciones válidas. Su uso será viable, acota TARUFFO, siempre que se cumplan varias reglas –perspectiva negativa–: 1) Que no se debe atribuir a la máxima de la experiencia un valor cognoscitivo superior al del fundamento que tiene la máxima,

sobre la base de las generalizaciones que se expresan en ella. 2) Que, si una máxima está enunciada en términos generales, un solo contraejemplo es suficiente para contradecirla, o al menos para demostrar que no tiene validez general. 3) Que una máxima no puede utilizarse si está contradicha por los conocimientos científicos disponibles. 4) Que una máxima de la experiencia no puede emplearse válidamente si la contradice otra máxima de la experiencia, por lo que ninguna de ellas puede constituir un criterio admisible de valoración, y, en consecuencia, debe buscarse otra máxima –si existe– que tenga un fundamento más sólido. Desde una perspectiva positiva, deben buscarse máximas (i) que resulten confirmadas por conocimientos científicos, (ii) que preexistan al caso específico al que se aplica, y (iii) que se refieran directamente al caso específico.

La concepción, de la sana crítica racional, es epistémicamente válida, en la que medida que admite –e incluso requiere– que la valoración de las pruebas se dirija hacia la determinación de la verdad de los hechos. Este método importó la eliminación de normas que, al predeterminar el valor legal de las pruebas, constituirían un obstáculo para esa fijación de la verdad [TARUFFO].

Finalmente, es de acotar que se reconoce en el juez determinada soberanía para decidir sobre el hecho. Tiene, como reconoce GIMENO, tres limitaciones: 1. Versa sobre el resultado probatorio verificado en el plenario, incluidas las pruebas sumariales: la verdad se determina tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles, la cual solo es una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa [TARUFFO]. 2. No se puede basar en prueba ilícita. 3. Se ha realizar con arreglo a las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos. En virtud de este método, legalmente impuesto, el juez es libre para valorar la prueba, pero sin prescindir de ella ni de su necesaria motivación, que la adecuará a los dictados de la razón, de la lógica y de la ciencia. La ley exige al juez justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas y aceptables.

4. **Apreciación individual y conjunta de la prueba**

El artículo 393.2 del CPP estipula, a diferencia del artículo 197 Código Procesal Civil, que el juez penal, para la apreciación de las pruebas, procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La decisión no solo sobre el derecho sino también sobre el hecho es una característica típica del juez del *civil law*, potenciada por las reformas napoleónicas: el juez togado decide el derecho y el hecho. Este juez hace, primero, tanto una labor

jurídica como una labor epistémica –aunque gran parte de esta última función está vinculada a la regulación de las pruebas, que es una parte importante del derecho procesal–; y, **segundo**, está obligado a motivar sus decisiones –y hacerlo proporcionando “buenas razones”, fundadas en las pruebas y en un convencimiento racional, de modo que la determinación de la verdad de los hechos resulta objetiva y lógicamente justificada– [TARUFFO]. En Perú, por lo demás, no existe jurado de conciencia ni escabinado, de suerte que el juez profesional es quien se encarga del hecho y del derecho.

Insistir en que el juez inicia su labor de valoración probatoria examinando individualmente la prueba (el elemento de prueba) y, luego, valorándola en su conjunto, es asumir una opción determinada, pues la valoración individualizada y la valoración conjunta apuntan a finalidades diversas y se proyectan sobre objetos distintos [IGARTUA]. Conforme a este autor:

A. La primera (valoración individualizada) se centra en cada una de las pruebas con el fin de (*i*) testar su respectiva fiabilidad y (*ii*) identificar la modalidad lógica de su relación (necesariedad, regularidad, probabilidad) con el hecho concreto a probar. La segunda (valorización conjunta) tiene por función ponderar cuál es la fuerza probatoria que suministran a la hipótesis todas las pruebas fiables interrelacionadas entre sí.

B. El objeto de la valorización individualizada es el elemento de prueba, esto es, el dato cognitivo que se aporta en el proceso –el punto es todo o nada: es fiable o no es fiable–. Ahora bien, si este elemento de prueba se encuentra frente a otro que se le contrapone (v.g.: una declaración frente a otra de signo contrario), la fiabilidad de un elemento de prueba ha de tener una doble dimensión: intrínseca (el elemento considerado en sí mismo) y otra contextual (del elemento en relación con los otros elementos presentes): ha de realizarse el cotejo entre unos y otros para decidir cuál debe ser el finalmente atendible.

C. La finalidad de la valoración conjunta estriba en apreciar con qué fundamento probatorio cuenta la hipótesis –el criterio es el de más o menos–. **Primero**: es de rigor examinar si entre los nexos que arrancan de todos los elementos de prueba ya acreditados los hay (*i*) incompatibles entre sí (conducen a datos que se excluyen entre sí) o (*ii*) meramente compatibles entre ellos (conservando la fuerza que ya tenían de por sí) o (*iii*) recíprocamente implicados (incrementándose así su respectiva fuerza inicial). **Segundo**, acto seguido, habrá de verificar si el constructo obtenido a partir de este cuadro probatorio abarca todas (y cada una de) las partes esenciales de la hipótesis en liza.

El paso final en la valoración de la prueba es la determinación de si la hipótesis ha sido probada y con qué grado de confirmación lo ha sido. Así, como explica FERRER, una hipótesis estará probada si cumple con tres requisitos: 1) no haber sido refutado por las pruebas disponibles; 2) haber sido confirmada por las pruebas disponibles; y, 3) ser más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos. Este tercer requisito admite grados diferentes, ha de aplicarse el estándar de prueba que exige el ordenamiento.

5. El estándar de prueba

Si partimos de un concepto de verdad como correspondencia entre un enunciado fáctico y lo sucedido en el mundo externo, para ser útil y permitir su control (con lo que proceso cumple con las garantías básicas de carácter constitucional), éste requiere, en su relación con el mérito de sana crítica racional, de un estándar de prueba, que forman parte del momento de la decisión y constituyen la esencia del razonamiento probatorio –cuestión epistemológica, a final de cuentas–. Ésta (el estándar de prueba) es una expresión procedente del *common law*, que ha construido de dos a tres reglas sobre el particular: (i) probabilidad preponderante para lo civil, (ii) más allá de toda duda razonable para lo penal; y, uno intermedio, (iii) clara y convincente evidencia, para los supuestos especialmente delicados –solo en Estados Unidos– de derecho de familia, nacionalidad y deportación; aunque tales reglas han sido pensadas para la institución del jurado de conciencia, a fin de ofrecer puntos de referencia que ayuden a construir la intuición inmotivada que expresa con su veredicto [NIEVA]. Un tal modelo, que busca seguridades para decidir correctamente, ha sido seguido, con sus propias lógicas, por el Derecho alemán, bajo el concepto de “medida de prueba”, con sus tres niveles, que puede entenderse que es paralelo a la probabilidad preponderante en civil y más allá de toda duda razonable en penal anglosajones, al que agregé otro equivalente al de prueba *prima facie* el Derecho italiano y español (Überwiegensprinzip), para las medidas cautelares, parcialmente parecida al *probable cause* del Derecho estadounidense.

La necesidad de un sistema de reglas para justificar las decisiones sobre los hechos, de una regla general y abstracta, para que aporte *per se* criterios de justificación consistentes, a estas alturas del desarrollo del Derecho procesal y de la Teoría del Derecho no puede tener objeciones serias –más allá que es de considerar que se trata de una institución surgida al socaire del sistema de prueba legal, cuyo punto de inicio fue en el Derecho canónico la *probatio plenissima*, *probatio plena* y *semiplena probatio*, en que las pruebas se sumaban y se pesaban

[NIEVA]—. Es de tener claro, sin embargo, que, desde sus propias fuentes, tal regla no ha sido reconocida ni introducida expresamente en el *civil law*, en el que no existen propiamente equivalentes a esa expresión del sistema anglo sajón, aunque es posible asociarla, primero, a la certeza moral del Derecho canónico, íntima convicción en la revolución francesa y la citada medida de prueba en el derecho alemán (*Bewiesmass*)—.

El estándar de prueba cumple una triple función, insustituible de una concepción racional de la prueba: 1) Función heurística, porque ofrece criterios que harán posible y guiarán la decisión judicial y su motivación. 2) Función de garantía para las partes, pues le permiten elaborar estrategias probatorias y procesales y le posibilitan el control racional de la decisión judicial a través de los recursos. 3) Función de distribución del riesgo del error entre las partes. El estándar no se define sobre la base de las creencias o convencimiento personal del juez decidor [FERRER]. Lo que se busca, a final de cuentas, es un auténtico ejercicio epistemológico por parte del juez construyendo la sentencia de forma gnoseológicamente correcta, aunque desde luego no es posible excluir una parte subjetiva del juez.

Es de reconocer, asimismo, que el razonamiento probatorio es probabilístico, por lo que no es posible alcanzar certezas racionales acerca de la verdad sobre los hechos; y, si en función a los hechos del proceso, el conocimiento se consigue por inferencias, corresponde que el ordenamiento fije reglas claras y racionales que establezcan el grado de probabilidad susceptible para aceptar como probado un enunciado fáctico y su respectivo control intersubjetivo.

La regla jurídica, fijada en los artículos 393.2 y 158.1 del CPP, no ofrece un criterio de decisión sobre el material probatorio disponible en el proceso. Es solo un método (sana crítica racional). Y, la regla del artículo II.1, último párrafo, del Título Preliminar del CPP, se limita a decir que en caso de duda sobre la responsabilidad del imputado debe resolver a favor del imputado —no explica qué es duda y cuando se está ante una duda de determinada entidad, aunque puede entenderse como “falta de pruebas” [TONINI-CONTI]—; y, antes, (última frase del primer párrafo del artículo II.1 TP CPP), se circunscribe a señalar la exigencia de suficiente actividad probatoria, que en buena cuenta son, sucesivamente, regla de prueba la última y regla de juicio la primera. Pero, ¿Qué tan suficiente ha de ser esa prueba que enerve la presunción de inocencia? El Código Procesal Penal no lo dice. Es más, el artículo 398.1 del CPP dispone la absolucón cuando los medios probatorios no son suficientes para establecer la culpabilidad o cuando subsiste una duda sobre la culpabilidad; pero no indica el grado de probabilidad requerido

para dictar una condena, no ofrece un criterio de decisión, con lo que, como enfatiza FERRER, se resiente el valor seguridad jurídica al no estipular el grado de corroboración necesario.

Sigue vigente la pregunta: ¿Cuál es el grado de corroboración de los hechos para una sentencia condenatoria penal? Nuestro Código, es de insistir, no fija un estándar de prueba –es decir, el umbral de suficiencia probatoria requerido para que se puede condenar a un acusado–. Éste, ¡ese es su rol!, impone un determinado grado de confirmación que debe tener una hipótesis acusatoria para poder darla por probada (umbral de aptitud probatoria). Es insuficiente el criterio anglosajón de “más allá de toda duda razonable” –sus orígenes, recuerda ABEL LLUCH, se vinculan con la teología cristiana medieval y el consejo evangélico del “no juzguéis y no seréis juzgados”, y que ha traspasado las fronteras del *common law*–. LAUDAN, dentro de las cinco interpretaciones que propone de esta regla, la última sostiene que puede interpretarse como: Duda razonable como probabilidad alta o alta probabilidad de culpabilidad –de suerte que evita el término “certeza”, de difícil delimitación conceptual, y se sitúa en la probabilidad propia del proceso–, pero aun así falta avanzar más y establecer una regla general, útil y razonable, que permita identificar el grado de confirmación necesaria de una hipótesis acusatoria [FERRER].

El estándar de prueba, siempre, debe apelar a criterios de probabilidad inductiva, no matemática, desde una concepción racional de la prueba y aplicada a proposiciones, de suerte que el nivel de apoyo inductivo de una hipótesis, con arreglo a los elementos de prueba, debe permitir excluir las demás hipótesis. Ésta, a final de cuentas, es la afirmación de ULPIANO en el sentido de que nadie debía ser sancionado por una sospecha –lo contrario de certeza, es decir, incertidumbre–y, por tanto, es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente. En consecuencia, la perspectiva consiste en trazar hipótesis bien construidas que expliquen un relato de hechos relevante para el proceso; y, sólo si se logra descartar razonablemente todas las hipótesis alternativas a la del relato de culpabilidad es posible condenar, y siempre que este relato sea también razonable [NIEVA], necesariamente desde el material probatorio disponible.

Es de objetivar, entonces, a través de un conjunto de reglas y de un procedimiento lógico de razonar, el estándar de prueba y, desde luego, bajo una noción distinta del BARD estadounidense (*Beyond Any Reasonable Doubt*). Resulta necesario operar, en la construcción de cada inferencia, a través de la técnica del falsacionismo crítico, que POPPER construyó a base de los procesos de refutación y falsación de las hipótesis. El método de la falsación es el núcleo

esencial del razonamiento judicial; un método, dice CASSANO, que evidencia la complejidad del razonamiento crítico tanto ético como jurídico. La intuición del juez no puede, por sí, colmar eventuales lagunas probatorias. El modo correcto de razonar no consiste solo en la valoración conjunta de la prueba, sino en considerar la información y trascendencia que –antes de extraer conclusiones precipitadas [Cas. Corte de Casación Italiana, Sección V, de 25 de marzo de 2015]– debe efectuarse singularmente sobre cada uno de los indicios y fuentes de prueba. Y antes aún, es indispensable garantizar un proceso de partes, el método dialéctico, la contradicción en la formación de la prueba y que el estándar de prueba se fundamente sobre los principios metodológicos esenciales del sistema acusatorio [TONINI-CONTI].

Así las cosas, con FERRER, es posible sostener que el material probatorio disponible ha de permitir descartar la hipótesis defensiva y consolidar, con exclusión de aquella, la hipótesis acusatoria. Una de sus propuestas es muy sugerente. Dice:

“Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- 1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permia formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.*
- 2. Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación”.*

6. Reglas valorativas

La regla general es que no se impone al juez un valor determinado para una pruebas o pruebas específicas. El juez razona el material probatorio desde las reglas de la sana crítica y bajo una óptica racional con un umbral de prueba de altísima probabilidad. Esto es, que el material probatorio disponible descarte la hipótesis defensiva y consolide, con exclusión de aquella, la hipótesis acusatoria. Empero, ello no es óbice que el legislador o la jurisprudencia introduzcan determinadas reglas valorativas para garantizar el valor y racionalidad de determinadas pruebas y medir su eficacia probatoria [ASENCIO].

Así, el Código Procesal Penal menciona (*i*) la confesión y (*ii*) a los arrepentidos y colaboradores. La primera no es una prueba autónoma; y, la segunda es una prueba sospechosa. Se requiere pruebas de corroboración en su perspectiva nuclear (artículo 158.2 del CPP); y, debidamente corroborada por otros elementos de convicción (artículo 160.1º del CPP). Asimismo, (*iii*) tampoco es una prueba autónoma la declaración de referencia: se necesita que declare el testigo fuente y que el testigo de referencia indique de quién recibió la información que expone, de lo que contrario su testimonio no será utilizable (artículo 166.2 del CPP). En igual sentido, en cuarto término, es el caso de (*iv*) los confidentes, que deben ser identificados y deben declarar (artículo 163.3 del CPP); no se acepta declaración indirecta por el policía.

La jurisprudencia, además, ha fijado criterios para el testigo-víctima único y los coimputados. Así, Acuerdo Plenario 2-2005, de 30-09-2005. El criterio para los imputados es raigalmente el mismo que el de los colaboradores: el núcleo de su sindicación, referida a la conducta atribuida al imputado señalado, debe corroborarse por pruebas distintas, sin perjuicio de examinar su verosimilitud interna, la falta de incredibilidad subjetiva y la persistencia. El criterio para los testigo-víctimas es distinto: lo único distintivo es que, en orden a la verosimilitud externa, se requiere de datos objetivos periféricos del discurso descriptivo del hecho, no nucleares (de ser así no se necesitaría lógicas más intensas respecto a la persistencia e incredibilidad subjetiva).

7. Motivación de la valoración de la prueba

La motivación es, en cuanto a la parte probatoria, la expresión de la valoración. Ella exige un esquema inductivo –la valoración, por el contrario, exige un esquema deductivo–, que más o menos es el siguiente [NIEVA FENOLL]:

- A. Lo primero que el juez debe realizar es una previa ordenación de todo el material probatorio. Ha de reducir a una unidad la dispersión de ideas tras la ejecución de las pruebas, a fin de llegar a un listado de los hechos relevantes jurídicamente –debe lograr una exposición de hechos acompañada del medio de prueba en el que se fundan–.
- B. Esta fase de recopilación de los resultados probatorios debe favorecer la deducción, y por ende, evitar conclusiones precipitadas –se sigue el modelo de orientación deductiva–. Así las cosas, lo que debe ser objeto de respuesta es si el hecho delictuoso –con todas sus características y elementos fundantes– realmente se cometió, quien realmente lo cometió –si pudo ser

otro individuo, distinto del acusado—, y si existieron otros hechos delictivos que el hecho juzgado permita encubrir y ocultar. Ello significa que el juez debe concebir alternativas a las versiones de los hechos, tanto como surjan de los materiales probatorios que tenga entre sí.

- C. Una vez deducida una versión de los hechos relevantes jurídicamente es de rigor redactar la sentencia —no se niega la posibilidad de rectificar la versión de los hechos previamente articulada a medida que se avanza en la redacción, pero la correcta estructuración de la fase previa evita muchas incorrecciones y modificaciones que pueden restar coherencia a la fundamentación del relato—. Si, como consecuencia de lo anterior, no se puede acreditar la existencia del hecho punible y/o su comisión culpable por el imputado —la prueba de cargo es inexistente o insuficiente—, debe aplicar el principio de presunción de inocencia que obliga a absolver al reo.
- D. El juez debe excluir la intuición, entendida como la capacidad de lograr un conocimiento directo, una percepción inmediata sin la observación o la razón. El juez no puede prescindir de las reglas de la carga de la prueba —material, en lo procesal penal—, de la presunción de inocencia y hasta de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada. Por lo demás, invocando “las máximas de la experiencia” no puede sustituir aquello que las pruebas dicen, o colmar las lagunas de lo que no han dicho.
- E. Lo anterior da lugar a la aplicación de una regla básica: “lo que no se puede motivar legítimamente no existe”. La declaración de hechos que ha de tener toda sentencia se forma de lo que resulta de la actividad probatoria, no sobre aquello que intuyan los jueces. Por tanto, si el proceso de valoración se violan principios lógicos o las argumentaciones son contradictorias, insuficientes o defectuosas, se emitirá una sentencia con errores *in cogitando* [CHAIA].

Como se llega a las conclusiones probatorias por razones objetivas, el juez debe motivar esas razones, las cuales deben ajustarse “a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia” (artículo 158.1 CPP). Cada medio probatorio, de uno u otro modo, tiene sus propias reglas de valoración, de suerte que en impugnación si se advierte la máxima o regla infringida y se demuestra su relevancia para el juicio final de la sentencia, no queda otro camino que la revocación del fallo sentencial. En estos casos el examen impugnativo de la sentencia se centra en lo que es objetivable, en el examen de las razones concretas que condujeron al iudex a quo a una determinada conclusión.

8. El control impugnativo de la apreciación de la prueba

El planteamiento impugnatorio está en función a una pretensión referida a un *vitium in factum* o a un *vitium iuris*. Se puede cuestionar, de un lado, desde la presunción de inocencia y tutela jurisdiccional; y, de otro lado, desde la motivación. Ambas inciden en la valoración fáctica, pero la primera está en función a los parámetros de las exigencias probatorias (motivación extra textual) y la segunda en función al propio texto de la sentencia –contenido informativo y justificativo– (motivación intra textual).

Se puede cuestionar tanto la licitud de la prueba, su conformidad con el ordenamiento jurídico, el carácter de prueba inculpatoria, su suficiencia –presencia de vacíos probatorios y de inferencias probatorias que no cumplan el estándar de prueba exigido o pasó por alto una prueba decisiva de determinado signo–, su sentido y la propia existencia de una prueba mencionada como tal (prueba falseada o fabulada); así, como que la justificación del fallo, con independencia de la corrección del aserto, no presenta alguna patología: omitida, incompleta (de la información o de la justificación), insuficiente, impertinente, ficticia, contradictoria, oscura o con vulneración de las reglas de la sana crítica. La primera determinará una sentencia rescisoria y la segunda una solamente rescindente, según los casos y el impugnante.

Se puede cuestionar en sede de apelación las deficiencias de la sentencia de primer grado a partir de una doble vía:

- A. Impugnar la lógica del razonamiento judicial. En la prueba testifical, por ejemplo, es posible analizar desde las actas o grabaciones si la exposición fue coherente, estaba corroborada, contextualizada y no contenía detalles oportunistas; por consiguiente, si se da validez a un testimonio con algunas de estas falencias, en tanto fueran relevantes, se concluirá que las valoraciones de la prueba no se guiaron por criterios lógicos. Tal es la amplitud del examen que incluso el iudex a quem puede reinterpretar toda la resultancia probatoria.
- B. Impugnar la propia motivación. Se presenta cuando la propia motivación de las razones por las que el iudex a quo ha alcanzado una conclusión probatoria es inexistente –falta, por ejemplo, el análisis de credibilidad de las declaraciones– o su expresión deficiente. No obstante ello, pueda ser que la motivación sea insuficiente, pese a lo cual el iudex a quem puede confirmar la sentencia de primera instancia, en la medida en que sea factible incorporar en su análisis los criterios lógicos y objetivos correspondientes.

En casación –que incluye, al igual que el control de legalidad, el de la interdicción de la arbitrariedad de las decisiones judiciales– también es posible analizar la valoración probatoria, y lo puede hacer en tres supuestos muy concretos:

- A. Cuando el juez de apelación pasó por alto la aplicación de una norma de prueba legal –en lo penal se puede producir esta vulneración respecto de la prueba del estado civil o de ciudadanía de las personas (artículo 157.2 CPP)– o vulneró las exigencias de la prohibición de valoración probatoria (artículo 159 CPP).
- B. Cuando el juez de apelación sobrepasó los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de manera que sus conclusiones no están sustentadas en ninguna lógica racional (artículo 158.1 CPP).
- C. Cuando el juez de apelación acudió a la última ratio del ordenamiento probatorio, la carga de la prueba –la presunción de inocencia en materia penal (artículo II.2 TP CPP)–, antes de tiempo; es decir, que haya prescindido de valorar el material probatorio obrante en autos y haya presupuesto que era insuficiente.

Debe quedar sentado que el mito de la inmediación –visto como un todo, pero solo circunscrita en caso de prueba personal a la percepción sensorial por el tribunal de instancia, no niega el control de su valoración racional por el tribunal de revisión– debe ceder ante la tutela jurisdiccional efectiva que solo es posible mediante la racional, metódica y analítica disección de las pruebas interrelacionadas en forma lógica (SSTSE de 09-12- 05 y de 26-09-06).

9. Reglas valorativas incorporadas legalmente

Se trata de reglas valorativas, próximas a la prueba legal -reglas legales de valoración de prueba-, incorporadas en algunos casos por la jurisprudencia y en otros por la ley, para garantizar el valor de pruebas de cargo de determinadas declaraciones o actuaciones procesales de relevancia probatoria [AsENCIO]. En nuestro país la mayoría de ellas fueron desarrolladas jurisprudencialmente en diversas ejecutorias y acuerdos plenarios. Sin perjuicio de ello, el CPP aborda explícitamente la prueba indiciaria (artículo 158.3 CPP) y la prueba anticipada (artículo 242 CPP), enuncia la prueba preconstituida, consagra la ineficacia probatoria de la denominada "prueba prohibida" (artículos VIII TP y 159 CPP), y menciona el testimonio de referencia (artículo 158.2 CPP), las declaraciones contradictorias (artículo 378.6 CPP) y el silencio del imputado (artículo 376.1 CPP).

La presunción de inocencia, como se sabe, está en el centro de tres grandes problemas operativos en materia probatoria. 1) La calidad de la prueba: la prueba plenaria y sus excepciones, y la prueba prohibida, que genera la inutilización de las evidencias que vulneren el contenido esencial de un derecho constitucional (todo esto se puede denominar: el derecho a la prueba auténtica). 2) La cantidad de prueba, que se asocia al concepto de "prueba suficiente" (es posible denominarlo: el derecho a la prueba de cargo). 3) Las pruebas escasamente fiables cuando son pruebas únicas: confesión (artículo 160 CPP) declaración de la víctima, declaración de los computados, filmaciones e indicios, entre otras.

Es de resaltar que Vásquez Sotelo incorpora la prueba indiciaria dentro de la prueba escasamente fiable, aunque creo que lo hace a partir de un inicial modo de acercamiento a ella por los tribunales, que consideraron posible su utilización como una alternativa ante la falta de prueba directa era un subrogado- y para evitar la impunidad; dato que, por cierto, expresamente rechaza y que luego desarrolla ampliamente.

II. LA PRUEBA INDICIARIA

1. Aspectos generales

1.1. Concepto y alcances

La Corte Suprema la abordó ampliamente en la Ejecutoria Suprema n.º 1912-2005/Piura, de 06-09-05. Se puede definir la prueba indiciaria –también llamada indirecta, circunstancial o coyuntural– como una prueba que sirve para establecer en el proceso penal como sucedido un hecho no directamente probado, fundada en puridad en indicios concluyentes periféricos al hecho que se quiere acreditar –que están alrededor del hecho consecuencia, que es el tipo legal sancionado–, interrelacionados y no desvirtuados por otros contraindicios o coartada. En igual sentido se pronunció el Tribunal Constitucional (ver: STC n.º 728-2008-PHC/TC), y, sobre todo, la CIDH (ver SCIDH CASTILLO PETRUZZI, de 30-05-99).

Esta precisión se basa en una distinción funcional, resaltada por Bentham –que consideró la única significativa–, que se funda en la conexión entre las pruebas y los hechos que integran el objeto procesal –los hechos que deben ser probados–: prueba directa y prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, según tenga que ver con hechos principales o con hechos secundarios o circunstanciales. En consecuencia, prueba circunstancial es aquella que no tiene por objeto el hecho

principal, sino un hecho secundario del que puedan extraerse inferencias relativas a la hipótesis sobre el hecho principal.

Como tal, es una prueba crítica o lógica e indirecta. La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido, objeto del proceso penal. Este poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos [DEVIS ECHANDÍA]; no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las nuevas reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba (STSE de 05-03-04).

En la actualidad los indicios son utilizados y permiten establecer elementos de contacto entre hechos desconocidos y aquellos conocidos, siendo aceptados como plena prueba, resultando una fuente importante de conocimiento, pues el saber humano sería escasamente desarrollado si se limita a la percepción directa, al saber empírico o a la apreciación en vivo de cada cuestión [CHAIÁ]. En todo caso, es claro sostener que la prueba indiciaria no es una prueba subsidiaria –en defecto de la prueba directa– o de segundo grado; no existe jerarquización entre ambas ni una prevalencia general de la prueba directa sobre la prueba indiciaria. Respecto de esta última, la solidez de la afirmación base depende del medio o medios de prueba utilizados. Esta ausencia de diferencias cualitativas desde el plano epistemológico –solo se diferencia en el mayor número de pasos o secuencias inferenciales que requiere la prueba indiciaria– autoriza a concluir que tiene entidad para alcanzar el estándar probatorio del “más allá de toda duda razonable”, siempre que la inferencia no sea tan abierta que permita tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Otra distinción funcional importante, vale puntualizar, es la existente entre prueba de cargo –prueba positiva–, cuyo objeto es demostrar la verdad de un enunciado fáctico, y prueba de descargo –prueba negativa o contraprueba–, que tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, que el hecho no sucedió. Esta última distinción se basa en la relación entre los medios de prueba y el hecho que tiene que ser probado [TARUFFO].

Esta prueba nace del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas, su importancia radica en que, en muy varios supuestos, los indicios y su influencia son los únicos medios de llegar al

esclarecimiento de un hecho delictivo y al descubrimiento de sus autores (STSE de 26-11-99). Así las cosas, la prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia se puede obtener, ha declarado la STEDH Irlanda vs. Gran Bretaña de 18-11-78, de la coexistencia de inferencias suficientes consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas. En la STEDH Arratibel Garcandía vs España, de 5 de mayo de 2015, ratificó que la prueba puede resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes. Por lo demás, la prueba por indicios, por su circunstancialidad y carácter indirecto, no debe dejar márgenes a la equivocidad, la adivinación o la mera conjetura (STSE de 20 de diciembre de 1995).

El procedimiento judicial para valorar la prueba indiciaria se construye a partir de dos fases, que deben explicitarse –requisito formal imprescindible– [FERNÁNDEZ LÓPEZ]. La motivación ha de ser suficiente, de suerte que se debe indicar el enlace entre los hechos base o indiciantes y los hechos consecuencia, así como exponer con claridad por qué se llega a una determinada conclusión, si fuera la única posible, o por qué se escoge precisamente esa, si fueran varias las posibilidades. Si no se respeta las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos (STSE de 11-04-95).

La prueba indiciaria no es un auténtico medio de prueba –cualquiera de estos puede ser indirecto cuando tienen que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal–, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos (STSE de 13-07-96). Con tal finalidad, se erigen en un tipo de prueba, construida por requisitos propios, de necesaria concurrencia; vale por sí misma, es una prueba en sí misma, no es de aplicación subsidiaria o supletoria [ROSAS YATACO]. Para su valoración se acude a un conjunto de reglas de seguridad que permiten sostener la corrección de la conclusión judicial, que precisamente importan el cumplimiento de sus requisitos constitutivos.

El grado de apoyo de la prueba indiciaria depende, así las cosas, de dos tipos de factores: (i) el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario –que es propia de toda prueba–; y (ii) el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación –que es el problema principal de esta clase de prueba, situado en la naturaleza de la ‘regla de inferencia’– [TARUFFO]. Se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflexionarse en la sentencia (STCE 133/1995, de 25-09-95).

2. Objeto de prueba

La actividad procesal de índole probatoria recae sobre un triple objeto, a saber, los hechos, la costumbre y el derecho extranjero [GARBERÍ]. Desde luego, el objeto de la prueba más importante son los hechos –datos de hecho– o, más exactamente, las afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas, en tanto en cuanto se trata de hechos de importancia para la decisión judicial: lo relevante y lo necesario en materia fáctica.

El Derecho nacional o supranacional directamente aplicable en Perú no tiene que ser objeto de prueba, porque en el oficio del Juez está comprendido el deber de conocer aquel Derecho: *iura novit curia* [DE LA OLIVA].

Los hechos objeto de prueba pueden pertenecer al mundo exterior o ser hechos internos (dolo, error, defecto psíquico). También pueden ser hechos jurídicamente relevantes de un modo directo, como los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión procesal. Asimismo, pueden ser hechos relevantes de un modo indirecto, como los hechos-base para la presunción o para determinar el valor probatorio de otro medio de prueba [ORTELLS].

Como ya se anotó, el derecho extranjero y la costumbre, a diferencia de la norma jurídica vigente, también son objeto de prueba. Respecto del derecho extranjero no rige la regla *iura novit curia*, en el entendido de que la existencia del Derecho extranjero no se circunscribe a la vigencia y a la literalidad de un determinado precepto positivo, sino al modo en que es entendido, interpretado y aplicado. Análogamente, respecto de la costumbre, no solo debe acreditarse la realidad de una conducta repetida, sino que es preciso un convencimiento judicial acerca de la denominada *opinio iuris seu necessitatis* [DE LA OLIVA].

Atento a lo precisado inicialmente, deben aclararse los conceptos de prueba inútil y de prueba impertinente, vinculados al tema de la admisibilidad de la prueba. La primera, también denominada “prueba inconducente”, es aquella que, según la experiencia, cabe razonablemente conjeturar que no logrará el resultado apetecido, pues existe inadecuación de medio a fin. La segunda –prueba impertinente– es, en cambio, la prueba no relativa a hechos que guarden relación con el objeto del proceso, es la que no pertenece al ámbito objetivo del proceso, a lo no relevante (*quae ad obiectum non pertinent*) [DE LA OLIVA].

El artículo 155.2 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– menciona la impertinencia y la ilicitud de la prueba. El artículo 352.5,b), del CPP alude a

la pertinencia, conducencia y utilidad. El artículo 156.2 del CPP hace mención a lo imposible y lo notorio como supuestos de exclusión de actividad probatoria. Las “...pruebas prohibidas por la ley...”, a que se refiere la primera regla invocada, se circunscriben a aquellas –fuentes de prueba– obtenidas con vulneración de la legalidad (constitucional u ordinaria) que pretende incorporarse al proceso a través del correspondiente medio de prueba –de actuarse procede su inutilización al momento de su apreciación–; institución que también comprende la ilegalidad de los medios de prueba (no autorizados por la ley, y proposición y práctica fuera del marco legal) y que obliga a su no apreciación. La prueba de lo imposible –que no prueba imposible– se refiere a aquello que desdice de lo cotidiano y previsible, lo que va clamorosamente contra la ciencia.

No se prueba el hecho notorio (artículo 156.2 CPP), que es un concepto indeterminado y relativo, pues depende del lugar y del tiempo, así como del nivel cultural de las personas. Se trata, en todo caso, de hechos que, por tener a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y, en general, a las nociones que se manejan en el trato social de la gente, son conocidos y tenidos por ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media [PIETRO-CASTRO].

La notoriedad, empero, debe ser absoluta y general. Equivale a hecho tenido por cierto por toda la colectividad en cualquier lugar, general, no reducida a un hecho conocido solo entre un grupo o clase determinada [ASENCIO]. Son hechos notorios, por ejemplo, los sucesos de la naturaleza y los acontecimientos históricos, y todos aquellos hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se puede informar en fuentes confiables (enciclopedias, mapas y similares). También puede presentarse un conocimiento general semejante cuando el conocimiento está limitado a un círculo determinado de personas (v.gr.: los habitantes de una zona con respecto a la situación local). Si los hechos notorios no son evidentes, si la notoriedad no es indiscutible, debe realizarse actividad probatoria sobre ellos. El hecho notorio, como es obvio, debe ser conocido por el juez [GIMENO].

Notorios son, además, los llamados hechos notorios judiciales. Se trata de todo aquellos que el juez llegó a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial. Ante todo son notorios judicialmente los acontecimientos que han constituido el fundamento de la decisión, de forma siempre invariable, en un gran número de procedimientos penales. Son suficientes las constataciones hechas en las sentencias de otros jueces. Se requiere, como se anotó, que lo notorio sea evidente, pero podría aceptarse la prueba en contrario, presentando

circunstancias nuevas y no conocidas hasta el momento –no basta la sola negación de lo notorio– [ROXIN].

Debe diferenciarse, sin embargo, la notoriedad de la ciencia privada del juez y de las máximas de experiencia. La ciencia privada del juez hace referencia a hechos conocidos privadamente por el juez fuera del proceso. El juzgador los conoce de manera particular, por lo que su introducción en la sentencia, indebida por cierto, hace incurrir en incongruencia y vulnera la garantía de imparcialidad. Los hechos notorios, empero, son conocidos y tenidos como ciertos por una colectividad de individuos, dentro y fuera del proceso.

Las máximas de experiencia, según STEIN, “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. Son, en definitiva, reglas de la lógica, de la ciencia o de la técnica –reglas de la sana crítica–. La diferencia con los hechos notorios radica en el objeto de conocimiento: la notoriedad está referida a ‘hechos’, la máxima de experiencia está referida a ‘conceptos’, esto es, a reglas de la técnica o de la experiencia, normas no jurídicas, que auxilian al Juez en la apreciación probatoria.

3. Necesidad de prueba

Mientras en el proceso civil, informado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos controvertidos, en el proceso penal – como consecuencia de la máxima de instrucción o principio de investigación (artículos IV.2 TP, 61.1 y 2, y 321.1 CPP)– rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados (artículo 156.1 CPP). Todos los hechos que fundan una sentencia deben ser probados [VOLK]. Se trata de esclarecer la verdad, como meta del procedimiento penal, reconocido indirectamente por el artículo 385.2 CPP, por lo que, ante la inactividad de las partes, corresponde al juez esclarecer los hechos debatidos.

Debe diferenciarse, como ya se anotó, entre los hechos principales, los indicios y los hechos auxiliares. **1)** Hechos principales o fundamentales, son aquellos a través de los cuales se define un elemento del tipo (u otro elemento de la estructura del delito), esto es, aquellos que fundamentan por sí mismos la punibilidad o la excluyen. **2)** Indicios o hechos base o hechos indiciantes, son

aquellos hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante –hecho indiciado, hecho presunto o hecho consecuencia–, mediante principios de experiencia [SCHLÜCHTER] (v.gr.: X antes del asesinato amenazó de muerte a Z o después del hecho quitó manchas de sangre de su pantalón) –de los indicios se deduce un hecho principal; permiten llegar a una conclusión (hecho presunto) sobre la base de circunstancias directamente graves [ROXIN]–; su importancia solo es indirecta. 3) Hechos auxiliares, también de relevancia indirecta como los indicios, se circunscriben a consolidar la calidad de un medio de prueba (v.gr.: la veracidad o la memoria de un testigo).

Una cierta relativización del principio de necesidad de prueba está contenida en los artículos 156.3 y 350.2 CPP, que, como tal, debe interpretarse restrictivamente.

- * La primera disposición, de carácter más general pues se ubica en las disposiciones generales sobre la prueba, autoriza un acuerdo probatorio entre las partes, circunscripto a la prueba de una “circunstancia” (hechos que están alrededor del proceso y que determinan una mayor o menor intensidad de la respuesta punitiva). Si las partes así lo hacen –en el acta de la audiencia debe plasmarse el acuerdo–, tal circunstancia se valorará como hecho notorio.
- * La segunda disposición es más amplia, y se circunscribe a la etapa intermedia. Hace mención a “hechos” en general, lo que importaría obviar su actuación probatoria. También incorpora los tipos de medios de prueba necesarios para dar por probado un hecho. En ambos casos, sin embargo, el juez, motivadamente, puede denegarlos. Tal caso se producirá, por ejemplo, cuando contraría las bases epistémicas de las pruebas (prueba inidónea o inasequible), colisiona la línea de defensa material que siempre sostuvo o expresó en la audiencia preliminar, o se aparta irrazonablemente de los elementos de convicción actuados en la etapa de investigación preparatoria. Además, la desvinculación de ese acuerdo puede producirse con motivo de la actuación probatoria por el Juez Penal, cuyos resultados lo contradicen. En ese caso, desde luego, prima las bases cognitivas del proceso penal.

Debe quedar claro, a partir de lo expuesto, que existe un régimen jurídico de la prueba penal. Dos notas deben destacarse. La primera, que se ha objetivado y para lo cual constan las reglas establecidas, con mayor rigor, en el Código Procesal Penal (definición, delimitación, identificación, prohibiciones, autorizaciones,

inutilización, etcétera). La segunda, que el aspecto subjetivo valorativo se ha supeditado a las reglas de la sana crítica racional (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos), conforme a los artículos 158.1 y 393.2 del CPP [ASENCIO].

4. Clases de prueba

Existen, por lo menos, cuatro perspectivas clasificatorias de la prueba penal [HUERTA MARÍN].

- a Prueba directa y prueba indirecta. Se diferencia en función a dos consideraciones:
 - i. En función de la relación que existe entre el órgano judicial y la fuente de prueba –según exista coincidencia o divergencia entre el hecho a probar y el hecho percibido–. La prueba será directa cuando no existe un elemento interpuesto entre el juez y la fuente de prueba (reconocimiento judicial), mientras la prueba indirecta se produce cuando se da la relación mediata, por la existencia de un ente intermediario entre juez y la fuente de prueba (los demás medios de prueba).
 - ii. En función al objeto sobre el que recae la prueba –según el modo o la manera como el objeto de la prueba sirve para demostrar el hecho que quiere probarse–. Será directa cuando se practica un medio de prueba dirigido a acreditar el supuesto de hecho del precepto legal cuya aplicación se solicita, mientras que la prueba indirecta (o indiciaria) irá dirigida a la prueba de hechos (indicios) a partir de los cuales puede inferirse la existencia del hecho principal (hecho presunto).
- b Prueba personal y prueba real. Toma como diferencia a la naturaleza de la fuente de prueba, que puede ser personal (pruebas testifical, pericial, confesión, careo) y real (prueba documental).
- c Prueba preconstituida y prueba causal. Está en función al momento en que se configura la prueba. Será preconstituida cuando la misma queda configurada con carácter previo al proceso, mientras que la prueba causal se perfila y forma una vez iniciado el proceso.
- d Prueba plena y prueba semiplena. Toma como referencia el grado de convicción obtenido por el órgano jurisdiccional. Será plena cuando

la ley exige el pleno convencimiento del juez, mientras que la prueba semiplena solo exige una mera probabilidad o la verosimilitud del hecho objeto de prueba.

Cabe insistir, a partir de lo expuesto en el párrafo segundo, que solo tras la prueba y su valoración pueden, de ordinario, fijarse como ciertos unos hechos en virtud de presunciones o prueba por indicios. Solo existe innecesidad o dispensa de la prueba en el caso de los hechos notorios (siempre, relativamente, en este último caso). No hay hechos presuntos eficaces hasta después de la prueba. Para el juego del mecanismo de la deducción del hecho presunto resulta necesario, en la misma forma que para la fijación de otros hechos, la prueba del hecho indicio. Las presunciones exigen, en general, la prueba de los hechos base o indicios [DE LA OLIVA].

5. La presunción judicial o la prueba por indicios – Aspectos generales

Nuestro Código Procesal Penal regula la prueba por indicios en la Sección Segunda, La Prueba, del Título Primero, Preceptos Generales, del Libro Segundo, La actividad procesal. El artículo 158 CPP, bajo el *nomen iuris*: ‘Valoración’, incluye, primero, el sistema de valoración de la prueba –sana crítica racional: artículo 393.2 CPP–; segundo, una medida o máxima de seguridad en materia de testimonios de escasa credibilidad; y, tercero, una regulación sobre la construcción de la prueba por indicios, que “...fija pautas o reglas de naturaleza interna y de forma” [ORTELLS].

Dice el artículo 158.3 CPP: “La prueba por indicios requiere: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes; y, d) que no se presenten contraindicios consistentes”. Éste dispositivo no es un concepto legal de prueba por indicios – que es un complejo constituido por varios elementos (STSE de 11-3-1991)–, sino un enunciado de sus diversos requisitos: prueba del indicio y su pluralidad, un determinado razonamiento –de carácter deductivo– y la plasmación de tal proceso deductivo en la sentencia [ASENCIO].

La indispensabilidad para afirmar la necesidad de la prueba por indicios descansa en la exigencia social de evitar la impunidad (STSE de 6-6-2001). Su validez se encuentra en el “principio de normalidad”, esto es, reglas de la vida que se obtienen mediante la generalización de casos concretos que tienden a repetirla [PASTOR]; o, mejor dicho, según el cual, en el acontecer de las fuerzas de la naturaleza, incluidas las actividades humanas, existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos [SERRA].

Por lo demás, la prueba por indicios es la más frecuentemente utilizada en el proceso penal –fuera de los casos de aprehensión en flagrante delito o, en otros, en los que pueda probarse el enunciado fáctico por prueba directa (muy pocos, en realidad)– [FENECH]. Su eficacia para enervar la presunción de inocencia ha sido afirmada por tribunales internacionales, así por ejemplo la STEDH Tahsin, de 8-4-2004, que afirmó: “*la norma requerida a los fines de la Convención de la prueba ‘más allá de toda duda razonable’, podrá seguir de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas...*”; y, las Sentencias de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, casos Delalic (20-2-2001) y Kamuhanda (22-1-2002) [CORDÓN].

Los indicios tiene una larga historia y si bien en el derecho romano no se encuentra una doctrina elaborada de ellos, aunque su uso está atestado de los mismos, en el derecho canónico, de la Iglesia, que le dio mucha importancia por su sistema de pruebas legales, es donde se estructuró la dogmática de los mismos [MANZINI]. Indicio, como dice MOMMSEN, está referido especialmente a los términos *argumentum* o *signum*, que designaban la posibilidad de una convicción judicial aun sin testimonios u otras pruebas directas (según el DLE, indicio es la acción o señal que da a conocer lo oculto, o según el latín “*index*”, que significa indicación). Se le ha descrito a partir de una noción más amplia como “presunción”. Ésta, como apunta COVIELLO, es la inducción de la existencia de un hecho desconocido de la existencia de otro hecho conocido, sobre el presupuesto de que tiene que ser verdadero para el caso concreto lo que ordinariamente suele ser verdadero para la mayor parte de los casos en que ese hecho entra [LEONE]. La *praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis* –propio del indicio– se da, precisamente, cuando la inferencia la hace el juez, constituyendo, por tanto, una operación mental del juez [LEONE], a partir de la existencia de un nexo lógico entre un hecho conocido –plenamente acreditado– y el hecho desconocido (hecho presunto).

Es menester acotar que la institución de la prueba por indicios no está regulada en el Título II de la Sección II del Libro I del CPP, sobre medios de prueba. Legislativamente, por tanto, se rechaza que la prueba por indicios esté configurada como un medio de prueba adicional. Más bien se encuentra entre los sistemas o mecanismos para la fijación de los hechos, ciertamente relacionados con la prueba, pero distintos de ella [DE LA OLIVA]. Por tanto, no hay proposición, ni práctica de esta prueba. Hay construcción y utilización de razonamiento presuncional en la sentencia, siempre que concurran las condiciones legales para ello. Es un método probatorio [GÓMEZ COLOMER].

La prueba por indicios forma parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual (técnica de prueba), por lo que es propio de la fase de valoración de la prueba [GIMENO]. Es un método de prueba judicial [GÓMEZ COLOMER], de aplicación general a cualquier tipo de delitos, especialmente los de clandestinidad o de organización delictiva. No es más que un esquema de razonamiento que cabe utilizar a propósito de cualquier medio de prueba. Los indicios no surgen de medios de prueba distintos a los conocidos, sino que provienen de ellos, de cualquier elemento de prueba que apunte, describa o ayude a descubrir el hecho investigado [CHAIA].

La presunción judicial o *ab hominis*, que es sinónimo de prueba por indicios –que, en todo caso, es su máxima expresión [LEONE], según afirmara BENTHAM–, puede definirse como las “operaciones intelectuales, consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado –la regla de enlace o conexión la establece el juez– (es un juicio crítico, basado en la lógica, la ciencia o la experiencia), que consisten en tener como cierto un hecho –el hecho presunto o el hecho indicado o el hecho consecuencia– a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho –el hecho indiciante o el hecho base o el hecho indicio–” [DE LA OLIVA]. Se trata de un proceso deductivo, de suerte que las inferencias acerca de la veracidad de un enunciado fáctico se obtienen tomando otro hecho como premisa [TARUFFO]. Su fundamento se encuentra en un juicio de probabilidad cualificada, en cuya virtud se permite pasar de un hecho indicio A al hecho presunto B, porque es altísimamente probable, según distintas máximas de experiencia –reglas empíricas de acierto frecuentemente comprobado– a, que, dándose A, se dé B [DE LA OLIVA].

El indicio es, pues, un elemento de hecho distinto al mencionado en el tipo penal –al supuesto fáctico de la disposición legal–, pero que puede revelarlo o indicar aspectos sobre él –no tiene naturaleza subjetiva [ASENCIO]–. Es, propiamente, una circunstancia de hecho cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar [MANZINI]. Quien pretende echar mano a los indicios en la comprobación judicial de un hecho, debe reunir e interpretar diversas circunstancias y elementos para luego relacionarlos entre sí a propósito de determinar lo sucedido [CHAIA]. El enlace o inferencia –la presunción–, debe ser preciso y directo, según las reglas de la sana crítica: reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. El hecho presunto vale como cierto, salvo prueba en contrario –entre ella, la existencia de un contraindicio consistente–.

La prueba por indicios, entonces, es una forma esquemática de exponer el razonamiento propio de la lógica formal. Se expresa a través de la descripción del presente silogismo: **1. Hecho base o indicio (premisa menor) –punto de apoyo**

de toda presunción, de carácter indirecto y sobre el que se asienta el resto de los demás elementos-. **2.** Reglas de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos (premisa mayor). **3.** Hecho presunto o presumido (conclusión) –consecuencia que se deduce del hecho básico– [NIEVA]. La premisa menor, es una comprobación de un hecho concreto; la premisa mayor, es la problemática y ha de estar fundada en la experiencia o en el sentido común; y, la conclusión –hecho presumido–, sacada de la referencia de la premisa menor (hecho concreto y cierto) a la premisa mayor (abstracta y problemática) –a lo abstracto se une lo concreto– [MANZINI].

La función indicativa de la prueba por indicios se inicia con uno o más hechos comprobados y desde allí, mediante diversos razonamientos, resulta posible demostrar otros hechos, o bien fijar el hecho principal que hasta ese momento era desconocido [CHAIA]. El resultado de esta prueba, aplicada con diligencia, no es inferior al de la prueba directa [CARNELUTTI]. Es, como ya se anotó líneas arriba, una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedarían impunes innumerables delitos. Ahora bien, las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escritura, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etcétera, han acrecentado enormemente la importancia y el empleo práctico de la prueba por indicios [DEVIS].

El artículo 158.3 CPP, a final de cuentas, se orienta a imponer estándares racionales en la estimación del valor probatorio de la prueba por indicios, aunque finalmente las garantías necesarias de equidad y fiabilidad deben fundarse en la racionalidad de las inferencias formuladas por el juez. Cuando las inferencias son fiables, la prueba por indicios puede tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas [TARUFFO].

6. Reglas de la prueba por indicios

1. En las presunciones judiciales o prueba por indicios, corresponde establecer (reglas internas):

Que el hecho indicio esté acreditado, que sea considerado cierto, en virtud de prueba –es el requisito primordial de la prueba indiciaria: certeza de la circunstancia indiciante–. No debe ser un dato meramente hipotético, sino conocido a través de la prueba –en esta perspectiva la afirmación del hecho indicio se erige en un objeto de prueba [PARRA], y solo acreditado el mismo,

constituirá un elemento de prueba—. La acreditación del indicio lo ha de ser de acuerdo con los principios y garantías de aplicación a la prueba en el proceso penal [Asencio], con pleno respeto de la garantía de presunción de inocencia. En este sentido, pero solo en éste, el indicio acreditado conceptualmente no es otra cosa que lo que modernamente se considera “elemento de prueba”, a partir del cual, mediante un razonamiento lógico, se infiere otro hecho desconocido [JAUCHEN].

Los indicios, además de ciertos, deben tener una relación lógica con el hecho a probar – de ahí que sea significativo que los hechos indicios deben estar alrededor del hecho presunto “*circum stare*”–. La razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido objeto del proceso penal [DEVIS]. El indicio es un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro [PARRA].

Asimismo, los indicios han de ser **(i)** plurales (o excepcionalmente únicos: cuando el hecho típico pueda ser directamente relacionado con el indicio –“unívoco”–, pues lo general un solo indicio solo puede sostener a lo sumo una mera sospecha [JAUCHEN]), de modo que cuantos más sean los indicios (naturalmente, ciertos y graves), más fácil es el juicio de probabilidad –su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-causa [SERRA]–; **(ii)** concomitantes al hecho inferido (hechos no desconectados con el hecho delictivo y su agente, periféricos con el hecho nuclear a probar, relacionados con él), e **(iii)** interrelacionados, de suerte que concurren y se refuerzan mutuamente señalando una misma dirección, no deben estar en contraste entre sí y entre ellos deben haber una coordinación lógica –no solo se trata de una suma o adición de indicios, sino también de esta imbricación (STSE de 22-6-1998)–. Se trata, en última instancia, de que concorra una cadena de indicios que confluyan en el mismo resultado [ASENCIO].

Los indicios, en este último nivel, exigen que se valoren en su conjunto, y no aisladamente (“*quae singula nom probat, simul unita probant*”: las cosas que singularmente consideradas no prueban, prueban reunidas [MANZINI] (SCCItalia de 10-2-1941). La valoración individual solo se justifica para reconocer las notas de certidumbre del mismo y, en lo posible, de su gravedad –mayor proximidad con el hecho indicado y más próximo a la acción criminosa– [LEONE]. El indicio se caracteriza por su valor probabilístico, así que el resultado final, que excluye la posibilidad de una solución diferente, se puede llegar sólo por una pluralidad de indicios que sean fuertes, precisos y concordantes [SFERLAZZA].

El indicio es el elemento inicial de que parte la presunción [SERRA]. Por lo demás, no debe confundirse el indicio con los medios de prueba que sirven para su comprobación, ni tampoco con la fuente de donde proviene [MANZINI]. Finalmente, es de reconocer que de un indicio puede descender otro indicio –casos de indicios mediatos–, aunque es de observar la máxima cautela a fin de evitar que la reconstrucción de un hecho pase a través de una cadena tal de indicios, que haga perder al proceso de inferencia su máxima capacidad de aproximación a la verdad [LEONE]. Es claro que lo que el indicio muestra no es lo que, en definitiva, se quiere probar, sino un paso intermedio [PÉREZ-CRUZ].

2. Que, en cuanto al razonamiento deductivo, debe existir un enlace, que aúne el indicio al hecho presunto o necesitado de probar, preciso y directo –nexo o enlace causal–, según las reglas de la sana crítica: *principios de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia* –o del “criterio humano” (STCE 45/1987, de 9-4-1987)–.

Ese enlace no ha de consistir en otra cosa que en la conexión o coherencia y congruencia entre ambos hechos (el base y presumido), de suerte que el conocimiento de unos nos lleve, como consecuencia lógica o recta razón, al de otro (STSE de 2-4-1996). La presunción, en cuanto inferencia teórica, se funda en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, a partir del cual lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera [AGUILÓ], se ha de sustentar en razones serias y estables [PARRA]. Si el hecho indicio no está probado la inferencia será una mera conjetura, no una presunción en estricto sentido.

Solo así cabe fundar un juicio de probabilidad cualificada de que, dado el hecho indicio, se ha producido también el hecho presunto (eliminación de las conexiones asentadas en ambigüedades o equivocidades, y el rechazo de cualquier conexión basada en rodeos o circunloquios mixtificadores de la realidad). Comprobada, pues, la circunstancia indiciante, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor, en la que esté ya contenida en abstracto la conclusión que en concreto se busca [MANZINI]. En realidad este nexo lógico entre los dos hechos, indicio y hecho presumido, es la presunción [GÓMEZ COLOMER].

La prueba por indicios requiere de un proceso de inferencia que aúne el hecho base con el hecho presunto, el cual ha de ser fruto de una inferencia lógica –el proceso deductivo ha de ser coherente, no arbitrario, irracional o absurdo– [PÉREZ-CRUZ].

El principio de normalidad –tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos– se encuentra relacionado con el principio de causalidad, que determina que unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos, cuya justificación reside en la existencia de unas leyes más o menos inmutables. En consecuencia, si normalmente un determinado efecto está precedido de una específica causa, de probarse positivamente aquél, se entenderá también probada positivamente ésta. Luego, si el efecto puede ser provocado por causas distintas, la causa específica, productora del efecto probado, sólo se tendrá por probada en virtud del principio de oportunidad, según el cual, dadas unas determinadas circunstancias se puede excluir ‘normalmente’ la presencia de un cierto número de causas, por lo que la investigación queda reducida a una sola causa, que podrá considerarse como la única productora del efecto [SERRA].

3. El hecho presunto, o afirmación presumida (hecho-consecuencia o hecho indiciado) compone la conclusión a partir del indicio o hecho-base y, como tal, constituye, en sentido propio, la afirmación que se desprende de la prueba por indicios [CORDON]. Ésta se corresponde con el hecho descripto en el tipo legal.
4. Inexistencia de prueba en contrario del hecho indicio o del hecho presunto o presumido, así como ausencia de una regla que niegue el “enlace preciso y directo”, del fundamento del juicio de probabilidad cualificada [DE LA OLIVA] –ello se debe a que la persuasión judicial obtenida a través de la técnica presuntiva no puede estar sujeta a límites–. La prueba por indicios debe ser valorada al amparo de la sana crítica racional de manera conjunta; caso contrario, se obtendrá una visión fragmentada, parcial y poco esclarecedora de los hechos [CHAIA].

La sentencia que aplique la prueba por indicios, como regla de forma, debe incluir el razonamiento en virtud del cual el juez ha establecido la presunción. Se trata de una regla de carácter general propio de todo proceso de valoración de la prueba, establecida por el artículo 394.2 del CPP: “*La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos [...], y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique*” –ésta es de naturaleza inductiva–. Los hechos-base o indicios deben mencionarse con las notas de su acreditación –debe justificarse el concreto medio de prueba por el que se ha declarado probado y su carácter inculpatario (STCE 229/1988, de 1-12-1988)–, y de que servirán de fundamento a la deducción, presunción o inferencia –debe explicar la conexión existente entre los indicios y el delito que se considera demostrado–; y, aun cuando sucinta escueta, debe hacerse explícito el referido razonamiento presuntivo, o sea

el camino por el que, partiendo de los indicios acreditados por la prueba, llega a la conclusión –la arbitrariedad y la incoherencia son contrarios al razonamiento indiciario (STSE de 8-3-1994) [PASTOR]; y, como es posible que los indicios probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos, el juez debe dar cuenta de todas ellas y razonar por qué elige la que estime como conveniente [PÉREZ-CRUZ].

Un interesante desarrollo tanto de la prueba por indicios, cuanto de lo específicamente se requiere para el delito de lavado de activos, se encuentra en la Ejecutoria Suprema RN. N.º 2868-2014/Lima, de 27-12-2016. En ella no solo se analiza los alcances del tipo legal de lavado de activos, sino también los alcances de la prueba por indicios, con especial referencia al delito en mención. La necesidad de la apreciación conjunta de los indicios está desarrollada, por ejemplo, en las Sentencias de Casación del Tribunal Superior de Córdoba (Argentina) de 10-2-2006 y 17-2-2008, así como en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso “Martínez Saturnino”, de 7-6-1988.

7. La prueba en contrario – el contraindicio

Los indicios deben estar plenamente probados. Esta es la regla, que a su vez afirma que la inferencia ha de ser la correcta. El imputado o el tercero civil pueden cuestionar su eficacia probatoria, lo que es una consecuencia ordinaria del mecanismo general de la prueba. A este mecanismo probatorio se denomina “prueba en contrario”, que se subdivide en contraprueba y prueba de lo contrario. La primera está dirigida a desvirtuar un indicio, y la segunda persigue destruir una presunción ya formada [SERRA]. En estos términos se ha pronunciado la Sentencia Casatoria número 628- 2015/Lima, de 5-5-2016.

La contraprueba, como tal, persigue crear la duda del juez sobre la realidad de determinado indicio. Apunta a cuestionar la aparente solidez del indicio, (i) bien probando que el hecho indiciario no ha tenido existencia, (ii) bien procurando acreditar que no ha quedado suficiente probado, (iii) bien probando la realidad de otro hecho incompatible con el indicio, (iv) bien planteando alguna otra posibilidad fáctica que ponga en duda la realidad del hecho indiciario.

Dentro de la contraprueba se distingue: 1. Contraprueba directa: busca refutar inmediatamente el hecho indiciario, cuestionando su eficacia probatoria. 2. Contraprueba indirecta: busca la prueba directa de otros hechos que, por su incompatibilidad con el indicio o los indicios sobre los que se asienta la presunción, hace decaer la fuerza probatoria de éstos –a ésta se le denomina

contraindicios—. En sede penal, la coartada fallida se convierte en un indicio de cargo, no definitivo.

Establecido el indicio y con la guía de las reglas de la sana crítica es posible llegar a la plena probanza del hecho presunto. Para que esto se cumpla, sin embargo, se requiere pasar por dos filtros que pueden obstaculizarla: **1.** Prueba de lo contrario. **2.** Exclusión judicial de otras posibles conclusiones presuntivas [CLIMENT].

Prueba de lo contrario: Trata de desvirtuar el hecho presunto que se ha obtenido tras la probanza de los hechos indicio. Concurrencia de una prueba que desvirtúa o hace ineficaz la presunción. Busca desvirtuar el hecho presunto, sea a través de prueba directa o prueba por indicios. Puede probar que el hecho presunto no existe u otro hecho incompatible con el hecho presunto.

Exclusión judicial de otras posibles conclusiones presuntivas. Todo hecho, considerado en sí mismo y fuera de su contexto, de las circunstancias que lo rodean, es ambiguo o equívoco. Los indicios, como hechos que son, son polisémicos o equívocos. Todo depende de la intensidad probatoria de cada indicio: alta o baja; cuando es la primera el nivel de equivocidad es menor (se distinguen entre indicios débiles o indicios fuertes, según su valor indiciario). Por regla, la suma de indicios débiles no será suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera (STSE de 5-3-2004). Deben analizarse todas las hipótesis presuntivas. La hipótesis presuntiva acusatoria debe informarse, es decir, compararse con las otras conclusiones posibles y hallar su grado de resistencia [MUÑOZ SABATÉ].

Puede afirmarse, en conclusión, que en la valoración indiciaria, frente a la multiplicidad de los indicios, el juez tiene que proceder, en primer lugar, al examen analítico de cada uno de ellos, calificándose las señas individuales de precisión y fortaleza; y, en segundo lugar, a la síntesis final, conectando todos los indicios a una sola hipótesis de hecho y colocándolos armónicamente en un contexto único, del cual se pueda inferir lógicamente, bajo reglas de experiencia consolidadas y confiables, la existencia del hecho incierto —el objeto de acusación y enjuiciamiento— [SFERLAZZA]. El razonamiento indiciario parte de dos conceptos fundamentales; por un lado, la inferencia probatoria, en cuanto proceso u operación mental que tiene como fin buscar la conexión entre el hecho indiciante y el hecho indiciado; y, por otro lado, el método de análisis —con el uso correcto de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y el método científico del campo de la ciencia que sirva de auxilio—, que incluye la evaluación del peso y fuerza probatoria de los medios de prueba disponibles. La inferencia se basa en el conjunto de medios

probatorios, que deben articularse y completarse entre sí, de tal manera que la fuerza de ellos debe estar apoyada en los elementos de credibilidad y relevancia de la prueba [RIVERA MORALES].

8. El control impugnativo de la prueba por indicios

La concurrencia de las reglas internas y de forma se controla impugnativamente a través de los recursos de apelación y de casación. Desde la garantía de motivación, en concurrencia con la garantía de presunción de inocencia, se exigirá que en la sentencia se expresen, de un lado, cuáles son los indicios que se estiman acreditados –y cómo–, los que servirán de fundamento a la inferencia; y, de otro lado, las razones a través de las cuales se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la intervención en él del acusado, desde su pluralidad, concomitancia e interrelación [CALDERÓN/CHOCLÁN].

El control impugnativo, en este ámbito, tiene dos límites. El primero se refiere al principio de inmediación y se conecta en la propia declaración de hechos probados si estos se establecieron mediante prueba personal –salvo aquello que escapa a la inmediación entre el juez y el aporte informativo del órgano de prueba–. El segundo se circunscribe al peso de los indicios en relación con las pruebas de cargo, pues no es posible sustituir el criterio valorativo del juez sentenciador por el de la Corte Suprema, y mucho menos por el del recurrente; la relación en orden el peso de una testifical de descargo o la propia declaración del imputado es una cuestión vinculada a la inmediación y, por ende, excluidas de las potestades de la Sala de Casación [PÉREZ-CRUZ].

Desde la misma garantía de motivación, en relación con la logicidad de la misma, se examinará su estricto acomodo con las máximas o reglas lógicas, científicas o de experiencia. Que el enlace sea preciso y directo. Que la inferencia sea razonable y concluyente; es decir, que no sea excesivamente a vierta (STCE 124/2001, de 4-6-2001).

9. Tipología de indicios

Más allá de que se destaca el papel de la tipología de los indicios, se trata de una pura actividad del juez [GÓMEZ COLOMER]. El número de indicios es prácticamente es ilimitado y ninguna clasificación puede comprenderlos totalmente [DEVIS], ello consecuencia de su distinta naturaleza u origen [JAUCHEN]. No obstante ello, en la jurisprudencia nacional – bajo el convencimiento de que conservan cierta utilidad práctica–, junto a (i) los indicios graves o fuertes y los

indicios leves, en función a la mayor o menor cercanía material con los hechos –será grave si entre el hecho indicio y el hecho presunto o hecho aprobar existe una relación lógica inmediata [PARRA], o a (ii) los indicios referidos a la intensidad de su conexión (próximos, que guardan una relación clara y directa con el delito, y remotos, que son meras posibilidades, alejadas del hecho-base, que indican hechos fácilmente engañosos), así como a (iii) los indicios vinculados a su relación temporal con el delito (anteriores –hechos que por lo general sirven de preparación al delito–, concomitantes –hechos que se producen en el mismo lapso temporal de la ejecución material del delito–, y posteriores –hechos que ocurren tras el delito–); se ha impuesto (iv) un listado de indicios muy variado. Así:

- a Indicios de capacidad delictiva: aptitud física o síquica del agente para cometer el delito.
- b Indicios de capacidad moral: propensión del reo al delito.
- c Indicios de oportunidad: momento concreto, lugar, coparticipación.
- d Indicios de móvil delictivo: odio, animosidad, peleas previas, diferencias.
- e Indicios de mala justificación: afirmación de coartadas falsas ante circunstancias incriminatorias.
- f Indicios de fuga: el imputado huye, inexplicablemente, del lugar de los hechos en el momento en que se realizó el delito.
- g Indicios de corrupción o soborno: se ofrece un soborno al funcionario encargado de la persecución penal.
- h Indicios de modus operandi: reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en concretos lugares, por parte de uno o varios sujetos, pueda dar lugar a que la acreditación de la participación de todos o alguno de ellos en uno de los delitos, sirva de indicio de autoría para los restantes.
- i Indicios de cambio de situación económica: el incremento injustificado de patrimonio, útil para los casos de enriquecimiento ilícito, lavado tributario o delito tributario [GARCÍA CAVERO].

10. Algunos indicios – Casuística judicial

La regla, en el caso del silencio del acusado, es que como se trata de la garantía de defensa procesal, su ejercicio no puede acarrear significado alguno y menos aún negativo o perjudicial para quien lo ejerce (ATCE 43/1996, de 26 de

febrero). Empero, como dejó sentado la Sentencia Murray STEDH de 8-2-1997, cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación del imputado acerca de los hechos, no hacerlo importaría un indicio de cargo complementario, que reforzaría los indicios de cargo y la regla presuncional respectiva –afirma la racionalidad del juicio de inferencia [STSE de 21-4- 2009]–.

La coartada improbadada o la coartada incoherente, existiendo prueba suficiente del hecho delictivo y de la intervención del imputado en su comisión (con prueba directa o por indicios), no solamente no desvirtúa sino que refuerza la convicción racionalmente deducida de las pruebas practicadas (STSE de 17-11-2000). Pero, tal coartada, en sí misma, no se erige en indicio de cargo, indicio de verdad de la imputación (STCE 229/1988, de 1 de febrero), pero puede servir en elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (STCE 111/2008, de 22 de septiembre). No obstante ello, es de enfatizar que el indicio, como se sabe, es un hecho normalmente positivo (huellas, objetos en poder del acusado, etcétera) que sirve para probar directamente la autoría del delito, la coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional falto de base causal al menos por sí solo [ASENCIO].

En los casos de convivencia conyugal o de relación de afectividad con el tenedor de la droga o persona dedicada al tráfico de drogas no es suficiente, sin adición alguna (presencia de otras pruebas o indicios aclaratorios), de coautoría o complicidad –no se admite una presunción ilícita *in malam partem* de autoría del delito; el uno no es garante que el otro no cometa delito–. Solo si se advierte la realización de actos independientes, como acompañar al cónyuge a las reuniones de organización del tráfico de drogas, preparar los sobres de drogas, etc. El conocimiento de uno de la actividad delictiva del otro no es activa participación en el delito (STSE de 18-6-2010).

En los casos de posesión de los objetos sustraídos no es suficiente la sola posesión de los mismos para imputar un robo. Se requiere del factor temporal y espacial. Si, por ejemplo, se interviene al imputado por el lugar de los hechos y en poder de los bienes sustraídos, la inferencia de autoría del robo es consistente (STSE de 13-7-1999).

La prueba del hecho interno o subjetivo se advierte de la conducta externa realizada por el agente. Salvo la confesión, se acreditan mediante la presunción. Se toman como referencia los datos objetivos que consten en la causa (STSE de 27-10-1986). Se establecen a partir de la forma exterior del comportamiento y sus

circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en las reglas de la sana crítica (STSE de 20-7-1990).

En el delito de tráfico ilícito de drogas, el elemento tendencial del destino al tráfico ilícito de drogas debe acreditarse mediante prueba por indicios. Es relevante, al respecto, la cantidad y calidad de droga ocupada, unida a su pureza y al nivel económico del tenedor, así como a las circunstancias de su intervención. Los datos objetivos que se toman en consideración son el lugar de ocultación de la droga, la pluralidad de drogas ocupadas, la existencia de material o instrumentos adecuada para su elaboración o distribución, la aprehensión de cantidades de dinero en metálico en cuantía inusual, la diversidad de bienes hallados en el predio del imputado incompatibles con su situación económica, etc.

En el delito de estafa contractual, respecto de negocios civiles o mercantiles, se tiene que el contrato se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude, aun cuando formalmente correcto. En estos casos define la estafa la intención inicial, o antecedente, de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo (STSE de 17-1-1999). En tales supuestos se requiere de un juicio de inferencia, de una presunción. En unos casos, el propósito defraudatorio se deduce “*a posteriori*” de la falta de medios existentes o de la conducta observada por el reo en la fase de ejecución en la que aparece un incumplimiento total o casi total del acusado (STSE de 19-5-2008); y, en otros, el indicio se sitúa en hechos iniciales de la operación fraudulenta —se estafó a la compañía de seguros acompañando un documento de reparación inconsistente y por un monto desproporcionado—.

La habitualidad en el delito de receptación. Se demuestra en virtud de la cantidad de bienes de procedencia ilícita ocupados, la variedad de los mismos y su pertenencia a una multiplicidad de personas, así como las fechas de los delitos- fuente y las fechas de los actos de receptación (STSE de 24-1-1997).

III. EL SILENCIO DEL IMPUTADO

1. **Ámbito constitucional del derecho**

Un derecho instrumental que integra el contenido esencial de la garantía de defensa procesal es el derecho de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, que incluye, por cierto, el derecho al silencio: no declarar o no contestar

las preguntas que se le formulen, así como las respuestas de ausencia de recuerdo sobre lo atribuido. Esta postura de pasividad constituye, sin duda, el ejercicio de un derecho fundamental, noción de la que deben extraerse las consecuencias necesarias en sede jurisdiccional: no debe producirle ningún perjuicio. La condena no puede descansar en el grado de colaboración del acusado con el objeto de imputación (STSE de 24-07-09).

Está reconocido que el derecho a guardar silencio, en concreto, su vulneración, solo puede ser examinada en relación con las consecuencias negativas que hayan podido extraerse del mismo. De inicio debe decirse que tal vulneración de esta garantía constitucionalizada será evidente si la condena se sustenta en la valoración *contra reo* de la negativa a prestar declaración, lo que implica una lesión a la presunción de inocencia –la no declaración no puede implicar una inversión de la carga de la prueba–. Por lo demás, toda vulneración de este derecho instrumental está asociada a una regla de exclusión y la prohibición de valorar los efectos reflejos.

2. Valoración del silencio

El problema, sin embargo, no es tan simple. El TEDH en las sentencias Murray de 08-06-96 (§ 47: es incompatible basar una condena solo o principalmente en el silencio del acusado o su negativa a contestar) y Condrom de 02-05-00 (el derecho a guardar silencio se encuentra en el núcleo del concepto de un juicio justo, pero no es un derecho absoluto, y si bien no se puede basar una condena exclusiva o esencialmente en el silencio, sí cabe tomarlo en consideración cuando se está frente a situaciones que claramente demandan de él una explicación) permitió la valoración del silencio del imputado como un elemento de corroboración, siempre que existan pruebas objetivas de cargo consistentes y suficientes. Se utiliza, llanamente, como un indicio de corroboración, complementario, para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo (STED Landrome de 02-05-00). En esos casos el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación del imputado respecto de los hechos atribuidos, cuyo silencio puede tomarse como ratificadorio del contenido incriminatorio de las pruebas acopiadas, salvo que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria.

La valoración del silencio, entonces, no importaría un vacío probatorio, lesivo a la presunción de inocencia, pues el sustento de una condena estaría en las otras pruebas de cargo suficientes. Lo que interesa, en todo caso, haya silencio del

imputado o una explicación inverosímil, es que con independencia de estas existan pruebas de cargo suficiente con entidad para enervar la presunción de inocencia.

Aquí se mantiene el test de la explicación [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA], en cuya virtud se permite valorar, negativamente, el silencio del imputado –incluso su declaración inverosímil– cuando las circunstancias demandan del imputado una explicación. El problema neurálgico, empero, no es tanto calificar de “indicio” el silencio o la explicación inverosímil –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en estricto sentido, no ha calificado el silencio como ‘indicio’–, pues tal posición o declaración no aporta nada a la prueba de los hechos, que deben establecerse independientemente de la posición –ausente o negativamente inverosímil– del imputado. Con mayor exactitud, podrá decirse que una explicación razonable del acusado, en todo caso, puede mermar la eficacia demostrativa de los indicios existentes disminuyendo el rigor lógico de la deducción alternativa menos beneficiosa; la ausencia de toda explicación dejaría intacto el rigor lógico que tuviera en caso una deducción inculpativa, pero no suple la razonabilidad de lo que los indicios por sí mismos no permiten deducir (STED de 16-03-04). En consecuencia, probada una conexión espacio temporal directa del acusado con el delito, la inferencia lógica es que la participación del mismo, si este permanece en silencio, el cual no permite desvirtuar dicha inferencia inculpativa (STSE de 21-04-09) [PASTOR ALCOY].

3. La versión del imputado

Como se sabe, los contraindicios consisten en una coartada que se evidencia mediante otros medios probatorios, ser falsa. Por tanto, cuando se demuestra que la coartada del acusado es falsa o, en todo caso, es absolutamente imposible física o materialmente o es inverosímil, se está técnicamente ante una fuente de prueba presuntiva. Si bien esas coartadas o contraindicios, por sí solas no justifican una condena, constituyen un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Las coartadas fallidas en modo alguno se erigen en indicio de verdad de la imputación. La versión que de los hechos ofrece el acusado solo constituye un dato que el juzgador ha de tener en cuenta, no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo. Lo que hace es excluir la admisión de la tesis alternativa que podría aportar dudas a la imputación o servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad.

IV. DECLARACIONES SUMARIALES Y PLENARIALES CONTRADICTORIAS

En principio, son pruebas hábiles y auténticas las producidas en el plenario. Rigen allí las garantías del contradictorio e igualdad de armas, y los principios de intermediación, concentración, oralidad y publicidad. Las declaraciones sumariales, son actos de investigación, solo preparan el juicio, no fijan definitivamente los hechos, aportan información a la acusación y a la defensa.

Empero, como se anota en la Ejecutoria Suprema n.º 3044-2004/ Lima, de 01-12-04, no se puede negar eficacia probatoria a las declaraciones sumariales, bajo la denominación de ‘declaraciones documentadas de un testigo’, aun cuando como principio se entiende que las declaraciones plenariales traslucen, como consecuencia de la vigencia efectiva de los principios del juicio oral, mayor verosimilitud y fidelidad. Dos requisitos son necesarios para su valoración y posible reemplazo respecto de la declaración plenarial de la misma persona. **A.** Que se haya practicado en sede sumarial con todas las formalidades que la ley estipula para ese acto. Las declaraciones preliminares o sumariales –sede investigativa– requieren que se garantice el contradictorio en su actuación, siempre que sea factible (STEDH Artner, de 20-09-93), para lo que es vital el previo conocimiento de las actuaciones (STSE de 18-03-97); se debe respetar el derecho de defensa del acusado, en concreto, la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada del imputado (SSTCE 344/2006, de 11 de diciembre, y 187/2003, de 27 de octubre). **B.** Que esa declaración haya sido sometida a contradicción en el plenario [las originales declaraciones han de haber sido introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral]. De ese modo se somete a contraste su contenido y se depuran las discordancias para obtener de manera directa una conclusión válida sobre la veracidad de unas y otras.

Es evidente, por lo demás, que asumir una u otra declaración es una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba; y, como tal, el Tribunal puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total o parcialmente, asumiendo, en su caso, las precedentes al juicio en función a su mayor fiabilidad (STSE 27-10-05). Pero tal asunción debe fundamentarse debidamente, explicar y argumentar las razones, que lo han llevado a considerarlo verosímil y fiable. Es de tener en cuenta que para apoyarse en una versión distinta de la prestada en sede del plenario ha de invocarse hechos o indicios externos o periféricos a tal declaración que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia

del principio de inmediación, se prestó en el juicio oral. Igual sucede con la declaración extrajudicial [CALDERÓN/ CHOCLÁN].

Las declaraciones constituyen un elemento de juicio que el Tribunal debe examinar, ponderar y valorar en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. La presencia del testigo aporta no solo una declaración, coincidente o no con la sumarial, sino también unos signos –lenguaje corporal, silencios, explicaciones, etc.– que son aspectos muy importantes de la función judicial, y deben analizarse conforme a las reglas científicas de la psicología del testimonio y a los criterios de experiencia.

V. TESTIGOS DE REFERENCIA

Son aquellos que tienen conocimiento de la noticia a través de persona o personas interpuestas: *audito proprio*: narra lo que personalmente escuchó o percibió, o *audito alieno*: narra lo que otra persona le comunicó –pero en ambos casos no han presenciado los hechos directamente–. Como tales, constituyen actos de prueba válida pues la ley no excluye su eficacia (artículo 166.2 CPP); y, si bien dicha prueba no carece de contenido probatorio –así entendido por razones de justicia material–, tiene un valor probatorio menor (SCSJC de 21-02-07). Esa intermediación respecto del testigo directo, inmediato o directo, en vista que incorpora un factor de inseguridad al no mediar inmediación respecto de la fuente directa del conocimiento del hecho –es, por ende, poco recomendable–, exige su examen con especial cuidado, por tanto, se han de establecer determinados requisitos adicionales. La regla general es que su aceptación a los fines de entender enervada la presunción constitucional de inocencia requiere de la existencia de causa legítima o de situaciones excepcionales que justifiquen la inasistencia del testigo directo en el juicio oral (fallecimiento, residencia en el extranjero, enfermedad grave, ignorado paradero), como ha sido procesado por las SSTCE 79/1994, de 14 de marzo, 68/2002, de 21 de marzo, y 35/1995, de 6 de febrero). Por tanto, si el testigo de referencia no precisa la fuente de su conocimiento, no indica de quién recibió la información –que es el dato probatorio directo– que vuelca en su declaración, su testimonio no podrá ser utilizado. Es una prueba complementaria subordinada a la posibilidad de prueba directa, lo que se explica en virtud del principio de “originalidad de la prueba”, que busca que las pruebas sean de primera fuente, a fin de evitar la prueba sobre la prueba; lo que plantea el testigo de referencia no es un problema de legalidad sino una cuestión de credibilidad (STSE de 04-11-99). El testigo de oídas o de referencia, lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos, pero no, como sucedería con un testigo presencial, la verificación de los acontecimientos objeto

del proceso (SCSJC n.º 10923, de 21-04-98). No se puede utilizar la testifical de referencia si no consta la existencia de causa objetiva excepcional que impidiera la identificación y/o ulterior comparecencia en el juicio del testigo directo (STCE 131/1997, de 15 de julio).

Un caso de imposibilidad material de practicar la prueba testifical directa se da en los casos de agresión sexual de menores de edad. Si la víctima es muy niña y relató los hechos a sus padres, pese a que esta no declaró en sede jurisdiccional, sus padres pueden hacerlo porque de insistir en la víctima habría sido muy perjudicial para su estabilidad emocional y psíquica (STSE de 08-03-02). Este es el resultado del difícil equilibrio que los órganos jurisdiccionales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente responsables [RIVES SEVA].

Las condiciones para su debida valoración son las siguientes: **1)** testigo de referencia tan solo puede un testigo, nunca un imputado. **2)** la declaración será válida si el testigo directo no comparece al juicio oral –salvo el caso de prueba anticipada o de imposibilidad material de incomparecencia–, y si comparece solo servirá para controlar la veracidad de aquel, nunca para condenar sobre su base en caso de testimonio único. **3)** es claro que sus declaraciones por sí solas, no pueden desvirtuar la presunción de inocencia aunque podría coadyuvar a ello en consonancia con otras pruebas –necesita ser confirmada por otros puntos de vista importantes, si se pretende basar la sentencia en ella–; y, si existe contradicción entre un testigo directo y otro de referencia, se debe dar preferencia a la versión del primero, pues da una versión más próxima a los hechos, salvo que existan otros elementos de convicción en contrario. Con todo ello no se hace sino asumir el principio de la preferencia. La no comparecencia del testigo directo debe ser por causas absolutas y debe realizarse todas las gestiones para localizarlo; si no se conocen sus datos y personalidad, no puede ser citado el testigo de referencia, y nunca cabe admitir tal testigo si se opone a ofrecer los datos para localizar a los directos.

VI. LAS DECLARACIONES ESCASAMENTE FIABLES

1. Planteamiento

La jurisprudencia, igualmente, ha elaborado reglas mínimas de valoración de determinados medios de prueba personales, en especial las declaraciones del coimputado y de la víctima, que presentan peculiaridades específicas en

relación con el hecho y sus relaciones con el autor del mismo –propiamente no son “terceros”, que es el requisito inherente de todo testigo–. Este es el caso del Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116, de 30-09-05. Su finalidad es, sencillamente, indicar al juez los requisitos mínimos que ha de reunir una determinada prueba para que pueda convertirse en elemento de convicción suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, en tanto en nuestro sistema procesal no rige el viejo apotegma: *testis unus, testis nullus*. Desde luego el juez retiene la necesidad de valorar la prueba en un sentido o en otro, pero lo hará una vez haya constatado la presencia de los requisitos mínimos establecidos jurisprudencialmente, que no pasan de ser meramente orientativos y en modo alguno pueden condicionar la libertad del Tribunal al momento de valorar las pruebas y formar su convicción (STSE de 14-09-94).

2. La declaración del coimputado

Una declaración de un coimputado que resulta ser incriminatoria para otro imputado –aun cuando es una prueba constitucionalmente legítima y están fundadas ordinariamente en un conocimiento extraprocesal y directo de los hechos, y que la circunstancia de la coparticipación delictiva no niega– ha de ser exhaustivamente analizada para considerarla como prueba de cargo. Su legitimidad está descontada –tuvo conocimiento extraprocesal de los hechos imputados–, pero no es una prueba autónoma, por sí sola no es prueba suficiente, bajo el entendido que la coparticipación no supone la tacha o irrelevancia del testimonio, lo que quita ser considerado medio probatorio peligroso, pues el coimputado puede mentir sin riesgo alguno para su entorno jurídico, aunque sus acusaciones inveraces serían constitutivas de acusación y denuncia falsa (STSE de 10-06-08); pues el coimputado que acusa se convierte en testigo de cargo y por tanto no le ampara el derecho a no declarar en juicio (STSE de 02-02-05), los derechos del acusado se otorgan en relación con el derecho de defensa y no como un derecho a acusar falsamente a terceros (STSE de 17-07-08).

Se requiere, respecto de la persona del declarante coimputado, (i) ausencia de incredibilidad subjetiva; y, respecto de su declaración, (ii) corroboración por elementos objetivos, valoración conjunta con otras pruebas.

- A.** Ausencia de incredibilidad subjetiva. Necesidad de constatar que no existen razones de peso para pensar que el reo declaró movido por motivos espurios (venganza, resentimiento, odio, soborno, obediencia a tercero, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio). Se

deben evaluar existencia de razones que han de dudar de la fiabilidad de la declaración del reo, que en la causa obra objetivada por una finalidad de propia exculpación, o una relación de enemistad o resentimiento o cualquier otra finalidad espuria.

- B.** Corroboración. Esta ha de ser mínima –no plena–; debe estar mínimamente corroborada por otras pruebas; la incriminación no ha de ser un dato probatorio aislado (STEDH Funke de 25-02-93). Pero también, que esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente de la propia declaración que comprometa al coimputado con el hecho delictivo. La corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena (STCE 198/2006, de 3 de julio); es la existencia de datos, hechos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, lo que ha de realizarse caso por caso (STCE 190/2003, de 27 de octubre); en concreto, no se exige que existan otras pruebas de cargo adicionales, sino elementos objetivos, externos a la propia declaración del coimputado, que avalen la credibilidad de esta, que puede continuar siendo, sin embargo, la única prueba de cargo en sentido propio en la que fundamentar la sentencia condenatoria (STSE de 23.3.1999), al punto que basta con que algunos datos confirmen algunos aspectos de lo afirmado por el coimputado delator (STSE de 17-10-01). Es un dato empírico cuando no coincide con el hecho imputado ni en su alcance ni en su fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente –no obstante ello, no cabe sentar criterios generales, sino específicos caso por caso–. Es de tener presente que la persistencia o reiteración, sin contradicciones relevantes, es sencillamente un dato más que dota de credibilidad a la declaración del coimputado. La declaración de un coimputado no puede servir como elemento de corroboración de la declaración de otro coimputado. Lo que necesita ser corroborado no puede servir como elemento de corroboración.

3. La declaración de la víctima

Similares cautelas a las de los coimputados han de seguirse respecto a las declaraciones de la víctima-testigo –ella es idónea para la indagación del hecho objeto del proceso–, que se plasma con particular énfasis en los denominados

delitos de clandestinidad. Esta declaración, en ausencia de otros testimonios, puede constituir válida prueba de cargo, en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (STCE 229/1991, de 28 de noviembre). Los requisitos o criterios que el juez ha de tener en cuenta para dotar de credibilidad al testimonio de la víctima –si bien la víctima no es un testigo su declaración se equipara al testimonio, y no se convierte por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador (STSE de 30-04-07)–, son criterios orientativos que posibilitan la motivación de la convicción. Son:

- A. Falta de incredibilidad subjetiva de la víctima. Inexistencia de motivos de peso para pensar que la declaración es falsa –no es resultado del propio hecho delictivo–. Debe atender para su constatación, primero, a las características propias de la víctima físicas o psicorgánicas: desarrollo y madurez mental, que sean capaces de transmitir sus percepciones, aunque sea de manera lineal; y, segundo, a la posible existencia de móviles espurios: odio, enemistad. Es de tener presente que la investigación en la esfera psíquica del testigo víctima solo es posible cuando se hayan apreciado anormalidades que justifiquen un reconocimiento pericial, pues de lo contrario se atentaría contra su intimidad.
- B. Verosimilitud del testimonio. Dos aspectos deben atenderse. Primero, que la declaración sea lógica en sí misma –no fantasiosa o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia–, en sí misma –análisis de su propio contenido–. Segundo, que esté corroborada por datos periféricos objetivos: presencia de más de un dato incriminador; en un dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.
- C. Persistencia material del testimonio. La declaración no debe modificarse sustancialmente en las diversas ocasiones en que se hace; no debe presentar ambigüedades y vaguedades; debe ser coherente, sin contradicciones en sus diversas partes.

Es preciso tener en cuenta una prevención: el contenido de un testimonio que sugiere ese triple filtro no debe ser tenido como válidamente inculpatario. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hace tendría que ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultaría en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos (STSE de 12-05-10).

VII. PRUEBA ILÍCITA E INUTILIZACIÓN PROBATORIA

1. Preliminar

- A. La operación mediante la cual una determinada *fuerza-medio* de prueba es excluida del procedimiento y de la valoración del juzgador, es decir, no puede utilizarse —aun a costa de serios riesgos para el principio de averiguación de la verdad (*Wahrheitserforschung*)—, ha sido designada de distintas maneras: “prohibiciones probatorias”, “prueba prohibida”, “exclusiones probatorias” o “prueba ilícita”. En todo caso, se trata de que el principio de averiguación de la verdad cede frente a otros principios en conflicto [GUARIGLIA]. Las consecuencias jurídicas pueden variar de denominación, según la opción del legislador (inexistencia, nulidad, exclusión, ineficacia, invalidez, inutilizabilidad, etc.), pero todas ellas hacen referencia a que las pruebas así obtenidas —el dato probatorio consiguiente— no pueden tener valor alguno en el proceso [GÁLVEZ MUÑOZ]. Los jueces son los destinatarios últimos de esta regla, de carácter imperativo o de *ius cogens*, y, por tanto, deben declarar la inutilizabilidad las pruebas ilícitas.

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

Sin embargo, de ello no se deduce que corresponde dar primacía absoluta al interés público en la represión de la criminalidad y en el mantenimiento de la paz social —o seguridad ciudadana—, pues la justicia envuelve el respeto de los derechos individuales de las personas, de suerte que negar esto último está en contradicción con un modelo procesal —constitucional comprometido no solo con ese valor de averiguación de la verdad, sino también (y de modo condicionante) con la defensa de los derechos [GASCÓN].

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

Por consiguiente, solo la verdad obtenida con el respeto de las reglas básicas del ordenamiento jurídico –constitucional y procesal– “...puede estimarse como jurídicamente válida [... pues éste] delimita el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos [...de lo contrario] no solo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración” [VIVES ANTÓN]. Esta concepción, como plantea un sector de la doctrina, parte de una relación estricta entre derecho penal y derecho procesal penal, de suerte que si el primero persigue que la punición pueda ejercer la influencia sobre la conducta futura de quien lesiona el Derecho y de los miembros de la comunidad jurídica, actuando sobre su motivación –legitimación acorde con la finalidad preventiva del derecho penal–, el derecho procesal penal, las reglas del proceder, no pueden contradecir sistemáticamente, al realizar el derecho material, sus posibilidades y fines preventivos. De ahí que en el derecho probatorio este postulado limita la obtención y la valoración de la prueba: quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad [STRUENSEE].

Así las cosas, cuando por razones constitucionales o de orden público democrático–con fundamento en la ley ordinaria– se declara la inutilización o exclusión de ciertas pruebas, en realidad se ordena fundar una decisión en contra de los hechos –la verdad verdadera–. Asumiendo tal exigencia, se reconoce que la “verdad judicial” de los hechos significa que las hipótesis acerca de los hechos en litigio –esto es, el comportamiento que se imputa al acusado– están apoyadas por inferencias racionales basadas en medios

de prueba (i) relevantes –estándar lógico, de acuerdo con el cual se deben aceptar aquellos medios de pruebas que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio– y (ii) admisibles –criterios jurídicos de admisibilidad– [TARUFFO].

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

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

- B.** El ordenamiento jurídico prevé una categoría de casos de exclusión de medios de prueba fundada en intereses en principio distintos al afianzamiento de la búsqueda de la verdad. Las reglas jurídicas que gobiernan la prueba

pueden tener varias finalidades u objetivos: a) epistemológicas, que propician la averiguación de la verdad; b) prácticas, que buscan resolver autorizadamente el conflicto que dio origen al proceso; y, c) ideológicas, que tutelan valores extraprocesales relevantes [GASCÓN]. Se trata, en este último supuesto, de: 1.º Casos de no-admisión de prueba en virtud de la tutela de intereses ajenos al procedimiento penal concreto (v.gr.: secreto profesional: artículos 2.18 C. y 165.º.2 CPP). 2.º Casos de exclusión de prueba ilícitamente adquirida por la persecución penal, es decir, fuente-medio de prueba obtenida mediante la lesión de una disposición legal (constitucional o de derecho común) aplicable al acto de recolección de pruebas en cuestión (v.gr.: confesión bajo violencia: artículo 2.24.h Const. y 71.2.e CPP, documentos que contienen declaraciones anónimas: artículo 184.3 CPP) [GUARIGLIA].

El derecho no trabaja de forma inescrupulosa empíricamente, sino que toma en consideración otros intereses y costos normativos, la amenaza de pérdidas y perjuicios en otros lugares [VOLK], pero siempre bajo una premisa: si se lesiona la legalidad que rige la persecución penal, *“se prefiere la falta de esclarecimiento del hecho, al sacrificio de las libertades fundamentales”* [CHAIJA]. En esa línea, la sentencia Montenegro (10-12-1981) de la Corte Suprema de la Argentina, estableció que otorgar valor al resultado de una conducta delictiva o ilícita de la autoridad y apoyar sobre él una sentencia judicial, *“[...] no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender construirla en beneficiaria del hecho ilícito”*.

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

acceso a la verdad a través del respeto a los derechos fundamentales. El Juez descubre la verdad forense”.

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

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

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

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

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

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

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

La prueba ilícita no puede ser tomada en consideración, o aceptada, de ninguna forma —es el efecto de inutilizabilidad de la misma—. Desde luego, no cabe valorarla de modo autónomo e independiente, pero tampoco puede utilizarse como corroboración o robustecimiento de los resultados probatorios que lleguen al proceso de forma lícita (v.gr.: SSTSE de 29-3-1990 y de 11-5-1996) [GÁLVEZ MUÑOZ]. Cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta [SILVA MELERO]; deben considerarse inexistentes (v.gr.: sentencia C-591/05, Corte Constitucional de Colombia).

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

2. Pautas generales

2.1. Planteamiento básico

No es impropio sostener, respecto de la institución de la “prueba ilícita”: 1) que está pensada, de un lado, para afirmar valores extraprocesales esenciales para el correcto funcionamiento del proceso jurisdiccional: (i) el de los derechos fundamentales materiales y (ii) el de las garantías procesales; y, de otro lado, para garantizar su valor epistémico *veritas delicti*, es decir, de aquellas pruebas que consolidarían errores o malentendidos en la determinación de su valor probatorio [GOLDMAN]—. 2) Que los avances sociales y tecnológicos contemporáneos, propios

de la cuarta revolución industrial, de la Tecnología de la Información y de las Comunicaciones, requieren, como decía COMOGLIO, trazar una nueva edad o frontera, más precisa y diáfana, desde una ligazón transformadora del derecho material con el procesal y el específico Derecho constitucional –es de recordar, desde esta perspectiva, como señalaba BUSTOS RAMÍREZ, que tanto el Derecho penal cuanto el Derecho procesal penal tienen principios comunes y son inseparables, pues ambas pertenecen al poder punitivo del Estado y tienen el mismo objeto, la cuestión criminal–. En todo ello está de por medio la idea de Estado de Derecho, la cual, a nivel comparatístico, pasa, en palabras de COMOGLIO, por la siguiente matriz común: separación de poderes, principio de legalidad, igualdad ante la ley, eficaz protección de los derechos fundamentales, acceso a la jurisdicción, independencia e imparcialidad judiciales.

Es pues determinante establecer, primero, cuándo una fuente de prueba se obtuvo correctamente y cuándo un medio de prueba ha sido debidamente actuado, respetando en ambos casos la legalidad; y, segundo, bajo qué supuestos una prueba debe ser excluida por su nulo o ínfimo nivel epistémico con serio riesgo a la adecuada reconstrucción del hecho. Ello es lo que permite construir (*i*) las reglas de exclusión epistémicas, que apuntan a la atendibilidad de la prueba, a la cualidad cognoscitiva del proceso penal, y (*ii*) las reglas de exclusión éticas, que apuntan a la tutela de intereses extraprocesales, reconocidos con independencia del proceso, y que se alzapriman respecto de las exigencias procesales de la averiguación de la verdad [CONTI Y GASCÓN]. La relevancia de los derechos fundamentales, materiales y procesales, son definitivos en este punto, así como, en general, siguiendo a TARUFFO, las opciones políticas realizadas por el legislador, en clave de justo equilibrio entre los valores en conflicto (el valor de la averiguación y determinación de la verdad de los hechos de la causa, y el valor que en cada caso resulte tutelado a través de la previsión normativa concreta).

Se ha de evitar, entonces, (*i*) pruebas que no sean fiables o que (*ii*) el proceso se vea dañado en su integridad [AMBOS]. Esta regla se funda en (1) las relaciones entre autoridad y particulares –en la superioridad de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad [BELING], que radican, como resaltó JESCHECK, en la dignidad humana–; y, (2) en la aplicación del principio, procedente del derecho romano, de que el dolo no puede aprovechar a la persona que lo utiliza [SERRA DOMINGUEZ]. El avance de la tecnología y la actuación de los poderes públicos y fácticos no pueden afectar en su contenido constitucionalmente garantizado este marco jurídico cardinal.

Se impone, como postula CHIARLONI, una racionalidad constitucional y de las garantías procesales; es decir, la necesidad de actuar con equilibrio, de mantenerlo, de hacer coexistir la igualdad con la equidad, de delimitar los roles del legislador y la función del juez en el sistema penal.

Esta racionalidad exige considerar la prueba ilícita —que hace mención, de un lado, al vicio o causa (ilegalidad o antijuridicidad) y, de otro lado, al efecto o régimen jurídico (inutilización)— como una de las garantías necesarias a fin de que los derechos y preceptos de prueba consagradas en la legislación, constitucional y legal, resulten operativos [JUÁREZ]. No obstante, como es fácil inferir, es imposible un tratamiento perfecto, ni en el modo, ni en el tiempo, ni probablemente con vocación universal, para todos los supuestos, por lo que cualquier tratamiento jurídico será indefectiblemente parcial e imperfecto.

2.2. Ubicación institucional: objeto y alcance

El eje sustancial del abordaje a la prueba ilícita recae, sin duda, en la garantía del “debido proceso” (artículo 193.3 de la Constitución) o de un proceso justo o con las debidas garantías (artículo 14.1 del PIDCP; artículo 8.1 de la CADH). Se entiende que el proceso, enseña CHIARLONI, ha de ser estructurado en la medida en que se oriente a producir resultados precisos, es decir, protocolos correctos desde el punto de vista de la solución —sea por una cuestión de hecho o bien de derecho— obviamente dentro de los límites contenidos en este mundo y en el respeto de las garantías. La sentencia es justa cuando pasa por un criterio doble de verdad: cuando es el fruto de una interpretación correcta de las normas y de una exacta reconstrucción de los hechos. En cuanto al “juicio sobre el hecho”, el justo proceso exige que la disciplina de las pruebas sea dirigida no tanto a asegurar la certeza de una exacta reconstrucción del hecho, cosa imposible; sino a eliminar las fuentes de incertidumbre relativas a la reconstrucción, obviamente aquellas que son eliminables sin poner en riesgo los principios y garantías internas del proceso: contradicción, igualdad de armas, imparcialidad judicial. Empero, el juicio justo en un Estado Constitucional —preeminencia del Derecho (prééminence du droit) en términos franceses o rule of law en la concepción anglosajona— no solo se refleja en la cualidad del resultado, sino, sobre todo, sobre “formas” y sobre las “modalidades” como el juez determina los hechos. Ello parte de la noción, propia del Derecho romano, en cuya virtud los hechos ilícitos —la infracción de la legislación probatoria— no deben aprovechar a su autor (“Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest”).

No puede aceptarse un proceso que se funcionalice en la lucha contra la delincuencia, sino rescatar uno que tendencialmente apunte a la comprobación de los delitos sin descuidar otros valores propios del Estado Constitucional, afirmando la legalidad procesal concebida como salvaguarda de las garantías individuales [FIANDACA]. No se trata de la opción entre el interés privado, de la defensa de un derecho particular, y el superior interés público que debe cumplir el proceso, sino de la confluencia de dos intereses públicos diferentes, de suerte que cuando se inutiliza la prueba ilícita no se hace en defensa de un interés privado sino en una actitud que debe inscribirse en el resguardo de la personalidad humana [VÉSCOVI].

Desde mediados del siglo XX, en plena tercera revolución industrial, el conflicto entre el interés público a la determinación de la verdad de los hechos para una eficaz represión de los delitos y el interés estatal, no menos fuerte en el ámbito de todo Estado Constitucional, a la tutela de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el respeto del principio de legalidad, determinó establecer en qué medida, en qué proporciones, puede decirse que es razonable el riesgo de sacrificar parcialmente uno, en ventaja del otro. En el common law se trazó una lógica relacional entre admisibilidad y relevancia de la prueba, de suerte que la segunda funcionaba como la regla o criterio determinante, seguida de excepciones en orden a su admisibilidad dejadas, en el contexto de las exclusionary rules, a la discrecionalidad del juez en función a una lista de supuestos basados en la razonabilidad y la proporcionalidad, aunque con un claro carácter casuístico. Luego, la búsqueda del equilibrio debido, entre ambas exigencias, sería la que determinaría el avance de esta institución, muy sometida a la experiencia procesal y a la ideología prevalente en cada momento histórico. En ella estará la inevitable elección de civilidad que persigue el Estado Constitucional [CHIARLONI].

En materia de prueba ilícita es relevante para su implementación efectiva, por razones de seguridad jurídica, un listado preciso de prohibiciones probatorias trazados por el legislador ordinario y un régimen jurídico puntual en la materia [ASENCIO MELLADO], que regule no solo los supuestos típicos y excepciones, sino la oportunidad, alcances y recursos –régimen jurídico hasta ahora no desarrollado—. Pese a esta omisión legislativa corresponde reconocer que, respecto de los derechos fundamentales, solo es menester aprovechar los elementos sistemáticos e interpretativos (técnico-jurídicos y ético-morales), que se derivan omisso medio de dichos derechos fundamentales materiales y de las garantías estructurales del proceso justo [COMOGLIO].

Es en esta perspectiva, si seguimos la clasificación planteada por la doctrina italiana –de mucha relevancia en Perú al haber tomado nuestro Código Procesal Penal mucho del Código de Procedimiento Penal Italiano–, que cabe clasificar la prueba ilícita como ilícita propiamente tal, ilegítima e inconstitucional, según se adquieran o se admitan con acciones que supongan: *(i)* la comisión un acto ilícito (civil o penal), *(ii)* la violación de una prohibición específica de adquisición o admisión, enunciado por la ley procesal, y *(iii)* la violación de un derecho fundamental constitucional para la protección de las prerrogativas de libertad y de autonomía, atribuidas indiscriminadamente a todo individuo. En todos estos casos la sanción es la inutilizabilidad.

La necesidad, que un sector de la doctrina plantea, de realizar un atento balance de intereses contrapuestos en juego y su real dimensión, juega un rol determinante en la vigencia y extensión de la disciplina de la prueba penal. Las preguntas serían las siguientes: ¿Es siempre necesario, en todo momento, realizar este juicio de ponderación?; en todo caso, la decencia democrática ¿se ofende, siempre, ante una ilegalidad en la obtención y formación de la prueba?, ¿Se produce, en todo momento, un descrédito de la Administración de Justicia? De no ser así, ¿En qué casos no cabe hacerlo y en qué casos sí? ¿Cuándo corresponde hacerlo?, ¿Qué parámetros de juicio deben utilizarse? No obstante ello, desde ya, resulta evidente (1) que la previsión del legislador de los supuestos específicos en que una prueba no es utilizable impide que el juez recurra al ejercicio de la ponderación a efectos de otorgar mayor alcance a los intereses de la persecución penal; y, (2) que el principio de proporcionalidad, desde una lógica democrática, no puede operar como fundamento apto para justificar o sanar la actividad estatal desviada, ni tampoco para crear una facultad de injerencia no prevista legislativamente [GUARIGLIA]. Como manifestó GONZÁLES GARCÍA, el proceso y, muy singularmente el proceso penal, no es territorio abonado a favor del todo vale, en pos del cumplimiento de los objetivos atribuidos a la jurisdicción; de suerte, que toda resolución que se apoye exclusivamente o en su aspecto sustancial en prueba ilícita debe ser declarada nula [ASENCIO].

La posición dominante, enseña VOLK, exige decidir caso por caso. Se compara: **1.** Por un lado, el interés en el hallazgo de la verdad y en la administración efectiva de la justicia penal, el delito incriminado y la gravedad del reproche. **2.** Por otro lado, la importancia del interés conculcado y, si existe una infracción contra una norma procesal, la de su peso. Parece claro que en la evolución del common law estadounidense, en primer lugar, se acudió *(i)* al principio de protección ante la vulneración del derecho constitucional del imputado, *(ii)* al efecto disuasorio

de la regla de exclusión— y (*iii*) a la legitimidad judicial o integridad judicial —vital en esta noción es lo que señaló en USA el juez HOLMES en 1928, cuando resaltó la indignidad que supondría que el Estado se base en prueba obtenida ilícitamente—. En segundo lugar, se entendió que un límite claro estriba en que el control incidía en los agentes policiales, no en la prueba conseguida por particulares, salvo que lo fuera ante un requerimiento policial —por el contrario, en el civil law, por ejemplo, la teoría alemana de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales establece que los sujetos privados también están llamados a proteger estos derechos, si bien de forma diferente que el Estado, por lo que el problema se presenta en la determinación de sus límites—. En tercer lugar, era de rigor demostrar, así desde la década del 60 del siglo pasado, la vulneración del derecho constitucional y la relación de causalidad que ligaba a la obtención de aquél, así como, ya en el año 1976 (sentencia *Stone vs Powell*), la intensidad de la infracción apreciada en la obtención de la fuente de prueba, la intensidad de la intromisión en la esfera de la intimidad y la conciencia de la violación.

La preocupación de la Corte Suprema Estadounidense se centró, siguiendo este itinerario, en que las garantías constitucionales, materiales y procesales, entorpecerían la capacidad de la sociedad para combatir el crimen; y, por ello, en la sentencia *Herring*, en 2009, se llegó a resumir que el hecho de que haya ocurrido una violación de un derecho fundamental material (IV enmienda) no implica necesariamente que la regla de exclusión se aplique; que la exclusión es el último recurso, no el primer impulso; que, por ello, la jurisprudencia estableció principios que restringen la aplicación de la regla de exclusión, la cual solo resulta operativa allí donde se verifique que, de utilizarse, se evitarán futuras violaciones a los derechos individuales.

Por otro lado, desde el civil law continental el planteamiento del problema se orientó de un modo distinto, aunque no con la contundencia necesaria. La *veritas delicti* o principio de la verdad material, es el eje rector del proceso penal, aunque a continuación se admitió que la verdad no se puede obtener a cualquier precio (BGHSt de 14-06-1960), en particular al precio de vulnerar los derechos. Dos ejes han de tenerse en cuenta: se ha de alcanzar una resolución correcta, no solo materialmente “verdadera” sino que sea el resultado de un procedimiento “legítimo”. Las normas que regulan la prueba, dice FERNÁNDEZ ENTRALGO, (*i*) fijan las condiciones en que puede obtenerse y aportarse el material probatorio (noción de CARNELUTTI de fuentes de prueba y medios de prueba), y (*ii*) además constituyen, en palabras de CAPPELLETI, una garantía de la observancia de los presupuestos que configuran el arquetipo del proceso debido —es de tener

presente que la introducción del material probatorio en el proceso, a través de los correspondientes medios de prueba, es una actividad siempre legalmente formalizada—. En la literatura alemana se ha entendido que existen *(i)* materias excluidas como objeto de cualquier actividad de investigación o de prueba (secretos oficiales), *(ii)* medios de prueba excluidos (testificales anónimas, testifical de paréntesis), *(iii)* métodos de prueba excluidos (tortura, hipnosis, narcoanálisis, detector de mentiras), y *(iv)* prohibición condicional de la prueba, cuando no es practicada por determinadas personas y en determinada forma (búsqueda de pruebas y restricción de derechos: Título III de la Sección II del Libro I del CPP), en los que debe diferenciarse respecto de la legalidad que las condiciona entre presupuestos constitucionales y requisitos legales, de suerte que la inobservancia de los primeros determina radicalmente su inutilización, mientras que la infracción de los segundos estará en función a la entidad del mismo y su proyección directa sobre la tutela del derecho fundamental vulnerado [ROXIN].

El criterio-base o inicial en la materia es la noción, que utilizó la Corte Constitucional Italiana, de prueba inconstitucional, en cuya virtud: “[...] los actos ejecutados con desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano, no pueden ser aceptados como justificación y fundamento de actos procesales de quien haya padecido aquella actividad constitucionalmente ilegítima” SCI n. 34. de 06-04-1973) a su vez desarrolla por la Sentencia de la Corte de Casación Italiana, Secciones Unidas, de 28 de marzo de 2006—, que según GREVI implicó un reforzamiento del principio de legalidad de la prueba a nivel constitucional, cuyas normas deben ser consideradas el primer parámetro para la verificación de la legalidad de los actos de adquisición probatoria. ILLUMINATI, al respecto, afirmó que debe haber una norma legal expresa de prohibición para privar de utilizabilidad procesal a la prueba ilícita o ilegítimamente obtenida, no así cuando se vulnera un derecho fundamental, pues su negación o restricción solo puede ser válida, y el material probatorio resultante, admisible en el proceso, cuando se han observado los presupuestos y requisitos establecidos por la Constitución. Esto último no hace sino reconocer que, en los casos de desarrollo del derecho probatorio a través del Código correspondiente, solo la existencia de un dispositivo legal concreto permitirá la inutilización de la prueba ilícita, el cual no será imprescindible cuando se trata de la inobservancia de un precepto constitucional que reconozca un derecho fundamental. O sea, el marco de referencia se extrae directamente de la Constitución, que tutela los derechos fundamentales mediante un sistema reforzado, al ser definidos como inviolables, de suerte que las posibles limitaciones son aceptables en tanto en cuanto respetan

la reserva de ley –previsión expresa de los casos y los modos de afectación– y la reserva jurisdiccional, todo ello en el ámbito de los fines legítimos de la justicia penal [CONTI y BACCARI].

Cabe hacer mención, como afirman TONINI–CONTI, de un lado, a las denominadas prohibiciones de uso implícitas, que tienden a relativizar el rígido principio de taxatividad o de tipicidad –la inutilizabilidad surge cuando la ley lo proclama expresamente–. Las prohibiciones de uso implícitas se aplican, restrictivamente, a aquellos casos en que, aun no estando expresamente previstas en la disposición que regula un determinado medio de prueba, derivan de la aplicación de los principios generales del sistema –La Corte de Casación Italiana la aplicó, por ejemplo, cuando se refiere a la naturaleza u objeto de la prueba [Sentencia, Sección I, de 27 de mayo de 1994]. Así, por ejemplo, Corte Constitucional Italiana, en un caso de incautación de notas que redactó el imputado como apoyo para facilitar su defensa, entendió, ante la no previsión en la normativa procesal, que está comprendida por parte protegida por el derecho a la tutela de la autodefensa [Sentencia n. 229 de 1998]. De otro lado, al principio de no sustituibilidad, en cual prohíbe el uso de una prueba, típica o atípica, destinada a eludir las garantías establecidas para las pruebas típicas predispuestas por el legislador, mayormente aplicable en aquellas situaciones en que no esté clara la disciplina probatoria que deba ser aplicada a una situación que, a primera vista, no aparece regulada en el Código –muy a menudo aquellas actividades que implican el uso de nuevas tecnologías–, para lo cual ha de existir coincidencia entre la diligencia regulada y al que, sin regulación expresa, hay que practicar, y que el régimen previsto en la ley pueda extenderse con eficacia para ordenar el uso procesal de aquella prueba carente de cobertura probatoria normativa [Sentencia de la Corte de Casación Italiana, Secciones Unidas, de 24 de septiembre de 2003].

La noción clave es, entonces, el respeto del principio de legalidad, el cual tiene una amplísima significación, que se concreta en un marco normativo presidido por la Constitución desarrollado por la Ley, con todas sus interacciones posibles. El TEDH en el caso Gäfgen, de 01-06-2010, con énfasis en el voto minoritario, resaltó la preservación de la integridad del proceso judicial y, así, los valores de una sociedad civilizada fundada en el principio de legalidad, que se erige en un fuerte interés público. De ello fluye que la diferencia entre legalidad constitucional y legalidad ordinaria es de intensidad material sin desconocer sus bases comunes –en tanto en cuanto se privilegie el entendimiento del Derecho probatorio, siguiendo a CONSO, como formado en su mayor parte por normas de garantía, de las que en modo alguno puede prescindirse y cuyas prescripciones han de seguirse con total

puridad, pues de lo contrario se vulneraría el debido proceso [LÓPEZ BARJA]—. Se trataría de la noción, conocida en Italia, de normas de desarrollo de derechos fundamentales a nivel de legalidad ordinaria [ALVARADO URIZAR]. El respeto de la legalidad en la admisión, obtención, actuación y apreciación de las pruebas no es una exigencia abstracta o formulista, es de una importancia capital para el carácter equitativo del proceso penal. El imputado tiene derecho a la formalidad jurídica del proceso por entero.

A continuación, el problema se presentará en la determinación de la norma violada, en el orden jerárquico de la misma, bajo el entendido que la prueba inconstitucional es solo un capítulo, el más importante sin duda, de la prueba ilícita, no el único; y que la prueba ilícita se integra, además, por otros preceptos constitucionales y por las reglas de garantía del derecho probatorio establecidas en la Ley Procesal Penal. Hay pues dos problemas claves: jerarquía de la norma y juicio de ponderación.

2.3. Prueba ilícita, jerarquía normativa y elementos

No cabe duda que la prueba inconstitucional es el capítulo más importante de la prueba ilícita —más allá de que muchos sostengan que es el único que puede considerarse como tal—. Pero si la ley ordinaria, en orden a las reglas de prueba, fija determinados presupuestos, requisitos y condiciones para obtener y actuar o ejecutar la prueba, y si éstos no se observan —vulnerando su regularidad—, dependiendo si la ilicitud recae en la propia esencia del elemento de prueba, en el núcleo de su requisito de validez, se vulneraría el debido proceso y la defensa procesal, el principio de igualdad de armas, lo que obligaría a la consecuencia legalmente prevista: la inutilización del elemento de prueba.

De los elementos que componen la prueba ilícita, según la clasificación de MADRID BOQUÍN, sin duda los más importantes son (1) el elemento objetivo (infracción a la legislación, constitucional o legal, cuya naturaleza objetiva es patente y, por ende, no está en función a la culpabilidad del agente infractor, sino a la antijuridicidad del comportamiento, a la afectación objetiva del derecho de una persona) y (2) el elemento procesal (consecuencia procesal: inutilización, que es concebida como una sanción autónoma, como una especial causal de invalidez; luego, el vicio será in procedendo, no in iudicando), sin perjuicio de identificar los elementos (3) personal y (4) temporal; —esto es, el que comete la ilicitud (cualquiera) y el momento de su comisión: obtención de la fuente de prueba y ejecución del medio de prueba—.

Un problema relevante está vinculado a la conducta de un particular con motivo del aporte de una concreta fuente de prueba que obtiene con violación de la legalidad, en especial constitucional (sea por la comisión de un delito o por una vulneración, no delictiva, de un derecho fundamental). Un sector considera que es menester realizar una ponderación concreta, caso por caso, en tanto en cuanto no puede compararse las obligaciones del agente público en la persecución del delito con la conducta de un particular cuando aporta, por cualquier razón, fuentes de pruebas. Por ende, el criterio esencial será que el particular actúe con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, aunque es de tener presente el alcance y la intensidad del derecho fundamental menoscabado (STSE 569/2013, de 26 de junio).

Empero, esta relativización entre agentes oficiales y particulares no parece convincente. Desalentar a los funcionarios públicos para que no utilicen estas vías no es una motivación, sino un efecto. Además, la proclamación de los derechos fundamentales se hace por su valor en sí, por lo que representa como defensa de la persona humana, y entonces debe reclamarse frente a todos [VESCOVI]. Respecto, por ejemplo, de la denominada “Lista Falciani”, es importante, por ejemplo, en Perú que el derecho al secreto bancario tiene jerarquía constitucional expresa (artículo 2.5 de la Constitución), es un derecho fundamental de la persona –al igual que el derecho a la propiedad (artículo 2.16 de la Constitución)–; luego, se entiende que está concebida como un elemento del núcleo duro del derecho a la intimidad, y su acceso solo puede ser objeto de una orden judicial o del Fiscal de la Nación. Por tanto, si como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 09-11-2010, la exclusión de la prueba ilícita sólo es imperativa, de un lado, cuando medie una seria, deliberada o arbitraria quiebra de las reglas de procedimiento, que haya llevado a cabo un sistemático olvido de las garantías constitucionales; y, de otro lado, cuando la fuente de prueba ha sido obtenida con violación del núcleo duro del derecho constitucional a la intimidad, entonces, desde nuestra legalidad, constitucional y ordinaria, es por lo menos opinable que tales vulneraciones, sean cual sean los pasos intermedios que sufrió o la intervención previa de autoridades extranjeras, puedan ser obviadas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo menos cuando se obtiene una información por la violencia, tortura o tratos degradantes, evolucionó desde vincular su ilicitud a la conducta de un servidor público o de un agente privado que actúa por encargo o bajo la tolerancia de éste (STEDH Gäfgen vs Alemania, de 01-06-2010) hasta considerar la ilicitud radical en función al solo

hecho de la agresión sin tener relevancia si se trata de un agente público o privado que actúa bajo su orden o anuencia (STEDH *Cwik vs Polonia*, de 05-11-2020), aunque en otros supuestos, distintos de los casos de tortura, siempre valoró como factor la gravedad de la infracción cometida por el particular (STEDH *K.S. y M.S. vs Alemania* de 2016).

Otro supuesto interesante, desarrollado por la jurisprudencia española, es el de la entrega de un celular a la policía por la menor víctima al constatar que recogía imágenes que el autor había generado convirtiéndola en protagonista y destinaria de actos que afectaron gravemente a su indemnidad sexual; el autor había prestado el celular a la víctima, pero desde luego no la autorizó a disponer del mismo. La STCE 173/2011, de 7 de noviembre, descartó la vulneración del derecho a la intimidad al concurrir el consentimiento del afectado –titular del celular y autor de las tomas e imágenes– desde que el acceso a ellas por la víctima era evidente al conocer la clave y la contraseña de acceso, más allá de que al entregarse el celular a la policía aquélla abusó de la confianza recibida por el autor [PÉREZ-CRUZ].

Es de considerar, por otro lado, que la causa normativa es el elemento más complejo, pues un sector de la doctrina no solo lo asocia a la vulneración de derechos fundamentales y a la necesidad, desde los intereses que tutela el proceso jurisdiccional, de poder realizar un juicio de proporcionalidad. Existen, enseña ALEXY: (1) derechos fundamentales absolutos, como sería la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, en cuya virtud, agregó, acudir al principio de proporcionalidad solidaría directamente con el principio del Estado de Derecho –no tienen limitación alguna, y cualquier vulneración de los mismos conduce a la inutilización de la prueba–. (2) derechos fuertes o intermedios, como el derecho al debido proceso y demás garantías constitucionales procesales genéricas, de suerte que su limitación requiere de una argumentación adicional; es decir, de un nivel de argumentación y razonamiento estructurado, no tanto en función, como dice ASHWORTH, de consideraciones sobre la entidad o seriedad del delito atribuido (subprincipio de estricta proporcionalidad), sino con base en la situación concreta sobre la prueba que exista en el caso. En este caso, apunta JUÁREZ, la alegada existencia de intereses públicos en conflicto debería ceder el paso a verdaderos derechos en colisión–. (3) derechos materia de interferencia por necesidades propias de una sociedad democrática (inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad personal: son derechos relativos, que son limitados), en el que, como preceptúa, por ejemplo, los artículos 202 y 303.1 del CPP, amén de realizar un juicio de indispensabilidad de la restricción en aras de la meta de

esclarecimiento, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado, en los que deben cumplirse los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad. El criterio es que, en materia de derechos fundamentales, todo acto lesivo es prohibido, salvo en los casos y en el modo expresamente permitido por la ley para los fines legítimos del proceso penal [TONINI-CONTI]. Y, determinada la lesión de un derecho, la inutilización de la prueba es imperativa, porque obedece a juicios de subsunción que no admite juicio de ponderación.

Si se toma en cuenta el fundamento de la prueba ilícita, es decir, por qué un ordenamiento debe reconocer la regla que instaura, éste es tanto axiológico como ético –este último es, como apuntan TONINI-CONTI, un obstáculo que el ordenamiento se impone a sí mismo para la determinación del hecho constitutivo de delito–, y se basa en la noción del Estado Constitucional, de democracia jurisdiccional; y, si se indaga acerca de la naturaleza jurídica de la regla que instaura la prueba ilícita; esto es, cuál es su ubicación dentro de la estructura normativa vigente en el ordenamiento, debe entenderse como una norma de mandato, con el objeto de velar por la legalidad procesal en materia probatoria. Su estructura, entonces, reviste un carácter prohibitivo sustancial. La antijuridicidad que conlleva la obtención y actuación de una prueba ilícita afecta derechos materiales –básicamente en sede extraprocesal– y derechos procesales –señaladamente en sede intraprocesal–. Esta comprensión, de ambos derechos, dice COMOGLIO, viene, en un primer momento, de la propia configuración de prueba inconstitucional en Italia, vinculada a los derechos fundamentales materiales como a las garantías procesales del juicio justo, y, desde una perspectiva más general, a continuación, en palabras de AMODIO, de la recuperación de la legalidad probatoria, en cuya virtud se reguló analíticamente el fenómeno probatorio –mediante el CPPI de 1988 y nuestro CPP de 2004–. La regla que contiene la prueba ilícita, a través de sus cuatro elementos (objetivo, procesal, personal y temporal), tiene el carácter de una garantía procesal de carácter objetivo inserta en la noción del debido proceso –en tanto incorpora derechos no típicamente establecidos que dicen del juicio justo–. La autoridad y ciudadanos deben abstenerse de las garantías primarias que inciden sobre derechos fundamentales de cuya violación se pretenda obtener elementos probatorios [ALVARADO URIZAR].

La potestad jurisdiccional no solo se ejerce con la plena observancia del debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución), sino que se imparte con arreglo a la Constitución y a la Ley (artículo 138, primer párrafo, de la Constitución). El material probatorio, desde esta concepción, debe ser cuidadosamente seleccionado

para su consideración por el juez. Ffio, dice ARMENTA DEU, es una tendencia de los países de tradición jurídica continental, donde la legalidad procesal probatoria constituye un exponente del principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la ley (previa, escrita y estricta), así como a la pena que en dicha ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento y en enervar la presunción de inocencia a través de “pruebas legales” (vid.: artículo V del Título Preliminar del Código Penal).

En esta perspectiva es relevante la sentencia de 16 de mayo de 1996 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación Italiana, cuando sostuvo que se comprendían en la categoría de pruebas sancionadas con la inutilizabilidad no solo las pruebas objetivamente prohibidas, sino también las formadas o adquiridas en violación de los derechos subjetivos tutelados por la ley y con mayor razón, por ende, respecto de aquellas adquiridas en violación de los derechos tutelados de modo específico por la Constitución. La noción clave es, pues, “antijuridicidad de las pruebas” en palabras de MARINELLI.

En este sentido, la antijuridicidad propia de la prueba ilícita, sancionada con la inutilizabilidad, se erige, apunta FILIPPI, en una patología dinámica, – con diferencia de la patología estática propia de las nulidades– pues los vitiums de la prueba pueden encontrar su fuente incluso en todo el Código Procesal, y no solo a nivel de ley ordinaria, sino que también en fuentes constitucionales y convencionales.

El fundamento ético de la prueba ilícita es, entonces, de carácter material. Obviamente no tiene ni puede tener un mero carácter instrumental –propio del efecto disciplinario del modelo estadounidense–. Además, no se trata de un fundamento material de carácter meramente formal, sino de una materialidad sustancial, en tanto en cuanto es de concebirse el respeto del principio de legalidad de la prueba en su relación e integración con los derechos fundamentales materiales y procesales, en la defensa del Estado Constitucional y en la noción de democracia jurisdiccional –que, con FERRAJOLI, comprende la idea de límites y vínculos sustanciales o de contenido como son, típicamente, los derechos fundamentales–. Luego, el contenido de los actos de la justicia, del Poder Judicial, solo será válido en la medida que se conforme sustancialmente con los derechos fundamentales constitucionalizados; y, un concepto de prueba tiene como eje el requisito esencial el respeto de la legalidad constitucional y de las normas de desarrollo establecidas en la legalidad ordinaria.

Como quiera que, siguiendo a ALEXY, existen determinadas jerarquías en materia de derechos fundamentales, respecto de prueba ilícita tal situación debe reflejarse, de tal suerte que si lo afectado es un derecho fundamental –absoluto o relativo– no es posible efectuar ponderación alguna. Es de entender, con DINACCI, que el Derecho procesal constituye un aparato normativo que tiene la función de limitar y no de extender el poder de quien lo ejercita. Por tanto, conforme postula ASENCIO, debe atenderse al carácter absoluto o relativo del derecho fundamental de cuya injerencia se trata, entendiendo que toda limitación de los primeros, cualquiera que fuere y con independencia de su intensidad, debiese implicar la inutilizabilidad de la prueba; mientras que, en los segundos, las restricciones serían viables según los casos y formas sancionados por la ley.

Es tal la intensidad de la sanción, en la línea de privación de todo efecto de la prueba ilícita (inutilización), que ésta no solo tiene efectos expansivos en otros procesos (inutilizabilidad externa, en palabras de GALANTINI) [Sentencia de la Corte de Casación Italiana, Secciones Unidas, de 30-10-2008], sino que se extiende a la prueba refleja y a la autorización para que la exclusión opere en cualquier fase o grado del proceso –para ello solo es preciso que entre un acto y el otro exista una relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse clara y rotundamente que el segundo acto es “consecuencia” del primero, por lo que incluso es indiferente que existan actos intermedios [LÓPEZ BARJA]–.

La regla de exclusión es pues una garantía de carácter procesal integrante de la garantía del debido proceso, lo que implica que ni la regla en sí, ni su supuesto de aplicación (lesión de derechos fundamentales, de la legalidad procesal penal) pueden ser limitadas jurisprudencialmente.

3. Referencias normativas (Individualización de las prohibiciones probatorias)

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

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

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

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

1. Artículo VIII TP del CPP. **1.** Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo –se afirma, con carácter previo, un juicio de valorabilidad desde la legalidad constitucional–. **2.** Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa e indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas –es una declaración terminante, más allá de la simple prohibición de valoración, niega toda función probatoria a esas pruebas y, por ende, asume la necesidad de su expulsión inmediata apenas se detecte–. **3.** La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del imputado *no podrá hacerse valer en su perjuicio*. Este párrafo extiende la protección a cualquier norma constitucional configuradora de una protección jurídica al individuo. No solamente a la violación de derechos individuales constitucionalmente tutelados.
2. Artículo 159 del CPP. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas.
3. Artículo 157.3 del CPP. No pueden ser utilizados, aún con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.
4. Artículo 393.1 del CPP. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Esta norma se relaciona, primero, con el artículo 155.1 del CPP, que establece que la actividad probatoria, además de la Constitución y los Tratados, se regula por la Ley; y, segundo, con el artículo 202 del CPP, que estipula que la restricción de un derecho fundamental con fines de esclarecimiento se ha de realizar conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

5. Artículo 155.2 del CPP. A los efectos de la admisión de pruebas, el juez “... solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley”.

El CPP, además, tiene tres reglas de prohibición de carácter específico, que asocia con la inutilización.

1. Artículo 163.3 del CPP. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas.
2. Artículo 166.2 del CPP. Si el testigo de referencia se niega proporcionar la identidad de la persona fuente de su conocimiento, su testimonio no podrá ser utilizado.
3. Artículo 184.3 del CPP. Los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado.

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

1. Artículo 383.2 del CPP. “[...] Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor”. Es también una causal de ineficacia o de inutilizabilidad, aunque con otro lenguaje.
2. Artículo 378.2 del CPP. “No se puede leer la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace de su derecho a negar el testimonio en el juicio”. Es una norma prohibitiva, pero a diferencia de las restantes, no la asocia a una ineficacia concreta, lo que exigirá realizar una ponderación.
3. Artículo 163.2 del CPP. “El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad penal. El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguna de las personas mencionadas en el numeral 1) del artículo 165” –se trata de incriminación a sus pariente–. Igualmente, es una norma prohibitiva y no la asocia a una ineficacia taxativa, por lo que se exigirá la ponderación.

Tres precisiones, de principio, es del caso formular:

1. El proceso, que fue receptado por Europa Continental con la ilustración, asumió un compromiso con el régimen inquisitivo, que –entre otros– se sustentaba en los principios de persecución penal estatal y de averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento (este último denominado en el derecho alemán “*Wahrheitserforschung*”), pero

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

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

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

2. Las restricciones, por razones de legalidad, impuestas a la actividad probatoria, en tanto límite extrínseco del derecho a la prueba, se conocen en el Derecho Alemán como “prohibiciones de valoración probatoria” y en USA “regla de exclusión”, “doctrina de la supresión”, con su extensión al “fruto del árbol envenenado”. En Estados Unidos se inició con el caso Boyd vs. USA (1886), con antecedentes en el derecho inglés –casos Wilkes vs. Wood (1763) y Entick vs. Carrington (1765) –, seguida del caso Week vs. USA (1914) y del caso Olmstead vs. USA (1928). En nuestro Derecho eurocontinental la cuestión en análisis no se reduce a la custodia de las garantías individuales, aunque la comprende, sino que abarca también el resguardo de las formas probatorias en general previstas por la ley. Es muy importante recordar que la regla en cuestión tiene el carácter de una *regla potestativa*: se concentra en estudiar cuáles son las facultades jurídicas

de quienes operan el procedimiento y cuáles sus límites —la garantía, como tal, secundaria en este caso, es la declaración de inutilización probatoria ante la vulneración de las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto [FERRAJOLI]—. La confusión con las normas de deber se debe a que en materia de garantías constitucionales casi siempre se liga a ella, al lado de la regulación de las facultades de los órganos estatales que actúan en el procedimiento, una *regla de deber*, ordinariamente una prohibición, como sucede con la tortura y la intervención ilícita de comunicaciones [MAIER]. En el Estado Constitucional rige el principio de reserva de ley, en cuanto a que toda injerencia dirigida a la averiguación de la verdad precisa, sin excepciones, su fundamento jurídico y no su prohibición [SYDOW]. Las reglas de procedimiento referidas a la recolección de prueba establecen, fundamentalmente, autorizaciones para el Estado de interferir en la esfera de derechos de los ciudadanos.

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

Lo expuesto significa:

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

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

- A. El concepto mismo de medios de prueba prescribe una serie de vías legales de acceso de la información al juicio penal, que implican que la información no puede ingresar al juicio por otras vías que las previstas legalmente [BINDER].
- B. Existen limitaciones emergentes de la imposición de determinadas formalidades para la adquisición de prueba (v.gr.: mandato judicial motivado para el allanamiento, artículos 203.1 y 215 del CPP) y las que provienen de prohibiciones de utilización de ciertos medios de prueba (v.gr.: “sueros de la verdad” en el interrogatorio del imputado, artículo 157.3 del CPP) [GUARIGLIA].

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

Por consiguiente, una vez normativizada la inutilización de la prueba, según el bloque legislativo ya puntualizado, a los jueces únicamente les corresponderá pronunciarse sobre la existencia o no de vulneración de la legalidad, así como de la relación causal entre las pruebas ilícitamente obtenidas y las pruebas derivadas. Constatados ambos extremos, la solución legal, pasará por aplicar la regla de exclusión –de inutilización– en los términos en que haya sido normativizada, sin admitir excepciones que no tienen un adecuado reflejo legal [CAMPANER].

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

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

Esta es, desde luego, una concepción amplia de tal institución jurídica y funda, a nuestro juicio, desde la normativización de la misma que finalmente consagró el CPP (vid.: §§ 2/4), una línea más garantista de las reglas de prueba, referidas a la obtención, actuación y apreciación probatoria –se trata de todo tipo de pruebas, tanto las pruebas materiales o físicas, como las personales, documentales y periciales–. Los derechos y las prescripciones del conjunto del ordenamiento, si se toman en serio, no pueden ser relativizados ni minusvalorados, y las reglas que disciplinan cómo se obtienen las fuentes de prueba y cómo, finalmente, se actúan los medios de prueba –donde se entrecruzan el conjunto de garantías que prevé la Ley Fundamental y desarrolla el Código Procesal Penal–, por su propia configuración jurídica, no pueden admitir su vulneración sin generar, como regla, los efectos de inutilización correspondientes. Así se pronunciaba, por ejemplo, la STSE de 16-12-1990, cuando acotaba que por prueba lícita o legítima “...no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”.

Las normas infringidas, además, pueden ser (i) tanto materiales –circunscriptas a la obtención de fuentes de prueba, desde los derechos que limitan: básicamente en sede de investigación preparatoria y, con mayor intensidad, en las diligencias preliminares policiales o fiscales de investigación (artículos 68, 330 y 331 CPP)–, (ii) cuanto procesales –referidas, desde luego, a las reglas de admisión y actuación o ejecución de medios de pruebas: éstas, para su valoración, deben cumplir determinados principios, requisitos y condiciones procesales (artículos 155.1, 157.1 y 393.1 CPP)–, basta su infracción objetiva y su repercusión en el proceso penal [VEGAS TORRES]. En un sentido amplio por prueba debe entenderse tanto las fuentes de prueba como los medios de prueba [ASENCIO].

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

CONSO llega a sostener, en una perspectiva amplia, que todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiendo considerar toda su disciplina como un instrumento de defensa. Empero, CAPELLETTI, cuestionando tan excesiva posición, acotó correctamente que las reglas de prueba también persiguen otras finalidades, según el caso, tales como garantizar el hallazgo de la verdad o salvaguardar un desarrollo eficaz del procedimiento [MIRANDA], así como también evitar errores o malentendidos de parte del juzgador, evitar prejuicios o pérdidas de tiempo [TARUFFO].

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

Esta línea restrictiva o estricta ha sido, igualmente, asumida por la jurisprudencia constitucional colombiana. La Sentencia SU-159/02 llega a sostener que la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa –todos ellos, al igual que las garantías genéricas de tutela jurisdiccional y de presunción de inocencia– (artículo

29 de la Constitución de ese país), sino además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

Es claro que el término prueba prohibida ha de reservarse para identificar los efectos procesales que derivan de la ilicitud probatoria, esto es, prohibición de admisión –antes, prohibición de obtención [agregamos nosotros]– y la prohibición de valoración de dicha prueba [MIRANDA]. Se trata, siempre, de reconocer la prohibición de incorporar al proceso prueba lograda en contravención a las normas constitucionales y a las normas que regulan cada uno de los medios probatorios [BROWN].

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

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

1. Las que directamente prohíben a los órganos de la persecución penal indagar sobre determinados hechos históricos –prohibiciones de tema de prueba–. BELING las denominó “prohibiciones probatorias *absolutas*”. Por ejemplo, prohibición de indagar sobre la verdad de una imputación injuriosa como regla general (artículo 135 CP).
2. Las que se vinculan a determinados modos de adquisición de prueba, y lo hacen a través de (i) su prohibición (v.gr.: testimonio de parientes próximos al imputados en su contra: artículo 165.1 del CPP) –prohibiciones de métodos de prueba–, o (ii) de su prescripción (v.gr.: mandato de probar el estado civil o de la ciudadanía de las personas mediante una prueba documental específica: artículo 157.2 del CPP –prohibiciones de medios de prueba–. Se denominan “prohibiciones probatorias relativas” [GUARIGLIA].

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

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

Cubre dos grupos de casos [DENCKER]:

1. Prohibiciones de valoración probatoria *dependientes* –expresión acuñada por ROGALL (1979)–. Son normas que proscriben la incorporación y valoración en el marco del proceso penal de aquellos medios de prueba que han sido adquiridos mediante la lesión a un precepto legal que reglamenta los presupuestos y el modo de dicha adquisición. Así, por ejemplo, prohibición de menoscabar la decisión y actuación voluntaria del imputado: artículo 157.3 del CPP (Ejecutoria Suprema RN número 1615-2002/Junín, de 19-12-2003, sobre torturas al imputado declarante; y, Ejecutoria Suprema RN número 2678-2006/Huánuco, de 17-7-2006, sobre diligencia de reconocimiento sin la forma legal); y, la lesión al deber de información de derechos al imputado: artículo 87.2 del CPP.
2. Prohibiciones de valoración probatoria *independientes*. Son normas que autorizan injerencias estatales regulares en la esfera de derechos de un individuo y que resultan excluidas del proceso debido a que su valoración lesionaría otros derechos constitucionales o legales garantizados, como por ejemplo el derecho a la intimidad o a la personalidad. No presuponen una lesión a la prohibición de adquisición de prueba. Así, v.gr., valoración en su contra del silencio del imputado (artículo 87.2 del CPP), pues ello importaría, según el BGH Alemán, una coacción indirecta contraria a la libertad de decisión voluntaria [DENCKER].

En rigor de verdad, se tiene, desde la perspectiva germana, prohibiciones de recolección y prohibiciones de valoración probatoria. La primera prohíbe proveerse

de pruebas sobre un tema determinado, con ciertos medios o con determinados métodos de prueba –todas ellas demarcan o delimitan el deber de esclarecimiento impuesto a los órganos de la persecución penal–. La segunda prohíbe la valoración de informaciones que se han obtenido o bien a través de una recolección probatoria, o bien de otra manera –obligan así al juez a suprimir parcialmente su conocimiento sobre los hechos–. Es evidente la prohibición de valoración –inutilización de la prueba– cuando la norma procesal violada está orientada a asegurar los fundamentos de la posición jurídico-procesal del imputado o del acusado en el proceso penal [VÖLK].

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

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

4. Régimen normativo

El CPP establece, como técnica jurídica o institución jurídica específica, que las pruebas –fuentes y medios de prueba– incorporadas al proceso que quebrantan la Constitución y también la Ley son inutilizables (modelo-fuente del artículo 191 CPP Italiano: *inutilizzabilità* como ineficacia). Así fluye de lo preceptuado en el artículo 159 del CPP –que se circunscribe a los derechos fundamentales– y de lo establecido en el artículo 155.1 CPP: “*la actividad probatoria está regulada no solo por la Constitución y los Tratados, sino por el CPP [la ley]*”. Su finalidad, en ambos casos, es excluir las pruebas irregulares –entendidas como ilícitas– del procedimiento penal [CONTI]. Se erige en una institución procesal autónoma [GÖSSEL].

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

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

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

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

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

La inutilizabilidad es un tipo de invalidez o ineficacia, una suerte de sanción procesal (*sanzione processuale*), que no afecta tanto al acto en sí cuanto a su “valor probatorio” –a su eficacia–, diferenciándose por ello de la nulidad: su carácter invalidante solo opera en el ámbito probatorio [CHIAVARIO]. En tanto sanción procesal –al igual que la inadmisibilidad y la nulidad–, importa, específicamente, la amenaza de tornar ineficaces o invalores los actos referidos a la actividad probatoria que adolezcan de vicios graves. Las sanciones, asociadas

a la inadmisibilidad y la nulidad, se refieren a aquellos actos procesales que inobservaron formas, secuencias legales o términos perentorios establecidos en la ley procesal –la primera impide el ingreso jurídico de un acto al proceso, mientras que le segunda torna ineficaz un acto ya ingresado– [HAIRABEDIAN].

La nulidad recae (i) cuando falta un requisito al que la ley conmina con la nulidad (carácter expreso o principio de taxatividad de la nulidad), (ii) para su declaración se requiere generación de perjuicios para las partes –declaración como última ratio y siempre que exista indefensión material (Sentencia de Casación número 16-20056-Huaura, de 12-3-2010), (iii) los defectos son mayormente subsanables –en la mayoría de los casos– y, siempre, (iv) precluyen al recaer sentencia firme [ASENCIO] –véanse artículos 149/154 del CPP–. Hacer mención a la nulidad es referirse a la teoría de los actos jurídicos, impropio para hacer referencia a un fenómeno que no reúne las notas conceptuales de aquéllos, pues se focaliza en la cuestión de si una prueba puede ser valorada en el proceso o si, por la forma de su obtención o por otra circunstancia, existe respecto de ella una prohibición de valoración (STSE de 8-5-1997).

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

La inutilización impide el efecto fundamental del acto de aportación de hechos: fundamentar una decisión judicial –actúa directamente, no sobre el acto, sino específicamente sobre su valor probatorio–. Esa es su nota característica fundamental: un tipo de invalidez que se traduce directamente en un límite al libre convencimiento del juez [TONINI], residenciada en la carencia de validez y eficacia probatoria de la prueba ilícita. Se circunscribe a la admisión y la valoración de los medios de prueba, incluso comprende la adquisición de fuentes de prueba –actividad anterior a la formalización del proceso jurisdiccional y realizada incluso por quien no es parte procesal–; se separa, por ello, de la

nulidad procesal –que solo comprende actos cumplidos en el curso del proceso–. Despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión del medio de prueba y en el momento de su apreciación [MIRANDA]. Unido a ellos, junto a la inutilización como consecuencia de la adquisición de una prueba ilegítima, se regula la inutilización para la deliberación en el artículo 393.1 del CPP.

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

Tiene, además, en tanto garantía objetiva del proceso frente a las infracciones de los poderes públicos y de los particulares, un carácter insubsanable y no pueden ser convalidada con posterioridad por su carácter imperativo, ni siquiera se acepta la aquiescencia explícita o implícita del perjudicado por aquella ilicitud (SSTSE de 29-3-1990 y de 24-1-1998); aunque, es de acotar, siempre limitadamente, que, en muy determinados casos –si concurren las circunstancias objetivas necesarias–, es posible lograr una prueba “*ex novo*” a través de la repetición lícita de la diligencia declara inutilizable [PICO Y JUNOY].

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

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

La inutilizabilidad de una prueba por vulnerar el ordenamiento jurídico debe recogerse en la propia resolución judicial. El juez debe señalar el contenido de esa prueba y las circunstancias de su obtención y/o práctica, para que el órgano de revisión pueda, en su caso, pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión sobre si tomó o no en consideración tal diligencia por razones de ilicitud

(STSE de 11-10-1994). Desde luego tal decisión debe motivarse debidamente, es decir, explicitarse las razones o motivos utilizados para decidir acerca de la licitud o ilicitud de una determinada prueba [VEGAS TORRES].

La inutilización que provoca los efectos del artículo 159 CPP: prohibición de admisión y de valoración es la prevista en una norma de adquisición de prueba. Se somete al principio de taxatividad –en el sentido de que del precepto legal debe partir todo el desarrollo dogmático procesal para afirmar la ineficacia probatoria–. La inutilización es un concepto procesal cuya eficacia se desarrolla en el ámbito del proceso. Si la prohibición figura en una norma material también se trataría de prueba ilícita, y con mayor fuerza si tal prohibición se contempla también en una norma procesal. Es el caso del artículo 157^o.3 del CPP: prohibición de métodos contra el libre desarrollo de la personalidad. Nunca se debe admitir como prueba cualquier actividad prohibida por la ley [BONET]. Es la única forma de garantizar su inefectividad.

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

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

Una primera clasificación, siempre desde la perspectiva del rango de la norma violada, es la inutilización por infracción de la legalidad constitucional. El

CPP, de modo general, consagra la inutilización expresa a la llamada “prueba inconstitucional” –vulneración de la Constitución y de los tratados: cada norma de ese nivel, en cuanto reconoce con el máximo rango normativo los derechos fundamentales, individualiza una esfera de intereses cuya vulneración debe evitarse y, en su caso, sancionar–. Así la denominó la Corte Constitucional Italiana en su sentencia n.º 34/1973, de 6-4-1973, sobre registro ilegítimo de grabaciones telefónicas: *prove incostituzionali*; oportunidad en que señaló que “*las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquel a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas*”. Es claro, sin embargo, que, por imperio del artículo 155.1 del CPP, se tiene la inutilización por quebrantamiento de la legalidad ordinaria –las prohibiciones señaladas en el CPP–. Esta es la concepción italiana [ALLENNA].

Es necesario tener presente, como está comúnmente aceptado, que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que son susceptibles de limitación, precisamente, cuando el juego de equilibrio se decante hacia otro fin en tensión, cual sería el caso de las necesidades del proceso penal. Esta limitación requiere de la concurrencia de una serie de presupuestos, que serían los siguientes: **1)** fin constitucionalmente legítimo de la medida; **2)** previsión normativa; **3)** jurisdiccionalidad; **4)** necesidad cualificada de motivación; **5)** sujeción al principio de proporcionalidad *stricto sensu*; y, **6)** ejecución y control judicial de la medida. Es interesante al respecto, por asumir plenamente estos lineamientos, las SSTEDH Kopp de 25-3-1998 y Valenzuela de 30-7-1998 [ARMENTA]. De ello fluye, como apunta SCHÜTZ, que el principio de proporcionalidad ensancha el ámbito de los espacios libres de persecución a través de olas prohibiciones probatorias [GONZALEZ-CUELLAR].

Desde las normas constitucionales se establece el principio conforme al cual, en materia de derechos fundamentales, todo está prohibido salvo lo que explícitamente resulta admitido en los casos y modos establecidos por ley y de acuerdo a los fines legítimos del proceso penal [CONTI]. La inutilización es, en estos casos, irremediable. (Así: C. Cost. de 4-4-1973, n.º 34, sobre interceptaciones; y, C. Cost. de 7-5-2008, n.º 149, sobre videograbaciones. De igual modo, Ejecutoria Suprema RN número 3429-2002/Lima, de 19-8-2004, sobre grabaciones sin autorización judicial). Sin embargo, desde una línea fina es de tener en cuenta que los errores inofensivos o las irregularidades menores que no tienen potencial para sacrificar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el

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

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

En la Argentina, que ha seguido cuidadosamente la jurisprudencia estadounidense, el primer caso fue “*Hermanos Charles*” (5-9-1891), en que la Corte Suprema excluyó la prueba de cargo por provenir de una sustracción y de un procedimiento contrario a la ley, bajo un argumento fundamentalmente axiológico –interés de la moral– [CAFFERATA]–. Este argumento fue reiterado bajo la noción de “integridad judicial” en los casos *Monticelli Prozillo* (1984), *Fiorentino* (27-11-1984) y *Ruiz* (1988) [HAIRABEDIÁN].

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

En el derecho angloamericano, en cambio, la regla de exclusión tiene una finalidad disuasoria, denominada *deterrent effect*, como consta en las sentencias

Olmstead vs. USA (1928), Rochin vs. California (1952), USA vs. Calandra (1974) y USA vs. Janis (1976) –en ellas se abandonó la más garantista concepción de la integridad judicial que plantearon las sentencias McNabb vs. USA (1943) y Elkins vs. USA (1960)–. A estos fundamentos, a continuación, se agregó la visión utilitarista de costes y beneficios –*cost-benefit analysis*–, es decir, que además de la finalidad disuasoria la exclusión probatoria se condiciona al coste social que puede generar su aplicación, como se definió en la sentencia Davis vs. USA (2011), y antes en la auroral sentencia Linkletter vs. Walker (1965), que significaron la presencia del realismo jurídico en la escena estadounidense y la lógica de desconstitucionalización de la regla de exclusión [FIDALGO]. Dice, al respecto CHIESA, que “...el alcance de la regla de exclusión debe determinarse con base en un balance entre costo social y el propósito disuasivo de la regla. Cuando el efecto disuasivo de la aplicación de la regla de exclusión es poco o ninguno y el costo social de la exclusión es patente, no debe aplicarse la regla de exclusión”.

Estas últimas concepciones de la jurisprudencia estadounidense han tenido su corolario en la sentencia Hudson vs. Michigan (2006), que liberó a los policías en los casos de allanamiento del requisito formal “*Knock and announce*” –esperar breves segundos (de 15 a 20) luego de advertir su presencia para el efectivo ingreso domiciliario–, pero sosteniendo, como nueva doctrina, que la atenuación de la *exclusionary rule* tiene que ver con una pérdida de efectos disuasivos a partir de la existencia de otros medios como podrían ser la reparación civil, la mejor preparación de los funcionarios del orden, su creciente profesionalización y el costo que tiene para la sociedad aplicar la regla de exclusión, que llevaría en algunos casos a dejar libre a personas peligrosas [CHAIJA]. La regla, pues, se convierte en excepción y, con ello, se deja de considerar al proceso penal como garantía de los derechos.

Colofón de esta tesitura es, hasta ahora, la última etapa jurisdiccional de la Corte Suprema de Estados Unidos, afirmada por la sentencia David vs. USA (2011), referida a un registro personal sin causa probable. En ese fallo se indicó: “La Policía no violó lo dispuesto en la Cuarta Enmienda de manera deliberada ni desafiante; ni siquiera incurrió en negligencia. Por lo que, en los casos en los que la policía actúa de buena fe, creyendo de forma objetiva y razonable que su conducta es legal o, cuando su conducta implica una negligencia aislada, la supresión de las pruebas encontradas es una medida disuasoria extralimitada respecto a la actuación policial, por lo que su aplicación no procede”.

Cabe destacar, respecto del *deterrent effect*, lo dudoso de su fundamento, al punto que la propia jurisprudencia estadounidense ha llegado a sostener que no existe constatación empírica de este efecto disuasorio –así: Sentencias Bivens

vs. Six Unknown Federal Narcotics Agents (1971) y Stone vs. Powell (1976)–. Esta evolución jurisprudencial olvidó, lamentablemente, que la regla de exclusión sobre la base de tres grandes razones, que a menudo convergen: la tutela del derecho fundamental, el efecto disuasorio sobre los agentes de la policía y la idea de “integridad judicial” de la Constitución, que impide basar una resolución en elementos inconstitucionales [EUSAMIO/SÁNCHEZ].

Por ende, solo es lícito en el descubrimiento de la verdad aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así como la dignidad, la libertad, etc., *dentro de los parámetros fijados por la ley* [ATSE de 18-6-1992, caso “Naseiro”].

Sin duda, el concepto de *prohibiciones probatorias* es polémico. Se dice que existe prohibición probatoria cuando la ley no permite la admisión de una prueba en el procedimiento, de tal suerte que el fiscal o el juez no podrán incorporarla a las actuaciones. Con esta expresión se quiere manifestar que concurren limitaciones a la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva e individual” [AMBOS].

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

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

El concepto de *prohibiciones probatorias* es muy polémico. Se dice en Italia, al amparo de la teoría de la “carencia del poder de instrucción”, que existe una prohibición donde la ley no permite la admisión de una prueba en el procedimiento, de tal suerte que la autoridad investigadora o juzgadora no podrá incorporarla a las actuaciones (Cass., sec. I, de 25-10-2004).

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

1. Localizar el interés protegido desde la norma violada –la función de la norma violada–.
2. Establecer el rango de ese interés.
3. Ponderar el grado o gravedad de lesión que tal instancia ha sufrido (apreciación concreta de la gravedad de la lesión) –se excluye la inutilización cuando en el caso concreto se aprecie una lesión no relevante para el interés protegido de la norma–. Lo último significa que determinadas violaciones de normas procedimentales probatorias no excluyen la utilizabilidad de las fuentes de pruebas obtenidas (v.gr.: grabación de conversaciones al detenido y a sus familiares, siempre que el fin no será el contenido sino utilizar la grabación para una prueba de reconocimiento de voz – Cass., sec.VI, de 28-11-2008).
4. Determinar la efectiva utilidad probatoria del dato obtenido.
5. Definir el comportamiento del titular del derecho [CONTI].

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

Ahora bien, ¿toda infracción de la legalidad determina la inutilizabilidad de la prueba? Es evidente que si se trata del contenido constitucionalmente garantizado –su núcleo esencial– de un derecho fundamental, la inutilizabilidad es absoluta, sin objeciones ni excepciones posibles. Ello no quita, por cierto –lo implica–, analizar el derecho fundamental para determinar, precisamente, su núcleo esencial intangible, como se anotó en la Ejecutoria Suprema número 1408-2007/Lima Norte, de 18-120-2008. Emerge de la misma norma constitucional y del carácter inviolable

del derecho fundamental. Es la consecuencia obligatoria de la denominada “inutilización constitucional”.

Distinto es el caso estadounidense, en que la regla de exclusión no es un derecho constitucional implícito en la cuarta enmienda sino un mecanismo procesal establecido por el Poder Judicial para prevenir futuras violaciones a la Constitución por parte de los agentes policiales. Como resultado de esa premisa, la Corte Suprema USA permitió una serie de excepciones a la regla, bajo el modelo de costo beneficio, conforme al cual balancea los costos sociales que resultan de la exclusión de la prueba en contra del efecto disuasivo de la aplicación de la misma [SALAS CALERO]. Las razones de las excepciones, explicitadas claramente en el caso *Stone vs. Powell* (1976) y que se inició con el caso *Schmerber vs. California* (1966), apartándose del caso *Mapp vs. Ohio* (ejemplo de absolutismo de la regla de exclusión), en cuya virtud se opta finalmente por admitir la utilización de una prueba ilícita cuando el material fuese de gran valor probatorio, son fundamentalmente dos: **1.** La primacía del programa gubernamental, con el presidente Nixon, de ‘Ley y Orden’, que asumió como eje la lucha contra el crimen y la reducción de los elevados costes que, según se consideraba, tenía la aplicación extensiva de la regla de exclusión. **2.** La asunción de una política criminal que postulaba que esa regla permitía que muchos culpables quedan en libertad por errores sin importancia de la policía, y que, por otro lado, no lograba que los agentes de la autoridad redujesen el número de actuaciones ilícitas que llevaban a cabo [EUSAMIO/SÁNCHEZ]. Más tarde, empero, las estadísticas y encuestas realizadas a juristas, policías, fiscales y jueces, demostraron lo erróneo de esas tesis: el coste era bajísimo, las exclusiones no eran significativas, y las fuerzas policiales no estaban interesadas en limitar esas reglas.

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

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

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

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

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

La llamada teoría del “efecto dominó” (así denominada por el Tribunal Supremo español en la STSE de 17-6-1994) –teoría *dei frutti dell'albero avvelenato* o *fruit of the poisonous tree: fruto del árbol envenenado*– exige para su declaración la existencia de una relación causal jurídicamente relevante. El vicio de origen se extiende sólo en aquellos casos en que la ilegitimidad de las actuaciones originarias influyen decisivamente en el resultado de la prueba dependiente; o cuando las actuaciones indagatorias ilícitas resulten funcionalmente preordenadas a la adquisición de la prueba derivada. La Corte de Casación Italiana tiene expuesto que dada la naturaleza del vicio, que incide directamente sobre la idoneidad para desarrollar función de prueba, se insta su transmisión a las actuaciones siguientes (Sentencia de 10-10-1993, Caso Messina).

El fundamento de la prueba prohibida radica en que, de no ser así, las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente, lo que es más relevante en el caso de la prueba derivada. La Corte Suprema USA en el caso

Mapp vs. Ohio (1961) dijo: *“la aplicación de las reglas del debido proceso no puede quedar al arbitrio de cualquier policía, porque si el Estado admitiese el uso de pruebas ilícitamente obtenidas, estimularía la desobediencia a la Constitución”* –el origen de esa doctrina, empero, se sitúa en el caso Silverthorne Lumber Co. vs. USA (1920), a propósito de un registro ilegal y la subsiguiente incautación de documentos inculpativos–. Esa misma Corte, tratándose de intervenciones telefónicas ilegales, en el caso Nardone vs. USA (1939) –donde surgió la metáfora del “fruto del árbol envenenado” en la ponencia del Juez Frankfurter, y que tiene indudables connotaciones bíblicas (Mateo 12:33: *si el árbol es bueno, su fruto es bueno; si el árbol es malo, su fruto es malo, porque por el fruto se conoce al árbol*)– resolvió que debían excluirse de toda validez las pruebas que se conocieron a raíz de una grabación a la conversación del imputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial –esta doctrina tiene como precedente el caso Silverthorne Lumber Co. vs. USA (1920) en la ponencia del Juez Holmes–. Bajo esa misma noción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso Daray (1994) estableció que si la iniciación de las actuaciones y la incautación del cuerpo del delito son consecuencia directa y necesaria de una detención ilegal, y no existen otros elementos independientes de ella que podrían haber fundado la promoción de la acción penal, corresponde la nulidad de todo el procedimiento; antes, en el caso “Rayford, Reginald y otros” (13-5-1986), reiterado en el caso “Francomano”, acotó que: *“si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquel”*.

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

La Constitución consagra una disciplina del proceso en los artículos 2.24.e) y 139; y, de otra parte, el citado artículo 159 del CPP prescribe que: *“El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”*. La lógica de esta última norma es que su aplicación requiere como presupuesto causal, directo o indirecto, la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de una información de cargo; como anotó la STSE 448/1997 de 4 de marzo: *“[...] la prohibición alcanza*

tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental, como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (directa o indirectamente)". Por ende, una vez constatada, acarreará como consecuencia la absoluta exclusión de ésta, que no podrá operar de manera alguna en el proceso. Acreditada la violación de un derecho fundamental, serán inutilizables los resultados tanto de la prueba matriz como de los de la(s) prueba(s) refleja(s). Se trata pues de una regla de exclusión, y, como tal, llamada a operar en un momento previo al de la valoración de la prueba, ya que la que resulta afectada por ella, por prescripción legal, carecerá de aptitud para ser evaluada [ANDRÉS].

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

Estos casos, de prueba derivada, entrañan dos componentes: un acto regular, lícito, por el cual se incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la garantía, y otro anterior, irregular, que afecta la garantía y torna posible, por su resultado —el resultado adquirido mediante él—, la práctica del siguiente. Aquí la conclusión, de ordinario, será negar la valoración del segundo acto.

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

Para su identificación se aplica el método de la *supresión mental hipotética*: se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente

adquirido de modo mediato [MAIER]. En esa misma tesitura la Corte Suprema de la Argentina en el caso “Fiscal vs. Aguilera Maldonado y otros” (10-4-2007) enfatizó: “No incurre en arbitrariedad aquella resolución que confirmó la sentencia condenatoria del acusado recurriendo al método de supresión mental hipotética, verificando si la prueba ilegal eliminada fue decisiva para la solución del caso, allanamiento del domicilio del imputado sin orden judicial, pues el método utilizado es plenamente válido para determinar, en el procedimiento de exclusión probatoria, si suprimido el eslabón viciado subsisten otras pruebas eficaces para sustentar la imputación”.

La valoración de la conexión debe realizarse atendiendo únicamente a la conexión misma, a la dependencia real, al uso espurio de la prueba indirecta, y a factores que desmientan la conexión o la justifiquen [ASENCIO]. Ha de preguntarse si la prueba que se cuestiona se hubiera o no descubierto sin la previa actuación ilícita (STSE de 16-1-1995). Por consiguiente, que si a pesar de la ilicitud incurrida de modo primario existen otras fuentes por las que necesariamente, con un grado razonable de certeza, se hubiera podido llegar al conocimiento e incorporación de los elementos probatorios consecuentes, la inutilización probatoria no alcanza a estos [JAUCHEN].

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

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

Dentro de una pluralidad de adquisiciones de prueba, si una de ellas es ilícita, puede advertirse, como relativamente segura, tres excepciones, aunque es de enfatizar que la regla es siempre la inutilización probatoria, en tanto en cuanto la ley no reconoce excepciones. Habrá, pues, que examinar detenidamente, desde el derecho tutelado, si se ha producido una infracción o no al bien jurídico o interés jurídico protegido:

1. Se tiene el llamado “descubrimiento inevitable” (*inevitable discovery*) –sentencia *Nix vs. Williams* (1984), a la que siguió la sentencia *Oregon vs. Elstad* (1985)–, conforme al cual una prueba obtenida por medios prohibidos puede

ser admitida y valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta, en el caso concreto, por medios lícitos –aquí el buen sentido común y las reglas de experiencia son, por ello, esenciales; también lo es el principio de que la duda favorece al reo–. En todo caso, se requiere que exista en marcha una línea de investigación paralela que hubiera conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos [GASCÓN].

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

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

Podría considerarse un supuesto de descubrimiento inevitable lo examinado en Ejecutoria Suprema recaída en el “caso El Polo” (número 4826-2005/Lima, de 19-7- 2007), que excepcionalmente justificó un registro domiciliario sin orden judicial pero con causa probable [VILLAR].

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

Es de insistir que si la prueba se obtiene haciendo uso de un medio independiente de una actuación ilícita, no puede ser excluida; tal adquisición de información está completamente libre de vicios. La prueba independiente o autónoma es una prueba en sí misma lícita y que tampoco tiene una conexión causal alguna con aquella violación inicial de los derechos fundamentales, de tal modo que si se suprime mentalmente el acto infractor, dicha prueba resulta inalterada [CAMPANER]. Así, por ejemplo, registros domiciliarios autorizados por resolución motivada y desconectados de una intervención telefónica declarada ineficaz (STCE n.º 14/2001); intervención telefónica sin motivar los indicios que la justifican —lo que lo convierte en ineficaz—, pero constatada la intervención de otros teléfonos mediante autos motivados, que es independiente de la anterior, se entiende que la condena se fundó en prueba de cargo independientes (STCF n.º 138/2001); y, existencia de declaraciones de agentes policiales que observaron al imputado realizar varias operaciones de venta de drogas y las de varios compradores de drogas que confirmaron esa actividad, frente a una incautación de droga derivada de una allanamiento ilegal (STSE de 8-11-1999).

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

Diverso es el caso, reflejado en las sentencias de la Corte Suprema de la Argentina (RAYDORD, RUIZ Y DARAY), cuando mencionan que, en general, es posible utilizar una prueba obtenida de manera ilegal cuando surja de la causa la posibilidad concreta de arribar al mismo resultado mediante un curso de investigación alternativo, autónomo de la fuente contagiada de ilegitimidad —fuentes independientes o cursos hipótesis de la investigación—, para lo cual resultará necesario corroborar la existencia de un camino seguro para arribar al dato obtenido por la vía ilegal [CHAIA]. No obstante ello, ya no se está ante una fuente independiente no maculada y, por ello, la declaración de inutilización es inevitable, sin excepciones.

3. Un caso polémico es el de la confesión del imputado, que puede operar como prueba autónoma e independiente de la prueba inutilizable, siempre que se acredite que dicha declaración esté precedida del previo informe de sus derechos constitucionales de guardar silencio, que en ese momento esté asistido por su abogado, y que se trate de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones

sugestivas que puedan alterar la voluntariedad de la misma (v.gr.: STSE de 12-2-2014). Luego se volverá respecto de este supuesto, pero desde ya es de rechazarla como excepción.

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

4. Un último supuesto, de carácter general, planteado por la sentencia Chapman vs. California (1969), es la doctrina del error inocuo (*harmless error exception*). Según ese fallo cuando una prueba inadmisibles no ha sido debidamente excluida en primera instancia y se ha dictado sentencia condenatoria, no procederá la anulación de la sentencia por esa causa cuando el defecto sea considerado por el Tribunal de Apelación irrelevante para el resultado final del caso. El Tribunal ha de tener la certeza hipotética de que el acusado habría sido igualmente condenado. Los errores y defectos sin relevancia práctica sobre los procedimientos judiciales no constituyen causa de nulidad, si hubiera certeza de que el resultado habría sido el mismo de no haberse producido el error en cuestión. La sentencia Arizona vs. Fulminante (1991) puntualizó que esta doctrina recaía en los errores procesales (*trials errors*), pero no en los errores estructurales (*structural errors*) [FIDALGO].

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

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

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

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

La sentencia del Pleno de la Corte de Casación Italiana de 16-5-1996, por el contrario, afirmó que el respeto de los derechos fundamentales constitucionalmente tutelados comporta que las pruebas incorporadas en violación de los mismos son radicalmente inutilizables; y ello sin perjuicio, por ejemplo, del deber de practicar

el secuestro de la heroína, que es un acto debido, y que debe ser efectuado de todas formas.

Si se atribuye que la actuación de la autoridad es ilícita, si no delictiva, es exigible para su inutilización judicial algo más que una sospecha carente de fundamento (STSE de 23-1-2013). El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a tener a toda persona como inocente en tanto no concurren pruebas que acrediten su culpabilidad; pero no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no quede establecido de manera plena lo contrario (STSE n.º 406/2010). Las limitaciones para revisar los hechos en casación rigen también para aquellos que fundan la presunta ilicitud de una prueba [MARTÍNEZ JIMÉNEZ].

Otra excepción, derivada de la teoría española de la “conexión de antijuricidad” –iniciada en la STCE 81/1998, de 2 de abril–, la cual fue creada precisamente para justificar e identificar excepciones a la regla de exclusión [GASCÓN], es la excepción de confesión voluntaria del imputado –en buena medida procedente de la doctrina del nexo causal atenuado–: *attenuation of causal connection* o *purget taint* –contaminación atenuada–, propia de la sentencia Wong Sun vs. USA (1963) y de las sentencias USA vs. Ceccolini (1978) y Dunaway vs. New York (1979). Indica esta excepción que si las pruebas fueron obtenidas de una forma suficientemente diferenciada de la ilegalidad originaria como para determinar que estaban “limpias” de dicha ilicitud, entonces, al haberse roto la conexión inicial, serían admitidas [EUSAMIO/SÁNCHEZ]. Determinar cuándo se ha roto esta cadena variará en función de las circunstancias del caso concreto, pero se toma como referencia (i) el factor temporal: lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente; (ii) la intencionalidad del agente público y el efecto disuasorio que sobre él podría tener la inadmisión de la prueba; y, (iii) la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza derivada de la ilicitud, es decir, el resultado [MARTÍNEZ GARCÍA].

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

La STCE 161/1999, de 2-9-1999, estableció que la confesión, o admisión de los hechos criminales, siempre voluntaria e informada del imputado, enerva la presunción de inocencia, al no existir ‘conexión de antijuricidad’ con un registro domiciliario ilegal o declarado ilegal, lo que permite su condena; esa misma conclusión siguió la STEDH caso Gäfgen de 1-6-2010. A estos efectos se requiere que al imputado: **(i)** se le informe de modo previo de sus correspondientes derechos—entre los que se tiene el de guardar silencio o negarse a contestar—, **(ii)** se encuentre al momento de la declaración asistido de su letrado—no es fiable una declaración policial sin la presencia del defensor [STEDH caso Yury Volkov de 19-12-2013], y **(iii)** se trate de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad [SSTEDH casos JB de 3-5-2011 y Weh de 8-4-2004]—bajo el entendido de que la confesión por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad—; esta tesis fue la adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Wong Sun (1963), aunque luego cuestionada en el caso Brown vs. Illinois (1975). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ha sido más restrictiva, pues en dos bloques de decisiones (SSTSE 369/1999, de 13-3-1999, y 370/2008, de 19-6-2008) ha sostenido que **(i)** solo será aceptable la validez de la declaración autoinculpatoria cuando se produce con posterioridad a que el Juez haya declarado la nulidad de la diligencia inconstitucional, sea cual fuere la fase procesal en que suceda, o **(ii)** cuando se produce por un imputado consciente de la eventual anulación de la diligencia en cuestión y sus resultados, por ser inconstitucional [CAMPANER].

Empero, lo cierto es que, como plantearon las SSTSE de 17-1-2003, y n.º 160/2003, de 24-2-2003, y 1048/2004, de 22-9-2004, en la práctica los datos confesados suelen provenir directamente y estar íntimamente relacionados con los obtenidos de forma ilícita; la confesión, consecuentemente, no puede catalogarse como proveniente de una causa real diferente y totalmente ajena a la ilegitimidad del acto previo: no es posible estimar que lo ilícito no existió o que existiendo no es causa precisa de lo que admita el imputado [GÓMEZ COLOMER]. La confesión no puede ser nunca una prueba renovada, la infracción grave del ordenamiento jurídico determina que no es subsanable ni convalidable, de tal manera que nunca puede ser practicada una prueba derivada de aquélla que sirva para remediar la violación previa [ASENCIO]. Por lo demás, como dejó anotado la STSE 125/2010, de 16-2-2010, “[...] *No se puede dejar en manos de un letrado, por muy técnico en derecho que sea, la decisión de permitir, sin las advertencias y debidos asesoramientos jurídicos, la autoimputación de un hecho que lleva aparejada una pena grave. El sistema no puede permanecer indiferente ante la*

posible inhabilidad técnica o el consejo perjudicial que puede emanar del director técnico y llevar a una confesión de consecuencias extremadamente gravosas". No cabe que el juzgador sortee las previsiones del legislador elaborando tesis jurisprudenciales que no se adecuan a las estrictas previsiones de la ley [CAMPANER].

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

Por último, una excepción mayoritariamente aceptada es la denominada "prueba ilícita *in bonam partem*" –se considera una excepción lógica a la regla general de inutilización probatoria–. Se está ante este supuesto cuando a pesar de la ilegalidad con la que se ha obtenido la prueba, el significado de ella tiene una eficacia a favor del imputado. Como las garantías se construyen en homenaje fundamentalmente al imputado, adquieren mayor eficacia cuando un elemento probatorio obtenido ilegalmente permite el esclarecimiento de los hechos corroborando el estado de inocencia del imputado [JAUCHEN]. El límite de esta excepción se da cuando la ilegalidad haya sido provocada o producida de propósito por el propio imputado [HUERTAS MARTÍN]; solo se admite para tal valoración, entonces, a partir del artículo VIII.3 TP del CPP, fuentes de pruebas obtenidas ilícitamente por agentes estatales; no está autorizado al imputado a obtener pruebas lesionando derechos fundamentales de terceros para luego utilizarlas a su favor [TALAVERA].

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

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

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste; la justicia no va a cuidar los derechos de los ciudadanos, más allá de que éstos estén interesados en su preservación [CAFFERATA]. Al respecto, la Corte Suprema de la Argentina sostuvo en la Sentencia recaída en el caso “Fiscal vs. Fernández”, de 11-12-1990: “el riesgo tomado a cargo por un individuo que propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien de esa forma, tomó conocimiento de ellos”.

Tres ideas son claves al respecto. Primera, quien comunica a otro una cosa libremente corre el riesgo cierto de que este último la revele. Segunda, no se afecta el derecho al secreto de las comunicaciones porque éste se circunscribe a la tutela frente a terceros ajenos a la comunicación, no a quien participa en la misma y sin conocimiento que la otra parte registra su tenor (STCE 4/1984, de 29 de noviembre) –cualquier persona puede grabar su propia conversación –sobre los comunicantes no pesa el deber de secreto–, salvo que se trate de quien está obligado al secreto profesional y, por ende, no puede divulgar lo que conoce en virtud de esa relación; incluso, si uno de los interlocutores en la conversación telefónica autoriza a la Policía a registrar sus conversaciones para poder así determinar el número desde el que le llamaban, al contar con aparato técnico para ello (STCE 56/2003, de 24 de marzo)–. Tercera, tampoco se lesiona el derecho a la intimidad, en tanto en cuanto éste no comprende al que decide cometer un delito y manifiesta así su propósito criminal –debe diferenciarse, por lo demás, entre comunicaciones íntimas y privadas, y las que no lo son (STSE de 10-2-1998)–; cuando una persona exterioriza sus pensamientos sin coacción de ninguna especie, demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás (STSE de 11-5-1994).

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

La doctrina de los “hallazgos casuales” incide, de uno u otro modo, en la inutilizabilidad probatoria. Ésta surge cuando lícitamente durante una diligencia de investigación de búsqueda y obtención de pruebas relacionadas con un determinado delito, aparecen pruebas relativas a un delito distinto, que pueden referirse al mismo investigado o a otra persona. La doctrina jurisprudencial española utilizó, al respecto, dos criterios: el delito flagrante (SSTSE 315/2003, de 4 de marzo, y 981/2003, de 3 de julio) y el de la regla de la conexidad (SSTSE de 30-3-1998 y de 4-10-1993).

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

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

Distinto de la ineficacia o inutilizabilidad derivada es el llamado “*principio de no sustitución*”. No se cuestionan dos pruebas en relación de prejudicialidad, más bien de una prueba que se convierte en un atajo para rodear una prohibición relativa a otra prueba (v.gr.: testimonio utilizado para introducir subrepticamente los resultados de una interceptación viciada en sí misma (Sentencia Cass., sec. II, de 18-3-2008). El principio general de legalidad de la prueba permite deducir una prohibición general de desviaciones subrepticias: es una regla general [CONTI].

El Pleno de la Corte de Casación Italiana de 24-9-2003 estableció que cuando el Código establece una prohibición probatoria o una ineficacia expresa,

está prohibido el recurso a otros instrumentos procesales, típicos o atípicos, utilizados con la finalidad de sortear subrepticamente la referida prohibición probatoria expresamente establecida.

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

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

Esto último trae a cuenta dos datos esenciales:

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

Segundo. La relevancia del sujeto infractor, si es un sujeto público en el ejercicio de sus funciones o un sujeto privado, ha originado diversas posiciones. Unos consideran que la Constitución sólo limita la acción de los poderes públicos y, más en concreto, de que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia directa frente a los poderes públicos –se extiende a todo tipo de empleados públicos que realicen actos de investigativa naturaleza pública, así como los particulares cuando actúan como instrumentos de agentes del orden público [CHAIJA]– y no frente a los particulares (Sentencia USA vs. Jacobsen, 1984). Esta postura se basa en la consideración de que la finalidad de las prohibiciones probatorias estriba en desalentar a los policías y a otros órganos de persecución del delito a incurrir en actos delictivos o en prácticas irregulares en la obtención de la prueba [LÓPEZ BARJA].

Sin embargo, la posición más extendida en nuestro Derecho eurocontinental es la contraria, pues se estima que todos están obligados al respeto de los derechos fundamentales –de la legalidad–, que la Constitución tiene un fuerza normativa y los derechos fundamentales son inviolables, por lo que no interesa quién realice la violación desde afuera de un norma-garantía [GÁLVEZ MUÑOZ]. Es más, se reconoce que la obtención de una prueba bajo parámetros que podrían ser considerados ilícitos no es una actividad privativa de los órganos estatales; los particulares suelen realizar prácticas tendientes a obtener datos o información que luego aporta n al proceso penal sin respetar las disposiciones relativas a la forma en que deben adquirirse esas pruebas [CHAIJA]. El Tribunal Constitucional claramente opta por esta esta posición, puesto que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también al de aquellas establecidas entre particulares (STC número 410-2002-AA/TC); además, cualquier acto proveniente de una persona natural o jurídica que pretenda conculcar o desconocer los derechos fundamentales resulta inexorablemente inconstitucional (STC número 1124-2002-AA/TC).

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

Primero, es evidente que los casos más comunes de infracciones a la legalidad probatoria se producen en el ámbito de la recolección de fuentes de prueba, y, por tanto, no es razonable siquiera suponer que exista alguna razón dogmática o normativa para impedir que en sede de investigación preparatoria pueda inutilizarse lo obtenido en contra de la legalidad –la contaminación de toda la actividad investigativa, a partir de la cual se pueden dictar numerosas resoluciones instructoras, es argumento suficiente para concluir que la declaración de inutilización debe estar expedita desde el primer momento–. Otro argumento importante estriba en que mantener un proceso sobre una prueba ilícita atenta a las igualdad de las partes, a la buena fe y al derecho de defensa [ASENCIO]; de igual manera, se corre el riesgo de que puedan dictarse medidas coercitivas tanto personales como reales sobre la base de pruebas ilícitamente, consumándose en sede judicial la lesión irreparable a los derechos de las personas [CASTILLO]. Lo importante es la existencia de una violación de las normas-garantía sobre

la prueba, determinantes de la sanción de inutilización probatoria, “[...] *no el momento en que tal violación se haya producido*” [GÁLVEZ MUÑOZ]. Una prueba ilícita no debe ser admitida; de serlo, no debe ser practicada; y, en último caso, no debe ser valorada [ASENCIO]. De ahí que sostener, como lo hace el Tribunal Constitucional, que no se puede inutilizar pruebas en una etapa inicial del proceso penal, es sustancialmente incorrecto, tal como consta de la STC número 4023-2007-PHC/TC-Lima, de 4-10-2007, caso García Sifuentes; y, de la STC número 655-2010-PHC/TC-Lima, de 17-10-2010, caso Quimper Herrera [SÁNCHEZ CÓRDOVA].

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

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

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

Por consiguiente, es profundamente equivocada la STC número 655-2010-PHC/TC, de 27 de octubre de 2010, que decidió que el momento oportuno para inutilizar la prueba es el juicio oral. Las normas procesales no avalan esta tesis. El CPP considera la prueba ilícita como un supuesto de ineficacia que debe decretarse y denunciarse cuando antes, tan pronto sea conocida, aunque es

obvio que, en tratándose de inutilización de pruebas, no cabe la convalidación ni opera la preclusión [CAMPANER]. Una prueba ilícita no solo puede fundar una sentencia condenatoria, tampoco puede servir para imputar, procesar o adoptar medidas de coerción contra el encausado.

Una prueba ilícita no es que afecte el principio de valoración de la prueba –que sería el caso si se espera a la emisión de la sentencia–, sino vulnera el principio de legitimidad –de licitud– de la prueba [SÁNCHEZ CÓRDOVA] y, por ello, debe inutilizarse apenas se advierta. Con razón, expresó la STC número 2333-2004/HC-TC-Callao, de 12-8-2004, que la prueba debe respetar el principio de licitud. De igual manera, el principio de libertad probatoria que rige en el derecho procesal moderno, no es absoluto, sufre concretas limitaciones referidas directamente a los medios de prueba, a sus elementos, e indirectamente a la valoración de la prueba [BROWN].

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

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

3. Prueba ilícita e inicio del proceso. Un sector de la doctrina considera que, si la imputación se sustenta exclusivamente en prueba ilícita o que no existe posibilidad de obtener y actuar prueba al margen o con independencia de esa ilicitud, se vulnera un presupuesto procesal vinculado a la causa, concretamente una imposibilidad de proceder por falta de acción. Si no se puede realizar un proceso con pleno respeto de los derechos o garantías individuales y de las reglas

que disciplinan el proceso, entonces, no cabe aprobar la incoación de la causa; el objeto procesal no puede dilucidarse en las condiciones legales previstas por el ordenamiento [PASTOR, PÉREZ MORENO, CAFFERATA].

5. Prueba ilícita y delito provocado

En la actividad de investigación se advierte el empleo de medios predispuestos para la obtención de pruebas –medios personales y medios materiales (elementos de escucha y grabación de sonidos y de la imagen)–. Los medios personales importan los casos del agente provocador, del infiltrado o agente encubierto o especial, del que realiza operaciones encubiertas, del confidente y del colaborador [RIVES SEVA]. La Ley procesal penal ha regulado expresamente a los tres últimos y determina en qué supuestos es del caso darles mérito probatorio, salvo el caso del confidente –anónimo por excelencia– respecto del que existe una prohibición expresa de incorporar su información a través de la declaración del policía (artículo 163.3 del CPP).

El delito provocado es aquel que se realiza en virtud de la inducción o instigación de un agente público que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un delito, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta en cuestión, obstruyendo finalmente el momento decisivo del hecho criminal, con lo cual consigue no solo la casi segura detención del provocado sino la obtención de pruebas en su contra. Esta noción, desde luego, parte de entender la tergiversación que supone esta técnica policial de la figura de la instigación o inducción, en tanto título de intervención delictiva (artículo 24 del Código Penal). Según el concepto descripto, son tres los elementos esenciales del delito provocado: *(i)* un elemento subjetivo constituido por la incitación desarrollada por el agente policial en un tercero para que cometa un delito –creación del dolo de delinquir por el agente policial–; *(ii)* un elemento objetivo-teleológico constituido por la detención del provocado, interrumpiendo la acción delictiva –su consumación o agotamiento–; y, *(iii)* un elemento material constituido por la total ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, pues todo este hecho está bajo control policial –se trataría de un delito imposible– (STSE 395/2014, de 13 de mayo) –se ha entender, en suma, que es una instigación a cometer un delito sin el propósito de que el inducido llegue a cometerlo [PÉREZ ARROYO]. La impunidad del sujeto provocado nace de la falta de legitimidad para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades –genera una voluntad viciada del sujeto provocado–, cuya misión es la persecución y el descubrimiento del delito no la instigación de su

comisión, que traspasa los límites de la legalidad. En estos casos, sin duda, se está ante una prueba ilícita por vulneración del debido proceso, específicamente de la legalidad procesal y de la interdicción de la arbitrariedad (SSTSE de 11 de octubre de 1995 y de 25 de septiembre de 2008).

En esta misma línea han señalado las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Lalas contra Lituania* y *Ramanauskas contra Lituania*, de 1 de marzo de 2001 y 5 de febrero de 2008, respectivamente: “Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados –ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones– no se limitan a investigar actividades delictivas de manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso”. En estos casos, insiste el TEDH, se priva al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

Distinto es el caso del denominado “agente descubridor del delito” que realiza engaños para el esclarecimiento de delitos cometidos –también se le llama “agente provocador como modalidad de investigación encubierta” [PÉREZ ARROYO]–. Lo común de esta técnica es, desde luego, la utilización del engaño, pero el agente policial intervine para descubrir la infracción cometida con anterioridad, delitos ya cometidos. Por lo general este método se utiliza para los delitos de tracto sucesivo en donde la autoría y estructura criminal es difusa (v.gr.: tráfico ilícito de drogas), en que el agente policial busca los medios, las formas o los canales por los que el delito se desenvuelve, es decir, pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas –sin distinguir si el hecho que fundamenta la sospecha se encuentra en etapa de preparación o si ya ha superado el comienzo de ejecución–. La decisión de delinquir del agente delictivo es libre y nace espontáneamente, mientras la intervención policial se produce cuando el delito ya existía o cuando la interferencia del agente policial no fue una inicial tentación criminógena, aunque sí de descubrimiento (STSE de 18 de abril de 1972). Cabe destacar que los agentes policiales no están obligados a revelar su carácter de tales a quien ya han decidido la comisión del delito, sin perjuicio naturalmente de los límites que a este respecto cabe deducir del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* (STSE de 20 de octubre de 1997). Por tanto, se castiga al agente delictivo por las actividades preexistentes que sean constitutivas de delito y no, exclusivamente, por el acto realizado luego a propósito del engaño policial (STSE de 20 de febrero de 1991).

Es importante, en este último supuesto en el que se castiga a los investigados, que debe probarse fehacientemente la actividad delictiva preexistente y solo a partir de tal acreditación es posible condenar incluso por el segundo acto propio de la actividad de engaño [cfr.: SSTSE de 20 de febrero de 1991 y de 1 de julio de 1994].

Así las cosas, son dos los presupuestos determinantes de la licitud de las pruebas obtenidas en los marcos de una provocación al delito: materiales y formales. **1.** Los presupuestos materiales son los elementos de orden comisivo del delito sobre los cuales el sujeto provocado tiene total dominio aún sin la intervención del agente policial o un individuo a instancia de aquél, el cual solo debe aportar a la realización del delito medios permisivos para su ejecución; la voluntad comisiva del provocado ha de traducirse en una comisión continuada previa a la intervención del agente, sin quedarse en lo exclusivamente subjetivo, como es propio de la doctrina estadounidense del entrampamiento o “doctrine of entrampment” (Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Sorell vs USA*, de 1932). **2.** Los presupuestos formales, propios del concepto mismo de agente provocador: *(i)* existencia del fin en la punición del delito provocado, *(ii)* inexistencia de la voluntad en la consumación del delito y *(iii)* antelación de las medidas necesarias a fin de evitar los efectos de la acción provocada, de suerte que su inconcurrencia determinaría la ilicitud de las fuentes de prueba obtenidas [PÉREZ ARROYO].

PARTE OCTAVA
IMPUGNACIÓN PENAL

LECCIÓN VIGÉSIMA TERCERA

IMPUGNACIÓN PENAL

I. ASPECTOS GENERALES

1. Regulación

El CPP dedica el Libro IV a la impugnación penal. Comprende un total de 42 artículos: 404-445. Este Libro está subdividido en siete Secciones. Son las siguientes:

- A.** Sección I. Preceptos generales: artículos 404-412 (nueve artículos).
- B.** Sección II. Recursos: artículos 413-414 (dos artículos).
- C.** Sección III. Recurso de reposición: artículo 415 (un artículo).
- D.** Sección IV. Recurso de apelación: artículos 416-426 (once artículos). Se subdivide en tres títulos:
 - (i)** Título I. Preceptos generales: artículos 416-419 (cuatro artículos).
 - (ii)** Título II. Apelación de autos: artículo 420 (un artículo).
 - (iii)** Título III. Apelación de sentencias: artículos 421-426 (seis artículos).
- E.** Sección V. Recurso de casación: artículos 427-436 (diez artículos).
- F.** Sección VI. Recurso de queja: artículos 437-438 (dos artículos).
- G.** Sección VII. Acción de revisión: artículos 439-445 (siete artículos).

2. Definición

La doctrina alemana utiliza, en un sentido más amplio, el concepto de remedios jurídicos, como un instrumento procesal que la ley pone a disposición de las partes –y también de intervinientes accesorios– encaminado a provocar un nuevo examen de los asuntos resueltos. Estos actos procesales –que importan

diversas vías que el ordenamiento jurídico reconoce a las partes para controlar la actuación de los órganos jurisdiccionales— están sometidos al principio *iudex ne procedat ex officio* [BELING].

Los remedios jurídicos pueden ser: (*i*) impugnación: recursos y acciones de impugnación (Libro IV del CPP); (*ii*) acción de tutela del imputado contra la conducta de la Policía y del fiscal investigador (artículo 71.4 del CPP); (*iii*) oposición a la exhibición de bienes (artículo 224.2 del CPP); (*iv*) reexamen de pruebas, de medidas de búsqueda de pruebas, de intervención de comunicaciones, de incautación de bienes (artículos 155, 204, 123.3 y 319.2 del CPP); (*v*) reposición del plazo (artículo 145 del CPP); (*vi*) examen judicial de la disposición fiscal sobre medidas de protección (artículo 145 del CPP); (*vii*) solicitud de conclusión del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334.2 y 343.2 del CPP); (*viii*) solicitud de actuación de actos de investigación (artículo 337.5 del CPP); (*ix*) instancia de elevación de la disposición de archivo al fiscal superior en grado (artículos 344.5 del CPP); (*x*) corrección, aclaración y adición de resoluciones; (*xi*) incidente de nulidad de actuaciones (artículos 149-154 del CPP).

En orden a los remedios jurídicos, debe tenerse en cuenta una regla básica: el instrumento procesal utilizado debe adecuarse al acto procesal que se cuestiona, conforme al artículo 358 CPC (Casación Civil, Sentencia n.º 1278-2004/Loreto, de 28-02-06). En especial, no resulta posible la sustitución de los medios de impugnación que la ley franquea por articulaciones de nulidad de actuaciones. Así lo tiene decidida la casación, entre otros, en las Sentencias n.º 607-99 y 1188-01. Igualmente, está prohibido el doble recurso contra una misma resolución (Casación Civil, Ejecutoria Suprema n.º 576-2001).

3. La impugnación penal

3.1. Concepto y tipología

La voz *impugnar* significa combatir o solicitar la invalidación de algo, en especial una decisión oficial [ALVARADO]. De esta manera, la impugnación penal es el instrumento legal puesto a disposición de las partes destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad [ORTELLS]. Su presupuesto es siempre una resolución judicial; solo los actos de decisión a cargo del tribunal son pasibles de impugnación por esta vía [D'ALBORA]. La titularidad del derecho de impugnación (*legitimatio ad causam*), la atribución de este derecho corresponde a las partes [LEONE]. Todo medio de impugnación inicia una nueva fase, que se enlaza a la que está en curso, o hace

revivir dentro de ciertos límites el que ya estaba concluido –que es el caso de la acción impugnativa de revisión– [FLORIÁN].

Tratándose de sentencias definitivas, aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos solo exige que se prevea un recurso frente a las sentencias condenatorias, ese mínimo no es de recibo en nuestra Constitución que no impone límites al respecto. Por lo demás, la tutela de las garantías que asisten al acusado no es la única finalidad perseguida por el proceso penal; además de ella, la búsqueda de la verdad como elemento legitimador de la decisión judicial es una finalidad esencial, pues solo a través de la contradicción entre varias versiones de los hechos y de la revisión de los posibles errores en los que incurre la resolución judicial que resuelve sobre ellos es posible llegar a conocer la verdad [FERNÁNDEZ LÓPEZ].

Los medios de impugnación, para los que se exige una declaración expresa de voluntad por quien procura obtener un nuevo examen de lo decidido, pueden clasificarse del siguiente modo:

- (i) Acciones de impugnación consistentes en la incoación de un nuevo proceso por haber adquirido firmeza la sentencia con la que se dirigen (artículos 439-445 CPP) –es una nueva acción o pretensión de carácter constitutivo–: acción de impugnación; y
- (ii) Medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de las cuestiones ya resueltas mediante resoluciones no firmes (artículo 413 CPP): recursos de reposición, apelación, casación y queja –son una prolongación del derecho de acción–.

La finalidad del medio de impugnación es corregir vicios tanto en la aplicación del derecho como en la apreciación de los hechos padecidos por la resolución final y, además, analizar el trámite seguido durante el desarrollo de la causa – en este último supuesto se analiza si los actos del procedimiento se han producido con sujeción a lo previsto por la ley en lo que atañe a los sujetos, al objeto y a las formas– [D'ALBORA]. En suma, su finalidad es garantizar, en general, que todas las resoluciones judiciales se ajusten al derecho y, en particular, que la Sentencia sea respetuosa con las exigencias de la garantía de la tutela jurisdiccional [GIMENO].

3.2. Bases de la impugnación. Notas esenciales

Los jueces desarrollan su función de aplicar la ley en las causas de que conocen, sometidos a normas constitucionales –sustantivas y procesales–, después a normas ordinarias materiales o sustantivas, para resolver sobre el fondo y, por fin, a normas procesales, ordenadoras de la actividad necesaria para llegar a la

decisión del caso. Cualquiera de estas normas puede ser, así calificadas por las partes, incorrectamente entendida y aplicada; asimismo, el juzgador ha podido errar en la determinación de la base fáctica fundamento de su juicio. A partir de estas premisas se percibe los medios de impugnación, (i) como un derecho de impugnación, ligado al valor seguridad jurídica y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; y (ii) como necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas –o cumplan su función pacificadora–, y el derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo [BINDER]. Tales son las bases que permiten a las partes cuestionar las decisiones jurisdiccionales.

A partir de lo expuesto, las partes, en tanto una resolución judicial les produzca un perjuicio o gravamen, pueden instar un nuevo examen y una nueva resolución del asunto, sobre el que recae la resolución impugnada. Si se trata de una sentencia firme, el instrumento procesal es la demanda de revisión; si se trata de una resolución no firme, el instrumento procesal es el recurso.

Desde sus notas esenciales se tiene no solo que (i) la parte perjudicada por la resolución ostenta legitimación para recurrirla. También que (ii) la interposición de la impugnación no afecta la subsistencia de los efectos procesales de la litis, permaneciendo durante su tramitación los efectos de la litispendencia, y si el recurso es devolutivo la jurisdicción pasa a ostentarla el *iudex ad quem*. Asimismo, que (iii) el uso de los medios de impugnación es independiente de la posición que las partes ostenten en el litigio, pudiendo ser recurrente, tanto el Ministerio Público, el querellante o el actor civil, como el imputado o el responsable civil. Igualmente, que (iv) a través de los mismos no cabe alterar los elementos esenciales del objeto procesal que queda delimitado con la acusación fiscal. Finalmente, que (v) la impugnación ha de ser interpuesta en los plazos y con las formalidades en cada caso contemplados en la Ley [GIMENO].

3.3. Recurso

De manera unánime se acepta el término recurso a todo medio de impugnación; y, de esta forma, se habla de recurso de apelación, nulidad, casación, entre otros [ALVARADO]. El recurso, entonces, es el instrumento procesal concedido a las partes en un proceso penal –es un acto de postulación de parte– para poder manifestar su disconformidad, dentro de ese mismo proceso, con las resoluciones que en él pudieran dictarse y que entendieran negativas o perjudiciales para sus intereses, pidiendo bien su modificación o su anulación [MONTÓN]. Los motivos generales del recurso son dos: ilegalidad e injusticia. Es decidido por el mismo

órgano judicial que dictó la resolución cuestionada o por otro superior, y su objeto es evitar los errores judiciales, y asegurar la aplicación correcta y uniforme del derecho [GIMENO]. En otras palabras, es el vocablo usado por el directamente afectado por una resolución judicial emitida por el juez que conoce la causa para atacarla ante el superior jerárquico, esto es, se puede impugnar toda resolución judicial, y cuyo conocimiento le corresponde al superior jerárquico del juez que emitió el pronunciamiento impugnado [ALVARADO].

3.4. Fundamento

La impugnación tiene un directo amparo constitucional en el artículo 139.6 de Ley Fundamental, que garantiza la pluralidad de la instancia –como tal, es de configuración legal: para su ejercicio no basta con la invocación al citado artículo constitucional–, se precisa que el legislador lo haya desarrollado legalmente [MORENO CATENA]. Su desarrollo básico –que impone necesariamente un recurso superior, jerárquico, de pleno conocimiento– en el proceso penal se encuentra en el artículo I.4 TP CPP: “Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia [las denominadas ‘resoluciones de fondo’] son susceptibles de recurso de apelación [requieren ser sometidas al control de un órgano jerárquicamente superior al que la dictó]”. La LOPJ estipula en su artículo 11 que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Solo la Corte Suprema falla en casación, la que, si la ley lo establece, también puede conocer en vía de recurso de apelación, pero solo cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema (artículo 141 Const.).

Cabe aclarar, sin embargo, que del principio constitucional de la pluralidad de la instancia –traducido por la LOJP como doble instancia– no se deriva necesariamente el derecho fundamental de apelar todas las providencias judiciales, pues aquel no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias –según nuestra Constitución diremos decisiones definitivas que se pronuncien sobre el objeto procesal o pongan fin al procedimiento penal–, las cuales siempre podrán ser impugnadas [BERNAL/MONTEALEGRE].

El acceso al recurso, bajo una concepción amplia y favorable a su ejercicio, está protegida constitucionalmente por la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.), a partir de la cual se aplica el principio hermenéutico *pro accione*, que veda aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo

excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que preservan y los intereses que sacrifican. Establecido un recurso por la Ley Procesal, el ciudadano tiene derecho a que no se le prive de ese recurso previsto por el ordenamiento jurídico [BANACLOCHE]. Es de ratificar que el artículo 139.6 de la Constitución, si bien no precisa cuántas han de ser esas instancias, el contenido mínimamente garantizado exige que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia –que es lo puntualiza el artículo 11 del TUO de la LOPJ–; luego, el recurso de apelación es el mínimo necesario y ha de ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (SCIDH, caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, párr. 164). La segunda instancia, históricamente, si la primera es el íntegro desarrollo del proceso ante el primer juez: desde el inicio hasta la sentencia, entonces, es el conjunto de actuaciones necesarias para obtener el pronunciamiento sobre lo demandado o acusado, por parte del segundo juez: desde la promoción del recurso hasta la segunda sentencia –la controversia ha de ser objeto de un doble o nuevo examen por órganos distintos–. La decisión final (sentencia y autos equivalentes), y solo ella, es la que debe ser materia de un nuevo examen y, por tanto, integran el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la pluralidad de la instancia [ARIANO DEHO]. Además, la Constitución no se afilia a ningún modelo de apelación: *novum iudicium* (nuevo juicio) o *revisio prioris instantiae* (revisión de la anterior instancia), solo impone que la resolución que ponga fin a la instancia pueda ser recurrida para generar un nuevo pronunciamiento en una segunda instancia [CAVANI].

Más allá de estas consideraciones, el fundamento de la impugnación se encuentra (i) en el reconocimiento de falibilidad humana –posibilidad de errores en la aplicación de las normas jurídicas y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar–; y (ii) en la necesidad que la certeza alcance su plenitud cuando la parte gravada por una resolución judicial la estime no adecuada a derecho –insatisfacción subjetiva de la parte perjudicada por la resolución judicial–, cuyo ejercicio incrementa el nivel de acierto en aquella [GIMENO]. Precede a todo, sin embargo, como presupuesto del fundamento del medio de impugnación, la injusticia en la decisión [GUARIGLIA].

Si la falibilidad humana es el fundamento de la impugnación, parece lógico que, teniendo la materia judicial una importancia central para la paz social, es de rigor disponer la posibilidad de impugnación de las resoluciones judiciales a cargo de alguien ajeno al Poder Judicial: los litigantes, a partir del cual el enjuiciamiento gana en reflexión, en control externo y, por tanto, en razonabilidad y perfección [NIEVA].

La impugnación, entonces, persigue:

- A. Ofrecer a las partes la posibilidad de poder combatir los errores en que pudieran haber incurrido los jueces al enjuiciar por primera vez un determinado asunto.
- B. Además, desde una perspectiva meramente objetiva, constituye una garantía que acrecienta indiscutiblemente el nivel de acierto en la decisión final.
- C. En los medios de impugnación devolutivos se estimula, incluso, el celo y la diligencia de los jueces que hayan de resolver por primera vez la cuestión. Opera como una medida de prevención general al voluntarismo judicial [GARBERF].

3.5. Notas esenciales

Son cinco:

- A. La regla general –con cargo a su mayor desarrollo en otro epígrafe– es que solo la parte perjudicada con una resolución judicial tiene legitimación para recurrirla.
- B. La interposición de un recurso no afecta la subsistencia de los efectos procesales de la litis, permaneciendo durante su tramitación los efectos de la litispendencia –el efecto más importante es, entonces, impedir que la resolución recurrida adquiera firmeza–. Si el recurso es devolutivo la jurisdicción pasa a ostentarla el Tribunal *Ad Quem*, sin perjuicio que el juez *a quo* mantenga su competencia para la adopción de determinadas medidas provisionales.
- C. La posibilidad de utilización de los recursos es independiente de la posición procesal de las partes, en tanto experimenten un gravamen. Pueden ser recurrentes tanto el acusado como el fiscal, la persona jurídica, el actor civil y el responsable civil.
- D. El recurso no permite alterar el objeto procesal; impide resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente en la etapa correspondiente. La impugnación recursal determina, por tanto, la prolongación del proceso a través de un nuevo procedimiento, que sucede a aquel, que ha conducido a la decisión impugnada [CARNELUTTI].
- E. Los recursos han de ser interpuestos en los plazos y con las formalidades legalmente previstas [GIMENO].

II. RECURSOS PENALES Y CLASIFICACIÓN

1. Aspectos generales

Son cuatro los criterios de clasificación: **1.** Por la naturaleza del recurso: impugnación en sentido estricto y medios de gravamen. **2.** Según el órgano competente: devolutivos y no devolutivos. **3.** Por el ámbito del recurso: ordinario, extraordinario y accesorio. **4.** Por el contenido del pronunciamiento que es objeto del recurso. Este desarrollo conceptual parte, mayormente, de los planteamientos de MONTERO AROCA – FLORS MATÍES.

1.1. Naturaleza del recurso

Es la clasificación clásica y está vinculada a los alcances del recurso. Son de dos clases:

1.1.1 Impugnación en sentido estricto

Son aquellos recursos que están dirigidos a alcanzar la nulidad o rescisión de la resolución, ya sea por vicios de actividad o por defectos de juicio (*vitiums in procedendo*) o por defectos de juicio (*vitiums in iure e in factum*). Se tiene:

- A.** Vicios de actividad (*in procedendo*). Es la violación de normas procesales. El juez se encuentra frente a la ley procesal en una posición de destinatario de las normas. Ellas regulan su conducta y le imponen actuar de un modo determinado en el proceso. Su inobservancia origina error in procedendo, esto es, irregularidades en alguno de los actos externos que componen la resolución y el procedimiento que la antecede –la resolución carece de alguno de los presupuestos de su formación procesal que vician su origen o forma [FENECH]–. Son de dos tipos.
- Defecto de tramitación o vicio de procedimiento. Inobservancia del rito establecido para llegar a la sentencia. Afecta la regularidad del juicio. Así, denegación ilegal de prueba, omisión de citación o emplazamiento, no suspensión del juicio.
 - Defecto estructural de resolución o vicio por defecto del fallo. Inobservancia de las reglas de conformación de la resolución, sea en los antecedentes fácticos de la misma, en la motivación –por ausencia o por defecto–, o en la decisión –incongruencia–. Así, contradicción de hechos probados, incongruencia extra petita, citra petita.

Estos defectos inciden en los requisitos que debe cumplir un acto procesal: modo, contenido, tiempo u oportunidad en que debe producirse, así como al lugar, a los actos que deben precederlo o rodearlo o seguirlo, y a su compatibilidad con las conductas procesales anteriores. Este error, en suma, se traduce en la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso, la comisión de irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso [VEscovI].

B. Defectos de juicio. Es la violación de normas de derecho material. El juez se encuentra frente a las normas materiales en una posición diversa. El juez interpreta, declara, aplica el derecho a los hechos. El defecto de juicio importa una desviación o equivocación lógica del fallo, una vulneración de los presupuestos que determinan la corrección de su contenido. Son de dos tipos.

- **Vicio in iuris.** Error en la inteligencia de la norma aplicable al hecho fijado. Puede ser: **1.** Error por inobservancia de la ley: omite el cumplimiento de lo que la ley manda en un caso concreto. **2.** Error en la aplicación de la ley: inexacta valoración jurídica del caso por defecto de selección de la ley aplicable o por defecto de interpretación.
- **Vicio in factum.** Error que versa sobre una fijación de los hechos que difiere de la verdad histórica. Es decir, sobre el mérito de los elementos probatorios tenidos en cuenta para determinar el núcleo fáctico del caso –supuesto fáctico equivocado o incorrecta interpretación de la situación de hecho–.

1.1.2. Medios de gravamen

Son aquellos recursos que están enderezados a obtener una resolución judicial que venga a sustituir a la primera que perjudica los intereses del recurrente, pero que no necesariamente debe ser ilegal o lícita. Sustenta la vigencia del doble grado de jurisdicción.

Por ejemplo, recursos contra resoluciones judiciales de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia (reposición, apelación y queja).

1.2. Órgano competente

Por el recurso el segundo examen (o el tercero si se trata de casación) implica que el recurso puede confiarse, bien al mismo órgano judicial que dictó

la resolución que se impugna, bien a un órgano distinto y superior. En el primer caso se está ante recursos no devolutivos y en el segundo se está ante recursos devolutivos, existiendo entonces un órgano judicial inferior (*iudex a quo*) y otro superior (*iudex ad quem*). En el CPP el único recurso no devolutivo es el de reposición, y son recursos devolutivos los demás: apelación, queja y casación.

La palabra “devolutivo” respondió, en sus orígenes, a una determinada manera de entender el ejercicio de la jurisdicción. Cuando ésta, primero, se entiende detentada por el Rey, que la delega en los tribunales y, posteriormente, cuando se establece que solo las Chancillerías y las Audiencias ejercen jurisdicción propia, de suerte que la jurisdicción de los jueces de primera instancia era meramente delegada, y cuando el recurrente pide que el asunto pasara al juez del recurso ello suponía “devolver” la jurisdicción a quien la había delegado. Hoy en día la palabra “devolutivo” no puede entenderse así porque todos los órganos jurisdiccionales ejercen la misma jurisdicción (en cuanto potestad) siendo distinto solo el ámbito competencial en el que esa potestad es ejercida.

1.3. Ámbito del recurso

Es una clasificación que está en función a lo que se “devuelve” al órgano jurisdicción superior, luego, solo aplicable para los recursos devolutivos. Esta clasificación permite distinguir entre recursos ordinarios, recursos extraordinarios y recursos accesorios.

1.3.1. Recursos ordinarios

La ley no establece un *numerus clausus* de motivos que condicionan su admisión y, consiguientemente, la limitación de los poderes del órgano *ad quem*. El recurso ordinario tipo es la apelación. No existen causales determinadas por la ley y los órganos *a quo* y *ad quem* tienen los mismos poderes frente a la controversia, aunque siempre es posible que la parte recurrente delimite el marco de aquello de lo que recurre.

1.3.2. Recursos extraordinarios

La ley fija unos motivos frente a determinadas resoluciones cuya alegación es requisito de admisión, sirviendo al mismo tiempo para delimitar el marco de los poderes del *iudex ad quem*. El recurso extraordinario tipo es la casación, que fija una lista cerrada de motivos o causales y los poderes de la Corte Suprema se limitan a la resolución de esos motivos o causales, sin perjuicio que el casacionista lo reduzca a alguno o algunos de los motivos. Por ello, paradójicamente, se dice que la Corte

Suprema es el órgano jurisdiccional con menos ámbito de competencia, pues puede conocer del conjunto de una causa, lo que si puede hacer la Corte Superior mediante el recurso de apelación, que no limita en sí mismo el ámbito de la cognición.

1.3.3. Recursos accesorios

La ley determina su viabilidad para examinar si los presupuestos procesales de los recursos (objetivos, subjetivos y formales), ordinarios o extraordinarios, han sido respetados cuando el órgano de instancia dictó una resolución de rechazo liminar del mismo. El recurso accesorio tipo es el de queja, que se erige en un medio de impugnación en sentido estricto de mero control de legalidad.

1.4. Contenido del pronunciamiento objeto del recurso

Distingue entre recursos procesales y recursos materiales; distinción que parte de otra previa, referida también a resoluciones procesales y resoluciones materiales.

1.4.1 Recurso procesal

En todos los supuestos en que una resolución no se pronuncia sobre la pretensión (objeto del proceso en sentido estricto), se está ante una resolución procesal, y el recurso que se admite contra la misma perseguirá únicamente la adecuación de lo decidido a una norma procesal, lo que se resolverá normalmente en la nulidad de la resolución más que en una modificación de la misma. El ejemplo más claro es (i) la reposición contra decretos y autos denegatorios de apelación por el *ad quem*, (ii) la apelación contra autos no definitivos o interlocutorios, o cuando la apelación se basa en quebrantamiento de preceptos o garantías procesales y, desde luego, (iii) el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal. Los recursos procesales no son nunca una fase del proceso, no pueden ser una segunda instancia y no cabe exigir en todo caso la existencia de un gravamen directo –solo debe bastar que la resolución, de cualquier modo, incluso indirectamente, pueda afectar desfavorablemente a la parte, lo que tiene especial incidencia en el caso de las resoluciones nulas de pleno derecho–.

1.4.2 Recurso material

Se está ante un recurso material cuando la resolución impugnada aplica las normas materiales o sustantivas, que sirven para decidir sobre el objeto del proceso, es decir, sobre la estimación o desestimación de la pretensión interpuesta por el

Ministerio Público o el actor civil, o de la resistencia planteada por el imputado, tercero civil o persona jurídica. Los recursos contra ella se dirigen a obtener otra resolución que modifique la impugnada. Este es el caso de la apelación, cuando no se interpone por quebrantamiento de normas o garantías procesales, y de la casación por infracción de precepto material.

2. Condiciones constitucionales del sistema de recursos

2.1. Exigencias constitucionales

Son cuatro las exigencias constitucionales del sistema recursal:

- A.** Control de legalidad de las resoluciones, tanto de las leyes de fondo como las de rito.
- B.** Garantizar el valor justicia, a través del doble grado de jurisdicción.
- C.** Formación de la doctrina jurisprudencial y búsqueda de la unidad del derecho.
- D.** Tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los jueces.

Así, corresponde a la Corte Suprema, a través del recurso de casación, la misión de uniformizar la jurisprudencia y tutelar los derechos fundamentales. Por su parte, corresponde a la Corte Superior, a través del recurso de apelación –entendido como un recurso ordinario y generalizado–, garantizar la justicia del caso concreto y tutelar la legalidad ordinaria.

2.2. Directivas en materia de recursos

Antes de ingresar a mencionar las directivas, es preciso hacer un breve resumen de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CIDH– dictada en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

2.2.1. Antecedentes: SCIDH de 02-07-04: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

El caso se refiere a violaciones cometidas por el Estado, al haber emitido el 12-11-99 una sentencia condenatoria, como consecuencia de que los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre, todos de 1995, se publicaron en el periódico *La Nación* diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa. Su contenido consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita

belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves. La mencionada sentencia, emitida por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, condenó al Sr. Herrera Ulloa como autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, por lo que se le impuso una pena consistente en una multa y además se le ordenó que publicara el “Por tanto” de la sentencia en el periódico *La Nación*. Asimismo, la sentencia declaró con lugar la acción civil resarcitoria y, por ende, se condenó al señor Herrera Ulloa y al periódico *La Nación*, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de una indemnización por concepto de daño moral causado por las mencionadas publicaciones y, a su vez, al pago de costas procesales y personales. Se ordenó al mencionado periódico que retirara el enlace existente en *La Nación digital*, que se encontraba en Internet, entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, y que estableciera una liga en *La Nación digital*, entre los artículos querellados y la parte resolutive de la sentencia.

El defensor del querellado Herrera Ulloa y apoderado especial de este último y del periódico *La Nación* interpuso ante el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José un recurso de casación contra la sentencia condenatoria por, *inter alia*, vicios en el fundamento de la sentencia por quebranto de las reglas de la sana crítica. Con la interposición del recurso se solicitó que se procediera a la anulación de la sentencia y a la absolución del imputado. Asimismo, Herrera Ulloa interpuso de manera conjunta con el señor Fernán Vargas Rohrmoser, en su condición de apoderado de *Nación*, un recurso de casación independiente del planteado por su defensor por, *inter alia*, inobservancia del debido principio lógico de derivación y por falta de correlación entre acusación y sentencia.

El 24-01-01 la Sala III de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar los recursos de casación interpuestos. Como consecuencia de esa decisión quedó firme la sentencia condenatoria. 21-02-01 se ordenó la ejecución de la sentencia. El 3 de abril del mismo año el Tribunal Penal de Juicio de Primer Circuito Judicial de San José declaró sin lugar el recurso de revocatoria y nulidad concomitante interpuesto por el defensor de Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico *La Nación*. El 24-04-01 el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José ordenó la suspensión de la ejecución de la sentencia y de las resoluciones que al respecto dependan de ella.

2.2.2. Análisis de la CIDH

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. El artículo 8.2h de la Convención Americana dispone que durante el proceso toda persona tenga derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. En este sentido la Corte considera que el derecho de recurrir es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Con ello se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. La Corte precisa que el derecho a recurrir el fallo consagrado por la Convención no se satisface con la mera existencia de un órgano superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Una verdadera revisión requiere que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Es de acotar que el proceso penal es uno solo a través de diversas etapas que incluye la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

En este sentido, el recurso que contempla el artículo 8.2h de la Convención debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho. Los Estados no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. No basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. Esto es, la posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Es importante, por tanto, que el recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

En el presente caso los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria no satisfacen el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permita que el Tribunal Superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el Tribunal Inferior. Lo expuesto conlleva que el recurso de casación planteado contra la sentencia condenatoria no satisface los requisitos del artículo 8.2h. de la Convención en cuanto no permitió un examen integral sino limitado.

2.2.3. Directivas a partir de lo resuelto por la Corte

La CIDH en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica de 02-07-04, fijó seis directivas en materia del sistema recursal.

- A. El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial. Debe permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.
- B. El derecho al recurso debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera firmeza.
- C. El Tribunal Superior debe reunir las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. El proceso es uno a través de sus diversas etapas.
- D. El recurso debe ser eficaz y accesible. Debe evitarse dificultades a su acceso y dar respuesta a su finalidad revisora.
- E. El Tribunal Superior debe proteger las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes.
- F. El recurso debe garantizar el examen integral de la causa. Es insuficiente circunscribirlo a la revisión de los aspectos formales y legales de la sentencia. Por eso la casación sin apelación previa viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Principios generales del recurso

3.1. Identificación

Son cinco los principios que deben tenerse en consideración: (i) principio dispositivo, que es el más trascendente y, hasta cierto punto, base de los demás; (ii) *tantum devolutum quantum appellatio* o efecto parcial devolutivo; (iii) interdicción de la *reformatio in peius*; (iv) limitación del poder de reparación o integración; y (v) renuncia, irrevocabilidad y desistimiento.

3.2. Principio dispositivo

Las partes, emitido un fallo, se adueñan del proceso delimitando las pautas del juego. Rige su voluntad, que condiciona la etapa de impugnación. Solo ellas pueden impugnar voluntariamente y según sus propias expectativas procesales –el presupuesto sustancial es la disconformidad con un pronunciamiento

jurisdiccional—. Cuatro son las consecuencias de este principio: **(i)** impugnar en forma parcial una resolución, aceptando los puntos no cuestionados; **(ii)** desistir del recurso interpuesto; **(iii)** renunciar a la facultad de recurrir; **(iv)** efecto extensivo del recurso en lo favorable para el no recurrente (artículo 408.1 CPP). Las partes, pues, tienen el poder de influir en el desarrollo del procedimiento recursal: nacimiento, modificación, extinción; ellas piden una determinada decisión, introducen una pretensión concreta, de ahí que se justifica que la ley pida como presupuesto básico de su ejercicio: el interés o gravamen [LEONE].

Esta regla, empero, admite tres matizaciones. **1.** Recurso del fiscal a favor del reo, a pesar de la conformidad de él —es una regla de carácter excepcional y subsidiaria, por lo que es de estimar que es aplicable solo cuando el reo carece de una efectiva asistencia jurídica necesaria—. **2.** Recurso del fiscal incorporando motivos distintos del recurso del reo (artículo 405.1a CPP). **3.** Anulación de oficio. Esta última excepción a la regla general solo procede en caso de nulidades absolutas o insubsanables no advertidas por el impugnante, de relevancia constitucional y configuradas a favor de él (artículos 409.1 y 150 CPP), salvo cuando se trata de una sentencia absolutoria impugnada por el fiscal o el actor civil, pues las garantías del imputado no pueden ser utilizadas en su contra invalidando una resolución que, a pesar de la inobservancia de preceptos constitucionales específicos, le ha sido favorable. En todo caso, el fiscal no puede hacer valer la infracción de normas jurídicas establecidas únicamente en favor del acusado, para conseguir la anulación de la sentencia en perjuicio de este [GUARIGLIA].

3.3. Limitada competencia del Tribunal Superior. Efecto parcialmente devolutivo

El *tantum devolutum quantum appellatum* es un límite de la extensión del conocimiento del Tribunal de Revisión [FENECH]. El Tribunal Superior encuentra su límite de conocimiento y decisión tanto en la propia resolución recurrida cuanto en aquellos puntos cuestionados por el recurrente, es decir, en los motivos del agravio, aun cuando advierta errores no planteados por este (artículo 409.1 CPP). El Tribunal Superior, empero, podrá conocer de aquellos temas que por íntima conexión resultan imprescindibles para absolver la pretensión impugnativa —no se excluye, sin duda, la denominada especificación implícita, esto es, la extensión del motivo concerniente a una cuestión a todas las otras que estén lógicamente implicadas en ella— [CARNELUTTI]. Esta regla es la principal consecuencia efectiva desde los poderes del Tribunal Revisor del principio dispositivo.

Si bien el análisis recursal del Tribunal Superior se limita a los agravios hechos valer por el recurrente, es posible que pueda examinar otros puntos para mejorar y extender lo beneficioso a otros no recurrentes. La excepción a la regla se encuentra en el recurso del fiscal deducido contra el imputado, en cuya virtud el Tribunal puede modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado (*reformatio in melior*) [PALACIO]. El límite cognoscitivo que impone el principio de congruencia para el juez de primera instancia se aplica también a la alzada, cuyo conocimiento en la causa se recude, por un lado, a las peticiones realizadas en la fase de constitución del proceso, y por otro, al alcance de los recursos concedidos [DE SANTO].

Cabe aclarar que si el Tribunal detecta vicios de procedimiento que se refieren al reo –a sus garantías– y el recurso proviene del fiscal, no puede anular la decisión recurrida si esta le ha sido favorable. Asimismo, si el reo recurre un fallo condenatorio en el extremo de la configuración de una circunstancia agravante, el fiscal “a favor del reo” no puede introducir elementos que este no quiere plantear; por ejemplo, recurrir alegando vicios de procedimiento para pedir la nulidad de la resolución. De otro lado, es posible omitir el análisis de agravios notoriamente inconducentes (CSJN, Argentina de 06-06-95).

3.4. Prohibición de la *reformatio in peius*

El artículo 409.3 CPP establece que la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio –la interdicción de la *reformatio in peius* (prohibición de empeoramiento) proviene de un célebre pasaje de Ulpiano: *licet enim nonnunquam bene latas sententias in peius reformet*; esto es, prohíbe que la condición jurídica de un recurrente resulte empeorada por obra exclusiva de su propio recurso [ALMAGRO]; no puede pronunciarse una nueva sentencia más desfavorable al imputado sobre el mismo objeto (RN n.º 379-2015/Lima, de 24-09-15). Es una derivación del principio acusatorio y su vulneración afecta concurrentemente la garantía de defensa procesal [ARMENTA], erigiéndose, en suma, en otro límite a la competencia del Tribunal Revisor, pero un límite respecto de la calidad del contenido de la resolución superior; el Tribunal Constitucional la calificó de una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, y si bien identificada con el derecho de defensa, tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios (STC 1918-2002-HC/TC). Desde una perspectiva dogmática, como señala ETXEBERRÍA, si el fundamento de la legitimación para recurrir es la existencia de un gravamen, el

resultado de admitirse la reforma peyorativa sería el contrario al perseguido por el recurrente: eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución impugnada. Por consiguiente, el Tribunal *Ad Quem* ha de dar a la resolución que emita el contenido que encuentre más ajustado a derecho, sin perjudicar al que interpone el recurso. No rige, desde luego, en las impugnaciones mixtas o cruzadas: varias partes enfrentadas entre sí impugnan la misma resolución, en la que exista re curso acusatorio.

El respeto de esta interdicción por parte del Tribunal Superior –basada en razones de política criminal [FENECH]– exige que los cambios que puede realizar cuando absuelva el grado no deba alterar el resultado final del juicio. Vale decir, la clase y extensión de las consecuencias jurídicas impuestas, sin perjuicio de respetar el hecho acusado –la declaración de certeza del juez *a quo*– y su propia competencia y la del juez de primer grado. El límite en cuestión se circunscribe a la pena y la reparación civil, pero no a la declaración de culpabilidad –a las categorías del delito, por lo que es indistinto en cuál de ellas se ampare el Tribunal Superior en tanto tengan el mismo alcance–. La interdicción de la reforma peyorativa debe ser observada en relación con la parte dispositiva de la decisión y no en función a su parte considerativa, y se circunscribe a los aspectos de la resolución que le resultan desfavorables al recurrente (Casación civil, Sentencias n.º 674-96/Lima, y 182996/Callao).

En tal virtud, el Tribunal *Ad Quem* puede cambiar el título condenatorio, grado del delito y tipo de autoría o participación, sin perjuicio de respetar las consecuencias jurídico-penales –no debe agravar la pena impuesta al recurrente en la instancia anterior, como por ejemplo extender el ámbito de la pena de inhabilitación, no solo la duración de esta– y, esencialmente, sin cambiar los hechos objeto de debate en la causa. Como sostiene la doctrina mayoritaria, al hablarse de perjuicio en la prohibición de la *reformatio in peius*, no se entiende por tal un concepto jurídico, como sería una calificación jurídica más grave, sino, de hecho, por lo que puede variarse la calificación jurídica a una más grave, siempre y cuando la pena no sea aumentada ni suprimidos los beneficios acordados. Como ha entendido la jurisprudencia alemana y, entre otros, ROXIN-SCHÜNEMANN, se vulnera la interdicción de empeoramiento cuando una pena privativa de libertad impuesta se agrava en una pena conjunta –se impone concurrentemente a la pena de privación de libertad las de inhabilitación y/o de multa–. En cuanto a las medidas de seguridad, esta prohibición también rige –la legislación alemana en cambio la excepciona en el caso de la internación porque estima que solo puede ser beneficio y nunca perjudicial para los acusados, lo que no podría ser de recibo en

la medida en que siempre se limita, de modo grave, el derecho fundamental más importante, que es la libertad—.

Lo que no está prohibido, en cambio, es la posibilidad de mejorar. En consecuencia, frente a un recurso acusatorio del fiscal, el tribunal puede mejorar la posición jurídica del imputado (artículo 409.3 CPP). Lo propio rige para un recurso defensivo, en cuya virtud el Tribunal Superior puede mejorar la situación jurídica del imputado más allá de su expresa pretensión impugnativa. Lo expuesto es una expresión del principio del *favor rei*, en cuya virtud el imputado, que soporta una limitación en la esfera de su libertad jurídica, se ve favorecido por el derecho en el sentido de que dicha limitación será siempre lo menos gravosa posible en la reglamentación de los intereses opuestos [LEONE].

La prohibición de la reforma peyorativa se extiende incluso al juicio de reenvío, aún si se anula el juicio a instancia de un recurso a favor del imputado. El artículo 426.2 CPP precisa que no se podrá aplicar una pena superior a la impuesta en el primero. Así, por ejemplo, se ha pronunciado la Casación Argentina: “el Tribunal del reenvío deberá acotar su desarrollo respecto del objeto procesal contenido en el requerimiento de elevación a juicio [auto de enjuiciamiento], al material probatorio producido y al margen punitivo impuesto en la sentencia recurrida” (Sala IV, de 04-05-01).

3.5. Poder de reparación o integración

Si en el marco de un único hecho procesal, entendido como el dato fáctico íntegro que constituye el objeto del proceso penal, esto es, el acontecimiento histórico mencionado en la acusación en tanto que forma, al margen de su calificación jurídica, un todo unitario cuyo procesamiento separado dividiría de forma artificial, hechos que forman parte de una unidad [SCHLÜCHTER: BGHSt 29, 283 (293)], el Tribunal *A Quo* olvidó una calificación jurídica, el Tribunal *Ad Quem* puede reparar la omisión y, en consecuencia, integrar la decisión, pues no agrega un hecho nuevo no valorado —este es el límite planteado por el principio acusatorio—.

En cambio, si el Tribunal *A Quo* omitió juzgar un hecho procesal independiente, el Tribunal *Ad Quem* no puede subsanarlo, porque ese hecho no ha sido elevado a su conocimiento. Si el Tribunal *A Quo* juzgó un hecho sin acusación, el Tribunal *Ad Quem* debe sobreseer. No cabe acusación suplementaria con motivo del recurso o en sede recursiva, pues ello perturbaría el desarrollo de la instancia recursiva.

3.6. Renuncia, desistimiento e irrevocabilidad

3.6.1. Regla general

Las manifestaciones acerca del recurso que haga la parte –como actos procesales–, en principio, son incondicionales, irrevocables e irrecorribles. El recurrente solo puede desistirse de la interposición de un recurso ya formulado (artículo 406 CPP).

3.6.2. Desistimiento

El desistimiento es la facultad que se otorga a las partes para manifestarse con eficacia plena en sentido contrario al progreso del recurso procedente o ejercitado [CLARÍA]. Como expresión del principio dispositivo, la retirada de un recurso legal interpuesto es plenamente aceptable; la parte tiene plena disponibilidad de su pretensión impugnatoria. Con arreglo al citado artículo 406 CPP, el desistimiento está sometido a cuatro requisitos, comunes a todas las partes: **1.** Solo están autorizados a desistirse quienes hayan interpuesto un recurso. **2.** Se presenta ante el juez que está tramitando el recurso, siempre antes que el grado haya sido absuelto. **3.** El desistimiento debe ser fundamentado, la parte debe explicar las razones del desistimiento. **4.** Si la solicitud la presenta el defensor, requerirá mandato o autorización expresa de su patrocinado, aun cuando él directamente haya recurrido. El desistimiento es personalísimo, no afecta a los demás recurrentes, adherentes y originarios, quienes en su caso cargarán con las costas; empero, el desistimiento afectará a los coimputados que hubiesen gozado del efecto extensivo del recurso [PALACIO].

Una extensión del desistimiento es la denominada deserción del recurso, estimado como un desistimiento tácito que produce los mismos efectos. Tiene lugar cuando el recurrente no cumple un acto procesal de mantenimiento del recurso imperativa y taxativamente impuesto. Es el caso de la inasistencia a la audiencia de apelación o de casación (artículos 423.2 y 431.2 CPP).

La Casación n.º 22-2010/Cusco, de 23-09-10, en un caso de apelación del fiscal provincial contra un auto desaprobatorio del acuerdo de terminación anticipada, en que el fiscal adjunto superior en la audiencia de apelación expresó su disconformidad con el recurso acusatorio, por lo que la Sala de Apelaciones declaró que se había producido un desistimiento del Ministerio Público sobre el referido recurso interpuesto por el señor fiscal provincial, declaró que esa discrepancia no

puede ser tomada como un desistimiento porque la ley exige que el desistimiento sea expreso y está sometido a un trámite específico. En tal virtud, decidió que la Sala Superior no había respondido los agravios del fiscal provincial y, por ende, vulneró la garantía constitucional de tutela jurisdiccional.

Es cierto que el desistimiento, como acto procesal, tiene –como se ha expuesto– un trámite estricto, legalmente formalizado, por lo que no es posible que ante una discrepancia entre dos fiscales en el procedimiento impugnativo se entienda implícitamente que el desistimiento se ha consolidado. Sin embargo, a partir de los nuevos alcances jurisprudenciales que resultan de la aplicación del principio acusatorio, de un lado, y de los efectos procesales del principio institucional de jerarquía del Ministerio Público, de los que ya se ha dado cuenta en la parte III de estas Lecciones, otra ha de ser la tónica. En efecto, la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. n.º 1894-2014/Lima, de 18-08-15, estableció la supremacía del principio de jerarquía cuando el recurso proviene del propio Ministerio Público. Así las cosas, la posición del Ministerio Público la expresa finalmente el fiscal superior en grado, por lo que si este no se aúna a la posición del fiscal recurrente, la impugnación queda vacía de contenido, pues rige el principio dispositivo en el sistema de recursos y, de este modo, al no sostenerse el recurso en sede del órgano de apelación o casación, no es posible el control jurisdiccional, por lo que no cabe otra opción de ratificar la resolución recurrida.

Desde luego, distinto es el caso si el recurso proviene de otra parte procesal. Si la acusación ya se ejercitó y el órgano jurisdiccional emitió la correspondiente sentencia condenatoria, la posición del fiscal superior en grado no es vinculante. Al pronunciarse el juez de apelación sobre el mérito de los agravios y desestimarlos ha cumplido con absolver el grado. La vulneración del principio acusatorio se produciría si el órgano jurisdiccional de apelación asume funciones de acusación o persecutorias reemplazando a la Fiscalía, lo que no sucede en supuestos como el señalado (Ejecutoria Suprema recaída en el RQE n.º 550-2014/Lima Este, de 18-08-15).

3.6.3. Irretractabilidad

En tanto el recurrente sea procesalmente capaz y expresó su conformidad con la resolución, no es posible retractarse e intentar recurrir. La ineficacia de su renuncia a recurrir no puede sustentarse en el efecto de la sentencia o en la conmoción sufrida por la pena. Sin embargo, podrá ser aceptable la retractación si no se concedió al reo amplias oportunidades para reflexionar o asesorarse, en

cuanto se adviertan lesiones al deber de asistencia del tribunal, o se acrediten engaños o amenazas para no recurrir. En todo caso, la retractación debe hacerse valer dentro del plazo para recurrir; prima, en este caso, el principio de seguridad jurídica [ROXIN].

4. Presupuestos procesales del recurso

4.1. Definición y alcance

Los presupuestos procesales han de ser observados en todas y cada una de las instancias o etapas procesales que las partes han de transcurrir a fin de obtener la tutela efectiva de sus pretensiones [GIMENO]. Los presupuestos procesales condicionan la admisibilidad de la pretensión en el ejercicio de los recursos. Son los siguientes: **1.** Subjetivos: gravamen y conducción procesal. **2.** Objetivos: objeto impugnable. **3.** Formales: requisitos de tiempo, lugar y modo.

4.2. Presupuestos subjetivos

4.2.1. Gravamen

El concepto de recurso pone de manifiesto el control que efectúa el superior jerárquico al juez que emite una resolución cuyo contenido afecta, de una u otra manera, a alguna de las partes procesales [ALVARADO]. Por tanto, gravamen es el presupuesto material imprescindible para todo recurso, lógica consecuencia del fundamento del mismo, basado en la injusticia de la resolución judicial. En consecuencia, solo la parte a quien una resolución judicial le sea desfavorable –a los efectos del ordenamiento jurídico–, y con independencia de sus perspectivas de éxito, está legitimada para provocar la apertura de una nueva etapa procesal mediante el uso del recurso impugnativo (artículo 405.1a CPP).

La regla general es que el perjuicio que ocasiona una concreta resolución judicial se circunscribe a los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la misma –no en la argumentación o fundamentos de la resolución, más allá que esta resulte más adecuada a los intereses del impugnante–. Esta regla se impone aun cuando de la comparación entre la parte dispositiva y los fundamentos pudiera derivarse incongruencia; y, es esta –como luego se verá– la que determina la prohibición de reforma peyorativa –el gravamen, pues, ha de ser efectivo–. Por otro lado, pero como consecuencia del concepto de perjuicio o gravamen, es de precisar que los derechos e intereses legítimos que se hacen valer a través de la

pretensión impugnativa son los propios y no los ajenos, por lo que el recurso no puede utilizarse para remediar la vulneración de los que correspondieran a otras partes [CONDE PUMPIDO] –tema aparte, que luego se abordará, es el caso del Ministerio Público–.

El gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución [ORTELLS]. La parte no logra la tutela jurisdiccional de sus derechos o intereses legítimos o, en todo caso, no la logra en la medida solicitada o esperada [GIMENO]. Se niega la presencia de un gravamen y, por tanto, de interés directo, cuando solo se discrepa con los hechos declarados probados o con la fundamentación jurídica sobre los que se sustenta la decisión judicial –no se equipara el interés, de ordinario, con la teórica exactitud jurídica de la decisión [VESCOVI]–. En tal virtud, el acusado absuelto –por falta de interés– carece, en principio, de legitimación para recurrir una absolución o sobreseimiento; lo tendrá, por cierto, cuando la sentencia lo ha condenado injustamente o con demasiado rigor. Hay, empero, supuestos permisibles, en tanto el motivo invocado incida en la restricción de las posibilidades de tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de las personas. Por ejemplo, archivar la causa por prescripción en vez de absolver o declarar la inocencia; es posible, incluso, advertir una declaración de hechos probados que pueden perjudicar al acusado más allá de la absolución dictada, al punto que en sede de impugnación sobre esa misma base fáctica puede ser condenado –por ejemplo, cuando el *iudex a quo* absolvió sobre la base de un error de subsunción jurídico-penal o cuando se invocó equivocadamente la presencia de una causa de exención de responsabilidad, lo que presupone que cometió el hecho punible [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA]–. Es obvio, por lo demás, que no está permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate (STSE, de 22-02-00); no puede recurrir, igualmente, por no ostentar gravamen, un coencausado contra la absolución de otro encausado ni a través del recurso postular la condena para el coencausado absuelto (STSE de 09-05-01).

Distinta es la lógica del Ministerio Público. En tanto representa los intereses de la sociedad y, constitucionalmente, es un órgano promotor de la justicia, tendrá legitimación para recurrir, con independencia que la resolución satisfaga sus intereses inmediatos. Es de entender que la sola lesión del ordenamiento jurídico le concede derechos impugnativos y, por tanto, puede recurrir a favor del imputado en tanto estime que la resolución no es jurídicamente correcta. En este caso, en que el gravamen se objetiva como consecuencia de la misión constitucional del

Ministerio Público, el fiscal defiende el interés del imputado en cuanto coincida con el interés público y estime que la injusticia o ilegalidad de la resolución judicial perjudica los intereses de aquel [CLARIÁ].

Así las cosas, procede el denominado “recurso parcial”, en tanto sea posible separar la parte impugnada de las demás y, en consecuencia, permita una decisión independiente del tribunal superior. Tal situación corresponderá cuando, por ejemplo, la resolución recurrida decide sobre varios objetos procesales; asimismo, dentro del mismo objeto, cabe distinguir entre la cuestión sobre la culpabilidad y la cuestión sobre la pena –incluso, en su interior, si existe divisibilidad razonable, también cabe independizar algunos extremos a los efectos del recurso–. La parte de la sentencia no impugnada pasa en autoridad de cosa juzgada.

4.2.2. Conducción procesal

El control por parte del superior debe ser solicitado solo por el propio interesado que se sienta afectado por la resolución emitida, quien deducirá el recurso idóneo y lo fundamentará sustentando las razones por las cuales invoca tal control y señalará en qué consiste el objeto de su pretensión [ALVARADO]. El recurrente, empero, ha de haber ocupado el estatus de parte procesal –en sentido formal– en el proceso en que la resolución ha sido dictada, con independencia de la posición que ocupe –esa cualidad jurídica, otorgada por la Ley, es la que debe concurrir en quien pretende recurrir– [GIMENO]. También pueden recurrir, excepcionalmente, los intervinientes accesorios cuando son afectados por una resolución judicial; por ejemplo, testigos y peritos frente a requerimientos o medidas limitativas dictadas por el juez, propietarios frente a incautaciones, etcétera.

La ley menciona a las personas facultadas para recurrir (artículo 404.2 CPP): son las partes procesales, y estas solo pueden hacerlo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley (apdo. 1, artículo 404 CPP). Ello importa el acogimiento del principio de taxatividad subjetiva de los recursos, en cuya virtud una resolución es recurrible solo por aquel a quien la ley le otorga el derecho a recurrir; si la ley no distingue a qué parte corresponde el derecho de recurrir, se entenderá que este derecho corresponde a cualquiera de ellas.

El defensor de las partes privadas tiene facultad para recurrir, directamente, a favor de su patrocinado –facultad de postulación específica en materia recursal–. No hace falta su autorización expresa –el abogado como técnico en derecho tiene la representación procesal de la parte– (artículo 84.10 CPP). En caso de diferencia de criterios prima la voluntad de este último, de suerte que podrá desistirse del

recurso, pero se necesitará la intervención autoritativa de un abogado defensor, el que recurrió directamente u otro que libremente designe en reemplazo del primero.

El artículo 407 CPP define el ámbito de la impugnación de las partes. Así, el imputado y el Ministerio Público pueden impugnar, indistintamente, el objeto penal y el objeto civil. Respecto del Ministerio Público, se entenderá que la legitimación para recurrir del objeto civil está en función a la inexistencia de actor civil (artículo 11.1 CPP). El actor civil solo podrá hacerlo respecto del objeto civil. El tercero civil, por imperio del artículo 113.1 CPP, en lo que es su ámbito de responsabilidad –civil–, también tiene derecho de impugnar. El querellante particular tiene potestad impugnatoria por expresa disposición del artículo 109.1 CPP; y, también la persona jurídica, que en este aspecto ha sido homologada, en lo pertinente, al imputado (artículo 93.1 CPP).

4.3. Presupuestos objetivos

Están referidos al acto impugnabile, es decir, a la resolución contra la que se dirige el recurso. Rige el principio de taxatividad objetiva del recurso. En tal virtud, se asumen dos subprincipios básicos: **1.** Solo son impugnables aquellas resoluciones que la ley declara explícitamente tales. **2.** Únicamente lo son con aquel medio que la ley misma prevé [LEONE].

La regla general del CPP es la del artículo 404.1: la ley identifica las resoluciones recurribles –y las irrecurribles en determinados casos (por ejemplo: artículo 373.3 CPP– (posibilidad jurídica)–, bajo el principio de taxatividad objetiva de los recursos, y menciona el recurso que puede interponerse (idoneidad o adecuación del recurso a una determinada resolución). De esto último dimana un segundo principio: la singularidad del recurso, que indica que en cada caso corresponde un recurso y no puede ser interpuesto sino uno por vez [VESCOVI].

Los cuatro recursos previstos por el CPP son reposición, apelación, casación y queja (artículo 413 CPP) –una limitación añadida es que el recurso de casación solo debe intentarse por motivos tasados, circunscriptos a cuestiones de derecho–. Todos ellos están dirigidos contra determinadas resoluciones –expresión del sistema de legalidad de los recursos–. Así, la reposición contra los decretos y las resoluciones interlocutorias dictadas en audiencia (artículo 415 CPP); la apelación contra los autos interlocutorios, definitivos y sentencias dictadas en primera instancia (artículo 416.1 CPP); la casación contra las sentencias y autos equivalentes dictados en segunda instancia, en función de determinados parámetros de sanción penal y cuantía civil –criterios limitativos del agravio– (artículo 427.1 y 2 CPP);

y la queja contra los autos de inadmisión de los recursos de apelación y casación (artículo 437.1 y 2 CPP).

Una concepción antiformalista para la procedencia de los recursos legalmente previstos exige, en primer lugar, que la admisibilidad de los recursos procedentes está en función a la forma que debió adoptar la resolución, a su naturaleza, no a la que equivocadamente ha podido darle el órgano jurisdiccional –criterio material–; y, en segundo lugar, que el error en la denominación del recurso por la parte recurrente no lo inhabilita –principio de canjeabilidad o fungibilidad del recurso–, por lo que su admisibilidad está en función no a la calificación del recurrente sino al cumplimiento de los presupuestos legalmente previstos del recurso que corresponda [VESCOVI].

4.4. Presupuestos formales

El acto de interposición del recurso, que contiene la manifestación de voluntad de la parte legitimada, está sujeto a diversas condiciones formales.

Estas son tiempo, lugar y modo.

4.4.1. Tiempo

Por tiempo en los recursos se entiende los plazos que el CPP fija para su interposición y, en su caso, formalización o fundamentación. Las partes tienen la carga de interponerlos en el plazo fijado por la ley, cuya falta implica *ipso iure* la firmeza de la resolución impugnada.

Los plazos son distintos según el recurso intentado. Así, y como regla general, conforme al artículo 414 CPP, son: **1.** Diez días para el recurso de casación. **2.** Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias. **3.** Tres días para el recurso de apelación contra autos, recurso de queja y apelación de sentencias dictadas en proceso inmediato, conforme al artículo 448 del CPP. **4.** Dos días para el recurso de reposición.

La determinación del *dies a quo* para el cómputo correspondiente se cuenta o computa desde el día siguiente a la notificación de la resolución. Si se hubiera interpuesto aclaración se suspende el plazo (artículo 124 CPP), por lo que el día inicial del cómputo será el día siguiente hábil de conocida o notificada la resolución que recaiga en ese pedido (artículo 143.2 CPP). El *dies ad quem* viene determinado por el del vencimiento del plazo para recurrir y si este ocurre en día inhábil se prorroga hasta el día siguiente hábil.

La naturaleza de los plazos, al afectar la firmeza de la resolución recurrida, es que son de caducidad (artículo 144.1 CPP) [GIMENO]. Será posible, en casos de fuerza mayor o caso fortuito, o por defecto en la notificación, reponer íntegramente el plazo. Por lo demás, son plazos insubsanables y su presentación extemporánea determina su rechazo liminar; la vulneración del plazo, como lo ha expuesto la Corte Suprema, es insubsanable y determina la inadmisibilidad del medio de impugnación deducido (Ejecutoria Suprema, Queja n.º 1336-2006, de 12-04-07).

4.4.2. Lugar

Hace mención a la sede del órgano judicial. El artículo 404.1 *in fine* CPP establece, como regla general, que los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida. La única excepción es el recurso de queja, que es directo y se interpone ante el juez superior del que declaró su inadmisibilidad (artículo 437.3 CPP).

Al juez *a quo* le corresponde pronunciarse sobre la admisión del recurso, en función a sus presupuestos objetivos, subjetivos y formales –la casación civil, en este sentido, tiene expuesto que al juez no le corresponde establecer si los agravios invocados por el recurrente son o no válidos (Sentencia n.º 1152-99)–.

El auto que se pronuncia sobre él se notificará a todas las partes, y si se admite o concede el recurso se elevará inmediatamente al órgano competente –la desestimación del recurso abre la posibilidad del recurso de queja por el afectado–. La decisión del juez *a quo* sobre la admisibilidad del recurso interpuesto no vincula al Tribunal *Ad Quem* –no es definitivo–, el cual, de oficio, controlará el juicio de admisibilidad y, en su caso, podrá anular el concesorio (artículo 405.3 CPP). Por lo general, entonces, en el juicio de admisibilidad la primera palabra la tiene el juez *a quo* –la última corresponde al Tribunal *Ad Quem*–, y en el juicio de fundabilidad la única palabra la tiene el Tribunal *Ad Quem*.

4.4.3. Modo

El CPP exige no solo que el medio de impugnación –acto de interposición de la instancia– se presente por escrito –primacía del lenguaje escrito– con algunas excepciones en dirección a la oralidad del mismo –interposición de la instancia–, sino que, en cuanto a su estructura, y por regla general, como acto único, debe estar fundamentado –formulación de la expresión de agravios–. Se excepciona el caso de impugnación o instancia oral, en que luego de la introducción oral del recurso, debe presentarse la expresión de agravios por escrito –formalización o

fundamentación del recurso interpuesto—. El elemento volitivo es la instancia impugnativa y el elemento lógico es la expresión de agravios [MANZINI].

El artículo 405.1b CPP prescribe que el acto impugnativo, como manifestación del derecho de acción que abre una nueva etapa procesal, se formula por escrito. Si la resolución ha sido expedida en audiencia —oportunidad en que se le da lectura—, el recurso ha de interponerse en el mismo acto y, obviamente, de modo oral. Empero, en este último caso, se requerirá un segundo acto: el escrito de formalización o fundamentación escrita del recurso, que, salvo disposición distinta de la ley, se presentará en el plazo de cinco días (artículo 405.2 CPP).

El elemento lógico o expresión de agravios está regulado puntualmente por el artículo 405.1b CPP. La expresión de agravios tiene tres componentes, que apuntan a su concreción, y tiende a evitar impugnaciones no meditadas o irreflexivas: **(i)** precisión de las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación —identificación de aquellos extremos de la resolución que importan un agravio o una lesión a sus legítimas expectativas procesales—; **(ii)** indicación de los fundamentos de hecho y de derecho que apoyen sus agravios —indicación ordenada, a propósito de la censura o crítica a la resolución cuestionada o mención de las infracciones incurridas, de las razones de orden fáctico o jurídico que la sustentan, lo que evidencia que la ley diferencia puntos de la impugnación en función a la resolución cuestionada de los motivos del recurso; y **(iii)** mención de la pretensión concreta, es decir, indicación de la decisión que se persigue, claramente relacionada con la motivación desarrollada. No cumple este requisito la formulación de juicios o fórmulas genéricas, sí en cambio la mención sintética, en forma sucinta o sumaria, de los argumentos que impulsan al impugnante a cuestionar lo resuelto por el juzgador y que, a su vez, permitan advertir al Tribunal *Ad Quem* con toda seguridad tanto el ámbito del recurso como las razones o fundamentos que deberá valorar al absolver el grado.

5. Efectos del recurso

5.1. Planteamiento inicial

Como se ha dejado expuesto, todo recurso produce los efectos de **(i)** impedir la firmeza de la resolución —que permanece hasta la decisión sobre el recurso: absolución del grado o desistimiento admitido sobre el recurso—; **(ii)** posibilitar su nulidad, anulación o reforma. Es claro que el impugnante pretende, en síntesis, la modificación de la resolución, por eso quien la critica puede llegar a obtener un resultado diverso al que obtuvo por la autoridad que emitió la decisión impugnada

[ALVARADO]. Esta expectativa que desencadena el recurso para dar lugar a una nueva decisión sobre el mismo objeto tiene como límite los motivos del recurso y la *reformatio in peius*, con la excepción de las cuestiones que el tribunal debe resolver de oficio. Lo que busca el impugnante es quitar todo efecto legal a la resolución materia de impugnación [ALVARADO]. (iii) Suspender o no los efectos de la resolución recurrida. La afectación de la estabilidad de la resolución recurrida es propia de todos los recursos, pero la suspensión de sus efectos es contingente [ORTELLS], ya no rige de forma absoluta el principio romano de *appellatione pendente nihil innovarum*. Además, (iv) la decisión del recurso puede tener efectos extensivos o comunicantes para los no recurrentes, sujeto a varias condiciones, pero bajo el influjo del principio del *favor rei*. Finalmente, (v) la concesión del recurso puede diferirse, posibilidad excepcional que está circunscripta a determinadas resoluciones y situaciones jurídicas.

5.2. Efecto devolutivo

Respecto del órgano jurisdiccional que conocerá del recurso interpuesto, el efecto puede ser devolutivo y no devolutivo. El devolutivo es el efecto connatural y esencial de la impugnación, conforme a la aspiración de la revisión del acto por un órgano superior [VESCOVI]. En su virtud, y más allá de su sentido gramatical histórico, la impugnación admitida traslada automáticamente el conocimiento del objeto recursal al juez o Tribunal *Ad Quem*, el cual adquiere por ese hecho competencia para tramitar, conocer y resolver el recurso dentro de los límites del acto de impugnación fijado por la parte recurrente.

Lo expuesto, sin embargo, está vinculado a los denominados recursos verticales –apelación, casación y queja–, pero no rige para los recursos horizontales, que es el recurso de reposición, en que su conocimiento corresponde al mismo órgano que dictó la resolución.

En consecuencia, existen recursos con efectos devolutivos –la inmensa mayoría– y, solitariamente, un recurso con efecto no devolutivo –la reposición–.

5.3. Efecto suspensivo

Con relación a la ejecución provisional o no de la resolución impugnada es posible entender que los recursos podrán tener efectos suspensivos y no suspensivos. El efecto suspensivo impide que la resolución cuestionada, durante la pendency del recurso, desarrolle los efectos jurídicos que le son propios; el acto impugnado no puede ejecutarse, queda en suspenso. Esta suspensión ha de entenderse referida

no solo a la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, sino también a los efectos no ejecutivos de las resoluciones. En este último aspecto, la producción de efecto suspensivo supone la suspensión del procedimiento, en la medida en que su continuación dependa de los efectos de la resolución impugnada –sea incompatible con la impugnación o la posible revisión del acto–, la suspensión de la finalización de la litispendencia –cuando se refiera a la resolución final del proceso–, o la suspensión de los efectos declarativos o constitutivos de la sentencia [ORTELLS].

Siempre ha parecido claro que una resolución impugnada debía esperar su confirmación para ser ejecutada, debido a la posibilidad de error en el juez por su propia condición humana, de tal forma que, cuando se recurre una resolución, se suspende su ejecución hasta que se confirme por el Tribunal de Apelación [ALVARADO]. Sin embargo, el artículo 412 CPP establece como regla el carácter no suspensivo del recurso, salvo que la ley disponga lo contrario. La excepción viene dada por el recurso de apelación contra las sentencias –salvo el supuesto de imposición de penas privativas de libertad efectivas, que se ejecutará inmediatamente–, autos de sobreseimiento y demás autos equivalentes, que pongan fin a la instancia (artículo 418.1 CPP). En todo caso, la no suspensión, necesariamente, alcanza al extremo de la sentencia que disponga la libertad del imputado y a todas las resoluciones o autos interlocutorios que la dispongan.

Tratándose de sentencias condenatorias rige la regla del artículo 402 CPP. Consagra un tratamiento de la no suspensión según las clases de penas impuestas. Todas se cumplen provisionalmente, salvo el caso de las penas de multa y limitativa de derechos (artículos 31 y 41 CP). Si el condenado estuviere en libertad y se impone una sanción efectiva privativa de libertad –pena o internación–, el juez puede optar por su ejecución inmediata, pese al recurso, o no, con la sola imposición de las restricciones propias de la medida de comparecencia restrictiva (artículo 288 CPP).

5.4. Efecto extensivo

Con relación a los no recurrentes, la tramitación y decisión del recurso por la parte impugnante se extiende a ellos, en tanto se hallen en situación idéntica de este último. Es una excepción al principio de personalidad del recurso –correspondiente al principio dispositivo–, que asume el par contrario denominado principio de la realidad, justificado en el carácter público de los intereses que se discuten en sede penal, cuya finalidad es evitar decisiones contradictorias.

Es de tener en cuenta, de un lado, el efecto extensivo de la impugnación y, de otro, el efecto extensivo de la resolución del Tribunal *Ad Quem*. El primero está referido al derecho del no recurrente, en tanto tenga interés idéntico, afín o común, de participar en el procedimiento impugnativo –para lo cual es indispensable que el concesorio de la impugnación del recurrente le sea notificado e igualmente el traslado del mismo en sede superior, en cuyo caso si lo desea puede presentar instancias e, incluso, participar, en la audiencia–. El segundo es la decisión en virtud de la cual el Tribunal *Ad Quem* en la resolución que absuelve el grado comprende al no recurrente [LEONE].

El artículo 408 CPP prevé este efecto entre coimputados y entre este con el responsable civil. La regla es única: ha de existir una vinculación jurídica común entre ellos, que obligue a un tratamiento extensivo para garantizar la igualdad de trato y evitar una decisión contradictoria. En cuanto a los imputados, la norma se refiere al caso de coparticipación: varios imputados involucrados en un mismo hecho punible y procesados en la misma causa; y, los motivos exclusivamente personales, conciernen a las condiciones o cualidades de la persona que los propone y carecen de toda posibilidad de mejorar la situación de los no recurrentes [PALACIO], esto es, dejará de ser personal cuando en cualquier medida trascienda la esfera personal del impugnante, aunque fuere en forma mediata [CLARIÁ] –supuestos de falta de culpabilidad, por ejemplo–. Respecto del objeto civil, es obvio que, si el motivo es común al imputado y al responsable civil el efecto favorable de uno favorecerá al otro y, por consiguiente, deberá extenderse.

5.5. Efecto diferido

Este efecto tiene una regulación expresa en el artículo 410 CPP. Está circunscripto a los procesos con pluralidad de imputados o de delitos. Se refiere al recurso contra el auto de sobreseimiento, siempre y cuando esté pendiente al juzgamiento de los coimputados. En esa virtud, el efecto, limitado al trámite ante el Tribunal *Ad Quem* –recurso vertical–, se concreta en la reserva de la remisión de los actuados hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia; las impugnaciones diferidas, ha precisado la Casación civil, comportan simplemente la reserva de su trámite a fin de que el recurso sea resuelto por la instancia superior conjuntamente con la sentencia (Sentencia n.º 1228-2002/ Arequipa). La excepción se encuentra en la posibilidad de que tal reserva cause grave perjuicio a alguna de las partes, se entiende, a las beneficiadas con el sobreseimiento.

El apdo. 2 del artículo 410 CPP reconoce a la parte afectada el derecho de plantear recurso de queja para cuestionar la decisión del Tribunal *A Quo* de reservar la elevación del recurso hasta la expedición de la sentencia.

El fundamento del efecto diferido reside en la conveniencia de evitar las frecuentes interrupciones que, en desmedro de la celeridad procesal, sufre el procedimiento sometido exclusivamente a un régimen de impugnaciones inmediatas. Evita el recurso de apelación con fines meramente dilatorios, por lo que cumple una importante función preventiva [DE SANTO].

Asimismo, es de tener en cuenta que la *ratio* del precepto es clara: evitar pronunciamientos contradictorios (aunque en un en un solo sentido, pues en lo perjudicial no existe ningún género de “extensión”). Por lo demás, no se trata, como los anteriores, de un efecto derivado de la admisión del recurso, sino de su resolución en sentido estimatorio y cuando el recurrente sea el imputado [ARMENTA DEU].

5.6. Efecto traslativo

Expone CAVANI que el recurso también exige examinar el ámbito de la resolución. Ello importa, de un lado, que no son relevantes los fundamentos de la resolución impugnada no cuestionados expresamente por el recurrente, por lo que el juez superior en grado no está limitado a los fundamentos del recurso ni a los de la resolución impugnada no cuestionados con el recurso; solo debe mantenerse la causa de pedir impugnatoria y el pedido impugnatorio. De otro lado, el juez superior en grado también puede apreciar cuestiones de oficio, conforme al artículo 409.1 del CPP: “...declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante” –autorización, desde luego, muy amplia que, en otros países ha sido limitada a los supuestos de falta de jurisdicción, de incompetencia objetiva y funcional, y de intimidación (ex artículo 227.2, último párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española).

6. Adhesión al recurso

El artículo 404.4 CPP consagra la figura de adhesión al recurso. Estipula que las partes procesales, “cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquier de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición”.

La adhesión consiste, entonces, en la facultad de una parte procesal que no impugnó oportunamente una resolución para beneficiarse con el recurso interpuesto por la otra parte –y admitido por el juez *a quo*– introduciendo, a su vez, su impugnación. Es un recurso subordinado al principal, interpuesto en forma por otra parte procesal, pues su interposición está condicionada a la existencia del recurso principal, pero tiene relativa autonomía en tanto introduce sus propios motivos de impugnación, a partir del agravio que directamente le ocasiona la resolución cuestionada; además, conforme al artículo 373 *in fine* CPC, el desistimiento del recurso principal no afecta la adhesión, lo cual se justifica porque esta institución se configura como un verdadero recurso, con subsistencia y efectos propios.

En cuanto al plazo del recurso adhesivo, este puede ejercerse luego de vencido el plazo para recurrir directamente por la parte procesal y hasta antes que la causa se eleve al Tribunal Superior, lo que significa que solo procede en los recursos verticales o devolutivos: apelación y casación –la naturaleza instrumental de la queja niega esta posibilidad recursal–.

Se discute, de cara al principio de interdicción de la reforma peyorativa, si el recurso adhesivo está facultado también para las contrapartes a fin de que estas introduzcan pretensiones impugnativas contrarias al interés del recurrente principal y, por consiguiente, para intentar afectar su situación jurídica. El caso concreto es si procede un recurso acusatorio adhesivo, vencido el plazo de impugnación legalmente previsto, para promover la revisión de la resolución contra el imputado utilizando su propio recurso. Si se tiene en cuenta que el fin buscado por el principio de interdicción de la reforma peyorativa estriba en evitar que recursos procedentes contra decisiones injustas no se interpongan por miedo a una agravación de las consecuencias, es obvio que no cabe aceptar la adhesión a las contrapartes [GUARIGLIA]. Esta es, parcialmente, la tesis de la jurisprudencia española (SSTSE 07-03-88, 30-05-92, de 06-03-95 y 01-06-01), que precisó que como la adhesión no significa un recurso nuevo, por lo que los motivos propios, o argumentaciones jurídicas o razonamientos propios del adherido, deben dirigirse a un fin común con el recurrente principal, nunca a apoyar una pretensión dispar. Permitir que el adherente pueda afectar al recurrente principal significa autorizarle a interponer un nuevo recurso cuando el derecho a ejercerlo ya ha caducado; además, no pueden confundirse las posiciones procesales y, por consiguiente, el que pretende una condena no puede adherirse al recurso del que pretende una absolución y viceversa [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA].

Empero, frente a esta posición doctrinaria existe otra, que considera, de un lado, que el fundamento de la adhesión se encuentra en el principio de igualdad procesal, pues contempla la situación de quien no dedujo el recurso tempestivamente al suponer que la contraria no lo haría; y, de otro, que la ley no limita su procedencia a las partes opuestas, en cuyo caso no rige la regla de la interdicción de la reforma peyorativa [D'ALBORA]. Esta posición tiene un franco apoyo en la jurisprudencia argentina, de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Casación Penal.

7. Clasificación de los recursos

El CPP no contiene una pauta clasificatoria preestablecida. Empero, del análisis del Libro Cuarto CPP es posible asumir una triple perspectiva clasificatoria:

1. Según el órgano funcionalmente competente para conocer y resolver el recurso.
2. Según la resolución atacada.
3. Según el ámbito de la impugnación [MORENO CATENA].

7.1. Por el órgano competente

Los recursos pueden ser no devolutivos y devolutivos. Los recursos jerárquicos o verticales importan que el *Iudex Ad Quem* debe ser el superior en grado, según el cuadro orgánico de tribunales, del que dictó la decisión cuestionada. Son recursos devolutivos la apelación, la casación y la queja.

Tratándose de recursos devolutivos, se tiene lo siguiente:

- A. En el caso de la apelación, frente a decisiones dictadas por el Juzgado de Investigación Preparatoria y el Juzgado Penal, conocerá la Sala Penal Superior.
- B. En el caso de la casación, frente a decisiones dictadas en segunda instancia por la Sala Penal Superior, conocerá la Sala Penal Suprema.
- C. En el caso de la queja, frente a decisiones de rechazo de recursos dictadas por el Juzgado de Investigación Preparatoria o por el Juzgado Penal, conocerá la Sala Penal Superior, y frente a las decisiones de rechazo de recursos dictadas por esta última, conocerá la Sala Penal Suprema.

El recurso no devolutivo es aquel que conoce y resuelve el mismo órgano que dictó la resolución recurrida. Es un recurso horizontal. El único recurso no devolutivo que reconoce el CPP es el de reposición (artículos 413.1 y 415 CPP).

7.2. Por la resolución recurrida

Los recursos, en función a las decisiones que se impugnan, pueden ser:

- A. Contra decretos, que son aquellas resoluciones que impulsan el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite (artículo 121, § 1 CPC). El único recurso previsto es el de reposición (artículos 413.1 y 415 CPP).
- B. Contra autos, sean estos interlocutorios o interlocutorios con fuerza definitiva –que causan gravamen irreparable o que ponen fin al procedimiento o a la instancia–, los cuales –como es obvio– requieren motivación para su pronunciamiento (artículo 121 § 2 CPC). Los recursos legalmente previstos son el de: (i) apelación –siempre que se dicten en primera instancia–; (ii) casación –siempre que se dicten en segunda instancia, pero sujeto a varios límites, siendo de destacar, primero, que se trate de interlocutorios con fuerza en definitiva, y, segundo, que cumplan con determinada *summa poena*–; y (iii) queja –la inadmisión de un recurso, por imperio del artículo 121, § 2, CPC, se resuelve a través de un auto–.
- C. Contra las sentencias. Si esta es de primera instancia, el recurso hábil es el de apelación; y si es una sentencia de segunda instancia –sujeta al límite referido a una determinada *summa poena*–, es el de casación.

7.3. Por el ámbito de impugnación

Los recursos pueden ser ordinarios, extraordinarios –atienden a la naturaleza o alcance del gravamen: genérico o específico, respectivamente– e instrumentales.

- A. Los recursos ordinarios son aquellos cuya admisión –tramitación y toma en consideración de su contenido– no depende de que se aleguen unos motivos o causales de impugnación determinados por la ley; es decir, no están limitados en su fundamentación jurídica, pudiendo basarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico o motivo de oposición, ya sea de índole formal –defectos *in procedendo*–, y sea material –vicios *in iudicando*–; los motivos, entonces, están libremente determinados por el recurrente. Es de significar que lo expuesto no implica que el *iudex ad quem* tenga respecto al asunto a resolver los mismos poderes que el *iudex a quo*, sino que están limitados por el propio ámbito establecido por el recurrente [ORTELLS]. El recurso ordinario por antonomasia es el de apelación.

- B.** Los recursos extraordinarios son aquellos cuya admisión depende de que se interpongan con alegación de unos motivos o causales determinados por la ley; solo pueden fundarse en aquellas causas o motivos de oposición legalmente previstos [GIMENO]; esto es, los motivos están estipulados de manera taxativa por la ley. El *iudex ad quem* tiene aquí una doble limitación para decidir: tanto por la ley cuanto por el recurrente. El único recurso extraordinario previsto por el CPP es el de casación.
- C.** Los recursos instrumentales son aquellos destinados a controlar la legalidad de la inadmisión por el *iudex a quo* de los recursos verticales o jerárquicos. Son medios de gravamen autorizados a que el *iudex ad quem* analice la corrección de un rechazo liminar de un recurso de su conocimiento.

LECCIÓN VIGÉSIMA CUARTA

LOS RECURSOS PENALES

I. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

1. Concepto

Es un recurso de carácter ordinario previsto en el artículo 415 CPP contra los decretos –resoluciones de mero trámite–, autos interlocutorios dictados en audiencia y decisiones del Tribunal Superior que declaran inadmisibile el recurso de apelación concedido por el *iudex a quo*, que se interpone ante el mismo órgano que lo dictó y se resuelve por el mismo. En tal virtud, es un recurso no devolutivo, no suspensivo y ordinario, destinado a que el mismo juez que expidió el decreto o auto interlocutorio cuestionado la revoque o reponga por contrario imperio. La finalidad que persigue este recurso es que el mismo órgano judicial enmiende o remedie la pertinente resolución [GIMENO].

La reposición, como se ha dejado expuesto, no produce efecto devolutivo, pero abre un procedimiento, incluso con alegaciones, que da lugar a una nueva resolución sobre el mismo objeto.

Tiene el carácter de medio de impugnación en sentido estricto, pues se concentra –en su línea más evidente– en la ilegalidad de una de las resoluciones ya anotadas, y está orientado a que, en su reemplazo, se “dicte la resolución que corresponda”; esto es, busca la ordenación material del proceso.

2. Resoluciones impugnables

Procede contra tres modalidades de resoluciones procedimentales. La norma básica es el artículo 415 CPP. La regla general, con lo que se homologa en este extremo con el proceso civil (artículo 362 CPC), es que se trata de un recurso enderezado contra los decretos.

Empero, una segunda regla, vinculada a la necesidad que toda decisión, especialmente las que se dicten en audiencia –de especial trascendencia dada la

opción por el principio procedimental de oralidad que se expresa a través del sistema de audiencias— sean objeto de una revisión, estriba en que también son objeto de reposición las resoluciones interlocutorias —excepto, claro está, las interlocutorias con fuerza definitiva y, mucho menos, las sentencias—.

La tercera regla, excepcional y solo referida al recurso de apelación, es la prevista en los artículos 420.4 y 421.2 CPP. Si el Tribunal de Alzada declara inadmisibile el recurso de apelación, tal resolución podrá ser objeto de reposición.

3. Procedimiento

El plazo de interposición del recurso contra los decretos es de dos días, computado desde el día siguiente de la notificación de la resolución (artículo 414.2 CPP), salvo —como es obvio—cuando se trata de resoluciones emitidas en audiencia, en que debe interponerse inmediatamente, antes de que esta culmine. El acto impugnativo se formula por escrito y debe fundamentarse debidamente según las reglas generales para todo recurso. Esta exigencia, empero, solo funciona para decretos expedidos fuera de audiencia, mientras que las resoluciones: decretos y autos interlocutorios proferidos en una audiencia se deducen y fundamentan oralmente.

El recurso de reposición se resuelve sin trámite alguno, en la medida que el vicio o error es evidente —resolución estimatoria—, o cuando este carece manifiestamente de fundamento por inadmisibile, es decir, carece de los presupuestos procesales correspondientes de carácter objetivo, subjetivo y formal —resolución desestimatoria—. En caso contrario, necesitará un trámite de traslado, cuyo plazo será de dos días frente a decretos expedidos fuera de audiencia, o de inmediato si se trata de una resolución: decreto o auto interlocutorio dictado en audiencia.

La resolución se dicta de inmediato, más aún si se trata de una resolución proferida en audiencia. El apdo. 1 del citado artículo 415 CPP estipula que no solo se resolverá en el mismo acto, sino que no cabe suspender la audiencia para hacerlo.

El auto que resuelve la reposición, conforme al apdo. 3 del artículo 415 CPP, es inimpugnabile. No cabe apelación contra la decisión que emite el juez o tribunal absolviendo el grado, lo que se explica por la simplicidad, vigencia del principio de concentración, y relativa o poca trascendencia del mismo. Esto último permitirá sostener que tal decisión no produce cosa juzgada formal, lo que a su vez importa admitir que la cuestión decidida puede ser replanteada al interponerse el recurso contra la decisión final.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Concepto

Es el recurso clásico y de uso más común; es, además, el más eficaz en cuanto lleva a un segundo examen, más o menos completo, de la causa. Es un medio de impugnación ordinario, devolutivo y suspensivo –de raíces muy antiguas, ya bien definido en el proceso penal romano de la época imperial [FLORIÁN]– que procede frente a sentencias y autos equivalentes, así como otras resoluciones interlocutorias –incluso las que causan gravamen irreparable–, cuya finalidad consiste, de un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida, y, de otro, provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de normas o garantías procesales invocadas. La apelación determina la prolongación del proceso a través de un nuevo procedimiento, que sucede a aquel que ha conducido a la decisión impugnada, que se realiza ante un Tribunal superior en la estructura orgánica de la justicia [CARNELUTTI]. En ella se repite el debate, pero solo muy limitadamente las pruebas, y solo aquellas defectuosas y las que por su pertinencia, necesidad y utilidad debieron actuarse en primera instancia. La apelación reconstruye, no constituye, aun cuando para hacerlo se valga de los mismos materiales, salvo las excepciones derivadas del *ius novorum* [CARNELUTTI].

En cuanto medio de gravamen la apelación está destinada simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir la de primera instancia que perjudica los intereses del recurrente, pero no necesariamente debe ser ilegal o ilícita. Esto último –en tanto se apela de una sentencia definitiva– permite hablar de doble grado de jurisdicción; su cometido es integralmente el examen y resolución de las pretensiones deducidas por los litigantes y no simplemente la revisión del procedimiento y de la sentencia de instancia. Pero, por otro lado, la apelación también funciona como medio impugnatorio en sentido estricto pues se limita a la anulación de la sentencia cuando se denuncie y adviertan vicios de actividad o defectos de juicio.

Lo expuesto significa que la apelación es bivalente: gravamen o recurso y acción de anulación. Nació como un simple recurso, presuponía decisiones válidas, pero acaso injustas; y con ella se provoca una segunda revisión, sobre toda la causa –la *appellatio*–. Después absorbe a la acción de anulación –*querela nullitatis*– elaborada por los estatutos medievales como remedio específico para las sentencias inválidas: no son ya nulas, si no anulables. En consecuencia, el *iudex ad*

quem decide de nuevo toda la causa; determinados los *vitia in procedendo*, anula la sentencia y los autos vuelven a quien la había dictado [CORDERO].

La intervención del superior inmediato jerárquico, anota Guasp, es definitiva en el recurso de apelación, que muestra así la inserción de una idea administrativa en el mundo procesal, aunque no puede entenderse como aplicación de una jerárquica administrativa estricta, sino como aplicación de un simple criterio de competencia jerárquica, limitada estrictamente a una intervención funcional dentro de un ámbito de poder [DE SANTO].

La regulación histórica de la apelación responde, tradicionalmente a alguno de los dos modelos básicos, conocidos comúnmente como de apelación plena (ZPO Alemania de 1877) y de apelación limitada (ZPO Austria de 1895). La apelación plena es un *novum iudicium* encaminado a obtener una segunda decisión judicial sobre la controversia inicialmente deducida ante la jurisdicción –primera instancia–, decisión que recae no solo sobre la totalidad del material instructorio aportado y debatido en la primera instancia, sino también sobre los hechos y pruebas novedosamente incorporadas con posterioridad a su finalización, y cuya admisibilidad es, en principio, ilimitada. La apelación limitada, por el contrario, encuentra su fundamento en un intento de guardar fidelidad a la condición de medio de gravamen que define la apelación, por lo que no acepta las posibilidades de introducir alegaciones, hechos y pruebas que no fueron contempladas en la primera instancia; solo abre la posibilidad del doble grado de jurisdicción, pero no supone una reapertura de otras fases del proceso que han tenido su momento en la primera instancia, con la cual ya han concluido –*revisio prioris instantiae*– [ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN].

Es, pues, conveniente que un proceso debe ser resuelto definitivamente tras un doble examen, a cargo de dos órganos jurisdiccionales distintos y de distinta instancia: la primera de la segunda. Ofrece una nueva respuesta a unas concretas pretensiones de tutela jurisdiccional, en la que se busca la detección de errores y está en función de la finalidad de respuesta a pretensiones de la tutela [DE LA OLIVA]. En efecto, el Tribunal de Apelación tiene facultad, entre otros, de examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación de derecho [artículo 419.1 CPP]. En otras palabras, la segunda instancia, con posible juicio de hecho y de derecho, se inicia con una impugnación de la sentencia o auto que pone fin a la instancia. Se califica de “abierta” la impugnación de la sentencia o auto final de la primera instancia porque, en armonía con el ámbito de la segunda instancia, permite al recurrente atacar la resolución aduciendo cualquier motivo o fundamento [DE LA OLIVA].

El recurso de apelación está previsto en la Sección IV del Libro IV del CPP (artículos 416 al 426 CPP). Comprende tres títulos: preceptos generales, apelación de autos y apelación de sentencias.

Cabe diferenciar entre segunda instancia o doble grado de jurisdicción y recurso de apelación. La distinción correcta depende de la diferente naturaleza de las resoluciones apelables, no de los motivos que se hagan valer. La segunda instancia es una etapa del proceso de declaración que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación contra la sentencia final de la primera instancia [ORTELLS]. Esto es, que el recurso de apelación genera la segunda instancia por tanto no existe segunda instancia sin un recurso de apelación. En consecuencia, la apelación es un recurso y la segunda instancia es una actividad jurisdiccional que se genera a partir de la interposición del recurso, esto es, el recurso es la causa y la segunda instancia es el efecto. La apelación no deja de ser exclusivamente el mecanismo de inicio y planteamiento de la segunda posibilidad de pronunciamiento jurisdiccional sobre un determinado caso [DE LA OLIVA].

Por otro lado, señala COUTURE, una vez dictada la sentencia de primera instancia, se abre una nueva etapa del procedimiento jurisdiccional, durante la cual la sentencia queda a merced a la impugnación de las partes. La impugnación apareja la suspensión de los efectos de la sentencia. De esta suspensión surgen varios problemas, que tienen perspectivas propias. Así:

- A. Dentro del plazo para recurrir la sentencia, ésta es un acto jurídico procesal sometido a condición suspensiva. Si no se recurre, la condición no se cumple y la sentencia se considera pura y simple desde el día de su expedición.
- B. Si se interpone recurso de apelación, la sentencia no es, en sí misma, un acto perfecto. Se requiere para esto último el acuerdo doble de la voluntad originaria y la voluntad confirmatoria.
- C. Si la sentencia es confirmada, la función jurisdiccional se da por cumplida a partir de la sentencia de segunda instancia. Si es revocada, el fallo de segunda instancia tiene efectos constitutivos (nada de la sentencia de primera instancia pertenece a la sentencia de segunda instancia).
- D. Si se trata de una pretensión impugnatoria anulatoria, el acto queda sometido a revisión solo en cuanto a su validez externa, no en cuanto a su contenido intrínseco —su efecto queda sometido a condición suspensiva durante el trámite impugnatorio—. Si la apelación se desestima, el contenido

del acto de primera instancia queda intacto, no depende de la sentencia de segunda instancia. Si la apelación se estima, los efectos de la sentencia de segunda instancia son constitutivos y la invalidez del fallo de primera instancia supone reintegrar las cosas al estado que tenían antes de ser éste dictado.

2. Notas esenciales

Tres son las notas esenciales del recurso de apelación. Se expresan, en primer lugar, en el ámbito de aplicación y en las resoluciones recurribles; en segundo lugar, en su naturaleza jurídica; y, en tercer lugar, en sus efectos.

2.1. Ámbito de aplicación y resoluciones recurribles

Está regulado en la Sección IV de Libro Cuarto del CPP. A tono con el principio de taxatividad, el artículo 416.1 CPP precisa los cinco tipos de resolución contra las que procede el recurso de apelación: **(1)** sentencias; **(2)** autos de sobreseimiento –resoluciones que se pronuncian sobre la pretensión procesal o el objeto procesal– y que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, así como que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o a la instancia –son resoluciones que, sin pronunciarse sobre la pretensión procesal, en caso de ser estimatorias producen la finalización del proceso pendiente; son autos definitivos, de ahí que se destaque la denominada ‘universalidad’ del recurso de apelación, en el sentido de que no hay sentencia ni auto definitivo excluido del recurso, sea cual fuere el tipo de procedimiento en que hubieren recaído, siempre y cuando lo sean en la primera instancia [GIMENO]. **(3)** autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y medidas coercitivas; **(4)** autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo o la conversión de la pena; y, **(5)** los que fija la ley y los que causan gravamen irreparable –son aquellas que deciden situaciones que no pueden tener una ulterior discusión en otro momento del procedimiento [VESCOVI]–. Se trata de resoluciones expedidas por el juez de la investigación preparatoria o por el juez penal, y el órgano competente para conocer de ellas es la Sala Penal Superior.

2.2. Naturaleza jurídica

Es un recurso ordinario, pues no precisa para su interposición una motivación determinada, que haya de fundarse precisamente en los motivos

taxativamente establecidos, y otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *Ad Quem* para resolver cuestiones de hecho y de derecho (artículo 419 CPP). La motivación del recurso puede transitar por cualesquiera ámbitos del ordenamiento penal y procesal penal, que incluye vicios procesales o defectos materiales: subsunción de los hechos en la norma, como la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *iudex a quo*. Es, a final de cuentas, la parte quien delimita la posible amplitud del recurso [ORTELLS].

El examen del *iudex ad quem* es repetido. Es una revisión de lo que se hizo la primera vez, y para ello el objeto de la segunda instancia es la misma litis o el mismo negocio que fue objeto de la primera, de lo que surge la prohibición de la *mutatio libelli*: el recurso de apelación no autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia. Ha de respetarse los hechos jurídicos que sustentan la pretensión, no cabe cambiar los términos de la acusación, ni el objeto del proceso en la segunda instancia (*pendente appellatione nihil innovetur*). El recurso de apelación no inicia un nuevo juicio ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia [GIMENO].

El recurso de apelación penal cumple dos funciones. Cuando el Tribunal *Ad Quem* examina resoluciones interlocutorias cumple una función depuradora, al permitir la denuncia de las infracciones legales, cuya subsanación contribuye a garantizar la tutela jurisdiccional. Cuando examina sentencia o autos equivalentes abre una segunda instancia, en la que el *iudex ad quem* conocerá del proceso sustanciado en la primera con plenitud de facultades –función de revisión–. Las facultades del Tribunal Superior son de anulación como revocación y sustitución de la resolución apelada, al punto que puede condenar a un absuelto (artículo 419 CPP). Ante la sentencia que puso fin a la instancia cabe una impugnación fundada en la infracción en dicha instancia de normas o garantías procesales; también cabe atacar la sentencia de primera instancia por disconformidad con la reconstrucción de los hechos y por disconformidad con la aplicación del derecho sustantivo [DE LA OLIVA].

En suma, persigue obtener un segundo pronunciamiento acerca de las cuestiones objeto del mismo o lograr la nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente en términos tales que no puedan ser subsanados en segunda instancia [DE PRADA BENGOA].

2.3. Efectos

Son devolutivos, suspensivos y extensivos en lo favorable.

2.3.1. Efecto devolutivo

Este efecto, que en la apelación se percibe en su mayor extensión [BERDICHEVSKY], significa que será competente para su conocimiento el órgano superior al que dictó la resolución en primera instancia –la apelación implica estructuras judiciales verticales–. El CPP establece que en materia de apelación el órgano competente es la Sala Penal Superior (artículos 27 1 y 416.2 CPP); esta competencia es funcional y consiguientemente indisponible para las partes. La interposición del recurso se realiza ante el *iudex a quo* –lugar del recurso–. Admitida la alzada, comprende el ámbito del efecto devolutivo todo aquello que en virtud del recurso es elevado al tribunal superior, de modo que la apelación versa sobre el material producido ante el inferior, en la medida de la pretensión del apelante –*tantum devolutum quantum appellatum*–: los motivos del recurso, los puntos determinados por el apelante miden el efecto devolutivo.

La apelación atribuye al *iudex ad quem* el conocimiento de la causa solo respecto a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los motivos hechos valer en el escrito de interposición –principio de congruencia–. Los motivos cumplen la función de los *petita*. En esa virtud, el apelante pide una determinada reforma y explica o razona por qué el Tribunal debe concedérselo: razonamiento y conclusiones. De esta forma determina en la decisión uno o algunos puntos, y estos a su vez pueden involucrar varias cuestiones. Así, por ejemplo, si cuestiona el *quantum* y la clase de pena –punto objeto de la pretensión impugnativa–, será del caso examinar la tipicidad del hecho atribuido, el título de autoría o participación, el grado del delito, la concurrencia de circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad, que son cuestiones múltiples involucradas con el planteamiento del punto cuestionado del fallo de primera instancia, más allá que solo destaque una cuestión: deducida una tramite todas las posibles [CORDERO], en tanto están lógicamente implicadas en ella.

2.3.2. Efecto suspensivo

Es exclusivo de la apelación penal (artículo 402 CPP). Importa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial recurrida –incluso, el mero hecho de que una resolución sea recurrible impide que adquiera firmeza durante el plazo

que la Ley establezca para recurrirla—. Determina, además, la falta de jurisdicción del órgano judicial para conocer de la cuestión principal o de cualquier incidencia que pueda plantearse en el proceso, a no ser que estas se tramiten en cuerda separada —es el caso de las resoluciones interlocutorias—.

El apdo. 1 del artículo 418 CPP consagra este efecto. El apdo. 2 aclara que si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva —se opta por el derecho del Estado de asegurar una posible condena—, la pena se ejecuta provisionalmente, la cual por decisión fundada por el Tribunal de Apelación puede suspenderla. El problema aquí es, empero, el de las medidas coercitivas personales más intensas —prisión preventiva—, por lo que al haberse dictado sentencia de primer grado ya no es del caso la subsistencia de un aseguramiento que solo sirvió para su emisión tras el juicio oral; asimismo, la absolución refleja la ausencia de fundados y graves elementos de convicción —aplicación de la cláusula del *rebuc sic stantibus*—; y, si se trata de pena ya cumplida por el transcurso de la carcelería, es de aplicación el principio de estricta proporcionalidad.

2.3.3. Efecto extensivo

Tiene una formulación genérica en el artículo 408 CPP: alcanza a los autos y a las sentencias. Está referido a la resolución que absuelve el grado —no a la impugnación, de citar y emplazar con el recurso incluso a la parte no recurrente, que es expresión del derecho de defensa—. Los demás imputados, recurrentes o no, se aprovechan del resultado favorable —nunca adverso por impedirlo la prohibición de la *reformatio in peius*, que integra el principio acusatorio [situación que se origina cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada por obra exclusiva de su propio recurso: Suay Morey]— del recurso, siempre y cuando estén en la misma situación jurídica. Es una excepción al principio dispositivo —el hecho de recurrir responde, con carácter general, a exigencias individualizadas de quien se estima agraviada por una resolución—, en aras de evitar las contradicciones lógicas entre decisiones jurisdiccionales y situaciones procesales que puedan contraponerse a otras.

3. Modelo de la apelación en el CPP

3.1. Planteamiento

Es sabido que el concepto “segunda instancia” no es un concepto unívoco, sino que admite una diversidad de significados según la amplitud que se configure su objeto procesal, bien como “*novum iudicium*” —como una nueva

primera instancia—, o bien como una “*revisio prioris instantiae*” —como un control de lo decidido y resuelto en la primera instancia—. El primer modelo o sistema es el de la apelación plena (*volle Berufung*), inaugurado por la *Zivilprozessordnung* germana (ZPO) de 1877, mientras que el segundo es el de la apelación limitada (*berchränkte Berufung*) contemplado en la *Zivilprozessordnung* austriaca (ZPO) de 1895. Ambos modelos, lógicamente, han evolucionado y, actualmente, la recepción por los países de nuestra órbita de cultura ha sido relativa o parcial, al punto que solo puede afirmarse que a final de cuentas existen opciones predominantes por uno u otro sistema de apelación. Nuestro CPP asumió, preponderantemente, el sistema de apelación limitada “medio” [DOIG], con ciertas modulaciones hacia el sistema de apelación plena.

Ambos sistemas, como se tiene afirmado, asumen dos modos de concebir la segunda instancia. Los dos modelos conllevan una doble posibilidad de enjuiciamiento del objeto litigioso a realizar por un órgano distinto y superior, debiendo dicho órgano ceñirse a lo pedido y decidido en la instancia [ARMENTA]. Destaca en el sistema de apelación limitada, que asume un concepto más rígido de la preclusión —no acepta nuevos medios de ataque y de defensa, identidad del objeto de la primera instancia—, no solo el carácter negativo de la competencia del Tribunal Superior sino la nula ampliación probatoria en esta sede —identidad del material fáctico—; su carácter, como diría GUASP, es revisor del proceso, es decir, se ha de entender como una depuración de sus resultados por métodos autónomos que llevan, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una *revisio prioris instantiae* [ÁLVAREZ]. Empero, nuestro CPP tiene una apertura hacia una lógica ligeramente más plena, pues no solo es posible, y forma parte de la lógica de las potestades de la Sala Penal Superior, amparar el recurso y sustituir la decisión de primera instancia por otra cambiando incluso la declaración de hechos probados (competencia positiva), sino que puede realizarse una actividad probatoria alternativa a la realizada en primera instancia. En este último punto, de apertura hacia el llamado “*ius novurum*”, con exclusión de los “*nova allegata*” —materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso—, se entiende que es posible incorporar materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia (*nova producta*), así como materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad (*nova reperta*) [GARBERI] —en pureza, “hechos nuevos” y “hechos desconocidos”—; y, además, aquellos materiales admitidos pero no actuados por causas no imputables a las partes y, relevantemente, aquellos testigos y agraviados que declararon en primera instancia, pero cuyo

testimonio es necesario su apreciación autónoma por el Tribunal Superior para sustentar el juicio de hecho (artículo 422. 2 y 5, CPP).

El CPP nacional, a tono con la construcción intermedia que acoge, autoriza al Tribunal Superior a revisar el juicio de primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como jurídico, y dentro de este último, tanto respecto al derecho material como al derecho procesal —a eso se refiere la expresión de Bindig de una segunda “primera instancia”—; además, el Tribunal de apelación debe fallar a base de su propia práctica de prueba, que puede extenderse también a las *nova*, esto es, nuevos hechos y nuevos medios de prueba [BELING].

El recurso de apelación nacional apunta a una resolución de segunda instancia que sustituya la primera —el carácter sustitutivo de la apelación es lo que identifica el doble grado de jurisdicción: plenitud de conocimiento y de decisión sobre el fondo—. Adicionalmente, frente al principio de inmediación, autoriza —aunque limitadamente— la actuación de prueba en segunda instancia —esto último constituye una excepción a la regla de preclusión y una matización del principio de doble instancia, pero aceptable en cuanto no se introducen nuevas ‘causas de pedir’ ni alteran el proceso; no pueden deducirse nuevas excepciones y medios de ataque y defensa ni hechos [CALDERÓN]—. La exigencia al principio de inmediación se vuelve aún mayor cuando se impugnan sentencias absolutorias, en el que se aplica la regla básica: que en caso de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquellas se fundan en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *Ad Quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y contradicción —prueba personal— [STCE 167/2002]. Ello importa la búsqueda a través de la apelación de un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando lo actuado más el nuevo material fáctico aportado a la causa; el objetivo de la apelación nacional; por tanto, no se compadece con la renovación íntegra del material probatorio, sino con la actuación de pruebas sobrevenidas, que no se han podido emplear en los juicios precedentes. Más tiende a la *crítica de la decisión* que a la *renovación del proceso* [CARNELUTTI]. En tanto, por el modelo asumido, se restringe la práctica de pruebas en segunda instancia, solo pueden ofrecerse en supuestos excepcionales, de interpretación restrictiva [DE SANTO].

En consecuencia, a la vista de las nuevas diligencias probatorias el *iudex ad quem* podrá analizar de nuevo lo apreciado en primera instancia, a la vez que tendrá la oportunidad de hacer un nuevo enjuiciamiento fáctico y jurídico sobre el material de conocimiento que se adquirió en primera instancia.

Es indispensable, por tanto, la existencia de una segunda instancia con la finalidad de reducir los errores del *iudex a quo*. En este sentido, con el fin de evitar la falibilidad, lo razonable es que la revisión que lleve a cabo el órgano de apelación pueda ser completa, esto es, que deba revisar todas las incógnitas del caso concreto, pero sin necesidad de caer en un *novum iudicium* [NIEVA].

3.2. Notas esenciales

Son cinco las notas esenciales de la apelación nacional contra sentencias las cuales se explican a continuación:

- A. La apelación es complementaria de la sentencia de primera instancia. No tiene el carácter de pleno. Cabe aquí apuntar la existencia de dos límites necesarios: **1.** Respeto a la pretensión impugnatoria del recurrente, en consecuencia, la segunda instancia no se abre de oficio. **2.** Respeto a la interdicción de la reforma peyorativa. El objeto del recurso de apelación es la petición impugnativa del apelante.
- B. Las partes no pueden deducir nuevas excepciones y medios de ataque y de defensa. Tampoco pueden ofrecer, libre e ilimitadamente, pruebas ni alegar hechos no propuestos en primera instancia, lo que encarna la esencia del segundo grado de jurisdicción. Consagrada la prohibición de la *mutatio libelli*.
- C. El *iudex ad quem* resuelve sobre la base del material que tuvo a la vista al juez penal. Está en una situación homogénea del *iudex a quo*, con la limitación que le es imposible valorar en perjuicio del acusado los medios probatorios de naturaleza personal. Realiza, según motivos propuestos, un control negativo; esto es, si se denuncian vicios de actividad o defectos de juicio con la consiguiente pretensión anulatoria, aunque no es necesario que exista realmente una equivocación del *iudex a quo* para permitir una valoración probatoria distinta a la efectuada en primera instancia [CORTÉS]. Por su parte, el recurrente debe expresar las razones concretas por las que es más lógica una valoración distinta a la efectuada por el juez de instancia.
- D. Al permitirse la actuación, condicionada, de determinadas pruebas, y cuestionarse el juicio de culpabilidad, de valoración probatoria, el *iudex ad quem* realiza un control positivo y dictará un fallo sustitutivo del de primera instancia. La actividad de valoración de la prueba del órgano *ad quem* tiene límites derivados del principio de inmediación —es el tercer

límite para el *iudex ad quem*-. El hecho de permitir la complementación del ámbito de conocimiento del juez *a quo* con nuevas pruebas surgidas con posterioridad –lo que no puede hacerse es alterar o ampliar el objeto procesal, no se admite los *nova capitula*– es un índice claro de su carácter ordinario y su acercamiento a la plenitud del recurso.

- E. Cuando el recurso proviene del fiscal y el imputado es parte recurrida, si bien la inasistencia injustificada de este último no impide la realización de la audiencia, se le declarará reo contumaz y se dispondrá, de ser el caso, su conducción coactiva (artículo 323.4 CPP). Esto último significa que no es posible dictar la sentencia de vista hasta que el imputado sea capturado o se ponga a derecho; la causa, entonces, se archivará provisionalmente (artículo 79.5 CPP).

4. Procedimiento

4.1. Interposición y formalización

Existen dos modalidades de trámite del recurso de apelación, según se apele autos o sentencias. En el primer caso el plazo para impugnar es de tres días, y en el segundo caso de cinco días (artículo 414.1 b y c CPP). Cuando se trata de una apelación en el curso de una audiencia judicial, específicamente de sentencia, el artículo 401.1 CPP prescribe que puede apelarse por escrito, pero la fundamentación o formalización puede hacerse en acto aparte y por escrito y cuando se trata de una sentencia emitida en audiencia de juicio inmediato, conforme al artículo 448 CPP, el recurso de interpondrá en el mismo acto de lectura, en tal caso no es necesario la formalización por escrito. En caso que el acusado no concurra a la audiencia de lectura, el plazo para su interposición es de 3 días, conforme al artículo 414.1.c CPP. En este caso, la Sala Superior, una vez recibido el cuaderno de apelación, comunicará a las partes para que en el plazo de tres días puedan ofrecer medios probatorios. El artículo 405.2 CPP señala que el plazo de formalización es de cinco días. La apelación, con indicación precisa de las alegaciones –artículo 405.1c CPP– se presenta ante el juez penal que emitió la sentencia, quien decide sobre la admisión del mismo.

Los requisitos para apelar, desde la motivación, son las siguientes: **1.** Precisión de las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación. **2.** Fundamentos de hecho. **3.** Fundamentos de derecho. **4.** Pretensión concreta [Doig].

El auto admisorio se notifica a todas las partes, luego de lo cual, inmediatamente, se eleva los actuados a la Sala Penal Superior (artículo 405.3 CPP). Cuando la sede del Tribunal Superior es distinta del órgano de primera instancia, el recurrente debe fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio de la apelación (artículo 416.2 CPP).

4.2. Admisión

4.2.1 Decisión del *iudex a quo*

El juez de primera instancia es quien decide, inmediatamente, sobre la admisibilidad del recurso –la inadmisibilidad es una especie de invalidez de las solicitudes, legalmente conminada–. Los presupuestos subjetivos–legitimación o derecho de conducción procesal e interés para impugnar o gravamen–, objetivos –acto o resolución impugnables– y formales (modo, tiempo, lugar y motivación) del recurso son de orden público, por ello su control es obligatorio al órgano jurisdiccional. Resulta admisible la impugnación oportunamente propuesta por el legitimado, que tenga interés en ella, contra las decisiones impugnables, en los modos y con las formalidades prescritas [CORDERO].

El *iudex a quo* notifica su decisión a todas las partes. Admitido el recurso el órgano de primera instancia, eleva los actuados al Tribunal de Apelación (artículo 405.3 CPP): este es el paso de “elevación de las actuaciones”. No existe en el CPP el paso del denominado “emplazamiento”, en cuya virtud el juez de grado hace saber a los interesados –todas las partes, recurrentes, no recurrentes y recurridas– que deberán concurrir ante el Tribunal Superior encargado de la revisión de la resolución a fin de mantener el recurso interpuesto [BERDICHEVSKY].

4.2.2. Control del *iudex ad quem*

Recibidos los autos, la Sala Penal Superior conferirá traslado del recurso a las demás partes procesales –a todas, incluso a las no recurrentes–. El traslado es, simplemente, una posibilidad procesal para las partes no recurrentes y recurridas de argumentar a favor de su propia situación procesal, por lo que, vencido el plazo de absolución de agravios, con su contestación o sin ella, se pronunciará sobre la corrección formal de la concesión del recurso por el Tribunal *A Quo*; declarará bien concedido el recurso o, en su defecto, de estimarlo inadmisibile lo anulará (artículos 405.3 y 421.1 CPP). Los presupuestos del recurso son objeto de control de oficio; en consecuencia, no puede negarse al Tribunal Superior competencia para conocer y resolver del recurso de apelación concedida por el *iudex a quo*.

Contra el auto que declara inadmisibile el recurso, procede recurso de reposición (artículos 420.4 y 421.2 CPP). Este se tramita conforme al artículo 415.2 CPP: lo resuelve de plano –si el vicio o error es evidente o el recurso es manifiestamente inadmisibile– o correrá traslado a las partes por dos días. La decisión sobre el recurso no es impugnabile.

El trámite de admisión del recurso posee una naturaleza marcadamente formal, alejada de cualquier tipo de análisis judicial de carácter material sobre el fondo de la controversia suscitada, o sobre el acierto o desacierto de los motivos de oposición esgrimidos por el recurrente. Solo se fiscaliza el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones procesales (presupuestos y requisitos legales) del recurso interpuesto [GARBERÍ].

Lo que se cuestiona frente una inadmisión del recurso, vía queja o reposición, según el órgano y la oportunidad procesal del rechazo del recurso de apelación, es: **1.** La existencia de un defecto formal o estructural del acto impugnativo, **2.** La falta de poder para impugnar, sea por haberse producido la preclusión o la caducidad de la correspondiente facultad, **3.** La irrecurribilidad de la resolución originaria, **4.** la invocación de un motivo no permitido por la ley –supuesto solo posible en la casación–, y **5.** El no cumplimiento de una condición expresamente exigida por la ley [CLARIÁ].

4.3. Proposición de pruebas

4.3.1. Preliminar. Apelación de autos

Declarado bien concedido el recurso de apelación, el trámite se bifurca según la calificación de la resolución impugnada: auto o una sentencia. En lo que se refiere a la apelación de autos, conforme al artículo 420.2 CPP, declarado bien concedido el aludido recurso, se cita a las partes a la audiencia de apelación, que se llevará a cabo con las que concurren. Es una simple audiencia de alegaciones orales del fiscal y de la defensa de las partes, además se escuchará al imputado siempre que decida asistir. El interrogatorio del Tribunal de Alzada se concentra en los informantes y su objeto es el esclarecimiento de su posición técnica (artículo 420.6 CPP).

No existe una fase de actuación probatoria autónoma. A lo más será posible la presentación de prueba documental y la incorporación de actuaciones de la investigación preparatoria de fecha posterior al recurso, siempre que este ofrecimiento –entendido como plazo de caducidad– se produzca antes de la

notificación de la resolución que se pronuncie por la calificación aprobatoria del recurso y disponga la citación para la audiencia, para lo cual se insta un trámite previo de traslado por tres días (artículo 420.3 CPP).

El plazo general para la absolución del grado es de veinte días (artículo 420.7 CPP). El auto de vista tendrá un contenido variado en función de la cuestión procesal planteada.

4.3.2. Trámite previo

El auto que declara bien concedido el recurso, concurrentemente, emplazará a las partes –recurrentes y recurridas– que pueden ofrecer medios de probatorios en el plazo de cinco días; el apelante y el apelado tienen la carga de la proposición de la prueba. ¿Las partes adheridas pueden proponer prueba? No, solo corresponde al apelante principal y a quienes afecta el recurso: partes recurridas – de no aceptarse se incurría en indefensión–. Ello es así por el carácter subordinado de la adhesión y porque el aquietamiento a los pronunciamientos de la sentencia se entiende como aquietamiento a la actividad probatoria y a la innecesariedad de la prueba [MORENO].

4.3.3. Regulación legal

La proposición de pruebas, desde luego, está regulada –a nivel genérico– por lo dispuesto en el artículo 155.2 CPP: pertinente y no prohibida por la ley. Los literales a y b del apdo. 5 del artículo 352 CPP exigen, además, indicación del probable aporte a obtener con el medio de prueba ofrecido, la conducencia y utilidad del mismo. El artículo 422.1 CPP destaca en lo especial el aporte que se espera de la prueba ofrecida, lo que no niega las demás exigencias, aunque expresamente sanciona con la inadmisibilidad su incumplimiento.

Solo se admiten, en atención a la clásica prohibición del *ius novurum*, la petición de práctica en la segunda instancia de las siguientes pruebas:

- A. *Pruebas de hechos cuya existencia se desconocía.* La razón para la admisión de nueva prueba es objetiva: importa el desconocimiento, no las razones del mismo. Se trata de pruebas de hechos relevantes cuya existencia no conocía el recurrente y, por tanto, no pudo solicitar se practicaran, o bien aquellas otras que, conociendo su existencia, no pudo proponerla, por carecer de disponibilidad sobre la misma; en tanto en cuanto tenga relación o guarden conexión con las afirmaciones de hechos

efectuados en las alegaciones finales de las partes, de lo contrario se estaría posibilitando la facultad de introducir en el proceso nuevas pretensiones. Se excluyen los medios probatorios que estaban disponibles en el momento del juicio. Se trata de supuestos de imposibilidad de proposición de prueba debido únicamente, bien a la aparición de hechos nuevos acaecidos con posterioridad al trámite procesal de prueba en el juicio (*nova productio*: hechos nuevos), bien a la existencia de hechos que, no obstante ser de fecha anterior a dicho trámite preclusivo, hubieren llegado a conocimiento del recurrente en un momento posterior, lo que debe ser justificado por la parte (*nova reperta*: hechos desconocidos o hechos de nuevo conocimiento) –este último exige un criterio de admisión más restringido que los *nova productio* por la posibilidad de fraude– [GIMENO]. Lo relevante, en todo caso, es la novedad del hecho, no la novedad del medio de prueba.

Las pruebas ofrecidas deben referirse básicamente a los mismos hechos que ya constituyeron el objeto de la acusación en la primera instancia y deben tener relevancia para poder determinar, en su caso, una sentencia de contenido diferente [DE PRADA].

- B.** *Pruebas indebidamente denegadas.* Se deben cumplir cuatro requisitos: **a)** que dichos medios de prueba hayan sido propuestos en tiempo y forma; **b)** que inmediatamente después de la denegación se formalice la oportuna protesta por esa decisión –la falta de protesta no puede suplirse por la Sala de Apelación, pues la protesta debe cumplirla la parte interesada, en consecuencia, debe recaer sobre el propio recurrente la responsabilidad de sus errores procesales, los que no están amparados por la tutela jurisdiccional ni la proscripción de la indefensión–; **c)** que no haya existido durante la tramitación del procedimiento en primera instancia ningún otro momento para proponer el medio de prueba indebidamente rechazado; y, **d)** que el Tribunal *Ad Quem* lo estime pertinente y relevante para la decisión del recurso la práctica de la prueba propuesta. Son tres los posibles errores que pudieron cometerse por el *iudex a quo*: el mal entendimiento de la preclusión, el de la impertinencia y el de la inutilidad [YÁÑEZ].

La protesta en el primer momento procesal posible puede definirse como una declaración de voluntad dirigida a denunciar como incorrecta y perjudicial una actuación procesal concreta, de manera que su ausencia significa una verdadera renuncia a la petición denegatoria por aquietamiento y aceptación de la decisión (STSE de 24-01-00).

- C. *Pruebas admitidas que no fueron practicadas.* Se trata de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes –no solo por el proponente en segunda instancia–, que resultaron expresamente admitidas pero que no pudieron ser practicadas por causa que no sea imputable al recurrente. La negligencia del apelante o su pasividad no justifica la actuación de la prueba no actuada, puesto que no existe indefensión, que solo se presenta cuando el órgano judicial ha negado a una parte la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos [BERMÚDEZ]; se requiere, en todo caso, que la parte haya intentado sin éxito la práctica de las mismas. No pueden ser acogidas aquellas pruebas cuya práctica es imposible –se aceptó el medio probatorio pero su ejecución no pudo realizarse a causa de la ausencia del órgano de prueba– pero es aceptable si en segunda instancia la imposibilidad cesó.

4.3.4. Reglas generales de admisión probatoria

La admisibilidad de esas pruebas está condicionada a que se acredite la causa alegada.

Una primera regla general de admisibilidad de pruebas en segunda instancia estriba en que los medios de prueba ofrecidos tiendan a demostrar de forma directa la inocencia o culpabilidad del encausado, o que vayan dirigidas a la demostración de la veracidad de unos hechos que de forma indirecta supongan, por aplicación de criterios lógicos, la inocencia o culpabilidad del acusado. No se admitirá, fuera de ese periodo, nueva prueba documental, pues los supuestos tasados que incorpora el artículo 422 CPP no lo aceptan; su admisión supondría negar la contradicción a que tienen derecho las demás partes.

El juicio de pertinencia sobre un medio probatorio requiere que la parte interesada explicita en primer lugar lo que quiere probar –las concretas afirmaciones de hechos–, cómo intenta conseguir la prueba –el medio concreto de que quiere valerse y su contenido–, y la finalidad perseguida con dicha actividad, para que sobre tales extremos pueda pronunciarse el órgano judicial. Se ha de alegar y fundamentar la trascendencia de la prueba propuesta [BERMÚDEZ]. La idea de “necesidad de prueba”, enraizada en el mismo concepto constitucional de pertinencia, está referida a la capacidad del medio probatorio ofrecido para formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo, a partir del cual es posible analizar si el indicado medio probatorio es reiterativo o inoperante (STSE de 10-03-95).

Una segunda regla general estriba en que la proposición de prueba solo tendrá lugar cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia, o cuando se cuestione algún extremo referido a la pena o reparación civil que, por su propia naturaleza, exija un debate sobre los hechos o circunstancias declarados probados o improbados (artículo 422.3 CPP).

Una excepción general a la limitación de actuación probatoria en segunda instancia se encuentra en el artículo 422.5 CPP. Importa la citación de testigos que han declarado en primera instancia, cuya presencia, por razones de inmediación y contradicción, resulta indispensable para sustentar el juicio de hecho. Tal convocatoria, primero, necesita una insistencia de las partes, ergo, no cabe una citación de oficio, en consecuencia, si no existe pedido de parte, el juicio de hecho necesariamente quedará acreditado por lo declarado en el acta del juicio; segundo, la concreción de esa posibilidad, prevista por el citado artículo 422.5 CPP, podrá producirse en los casos en que se pide la revisión de la credibilidad de la prueba testifical o de la declaración de los propios acusados, pero no cuando se discute la valoración jurídica de un hecho documentado en autos cuya existencia es recogida en la sentencia de primera instancia (SSTCE 167/2002, de 16-09-02; y, 68/2003, de 09-04-03); y, tercero, en atención a la excepcionalidad de las “innovaciones” en la apelación restringida o media, que es la base del sistema de apelación del CPP, la prueba personal ya actuada solo puede volverse a actuar cuando se alegue un interrogatorio defectuoso por incompleto o ineficaz: práctica inadecuada.

Por otro lado, se podría discutir si cabe la práctica de prueba de oficio por parte del órgano *ad quem*. El CPP solo se refiere a las partes, aunque alguno podría sostener que nada impide que el *iudex ad quem* pueda hacer uso de las facultades atribuidas en el CPP al tribunal en el juicio oral. A esa tesitura cabe contestarle que, como regla de excepción, la prueba de oficio está pensada para la primera instancia –etapa del juicio oral–, no para la apelación, amén de la vigencia del principio *tantum devolutum quantum appellatio*.

4.4. Audiencia de apelación

4.4.1. Citación (artículo 423 CPP)

Decidida la admisión de las pruebas, se convoca a las partes a una audiencia de apelación. Se emplaza también a los no recurrentes.

Es obligatoria la asistencia de la parte recurrente. Si recurre el fiscal también deben concurrir todas las partes recurridas. Si el acusado recurrente no concurre

a la audiencia se declarará inadmisibile el recurso que interpuso; de igual forma se procederá si no concurre el fiscal recurrente. La reforma del artículo 423.4 del CPP, dispuesta por la Ley 31592, de 26-10-2022, estipuló que la incomparecencia de los imputados recurridos determina su declaración de reos contumaces y su conducción compulsiva al Tribunal Superior –ya no se continúa con la audiencia como prescribía la disposición originaria–, de suerte que la audiencia se suspende hasta la ubicación y puesta a disposición de aquellos, conforme al artículo 79 del CPP.

Respecto de las partes privadas, la obligatoriedad solo se da cuando ellas son las recurrentes, bajo sanción de inadmisibilidad del recurso que promovieran. Si la apelación se refiere al objeto civil, no es obligatoria la comparecencia del imputado ni del tercero civil.

4.4.2. La posición del Tribunal Constitucional

La STC n.º 2984-2011/PHC-TC, de 16-07-13, fijó un criterio interpretativo respecto del artículo 423.3 CPP. Dicha norma prescribe: “Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente”.

Dice el Tribunal Constitucional que no cabe una interpretación literal (sic) de dicho precepto, pues la presencia física y personal del recurrente para que se lleve a cabo a la audiencia de apelación de sentencia no resulta necesaria ni indispensable, pues esta actuación se puede desarrollar con la sola presencia de su abogado, quien puede sustentar oral y técnicamente los argumentos del recurso para que estos puedan ser sometidos al contradictorio y al debate oral de su contraparte. La interpretación inicialmente aludida no supera el examen de necesidad. Se requiere para la declaración de inadmisibilidad del recurso la incomparecencia adicional del defensor.

En principio no puede sostenerse que la interpretación que en su día efectuó la Sala Superior –al rechazar la apelación porque no concurrió el imputado, pese a que sí lo hizo su defensor– era íntegramente literal –esa es la opción asumida por el Acuerdo Plenario n.º 1-20012, de 18-01-13, que para el caso de apelación de autos siguió el criterio de la comparecencia voluntaria del recurrente: Sentencia Casatoria n.º 52-2009/Arequipa, de 13-07-10–. En puridad, se puede calificar de una interpretación asistemática. La interpretación de la norma en cuestión no puede ser única, pues las circunstancias pueden ser distintas.

En efecto, la fase de apelación de sentencias está sujeta a un procedimiento complejo. La lógica del mismo es la presencia del imputado en el desarrollo de la audiencia, al punto que el artículo 424.3 CPP estipula que el interrogatorio del imputado es un paso obligatorio “cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar” – lo que no es de recibo en el caso de apelación de autos–. Luego, en principio, si se trata de un cuestionamiento jurídico, si está en discusión la *questio iuris*, no es necesaria la presencia del imputado. Empero, si se debate la declaración de hechos probados que ha dado lugar a una condena o si se controvierte la medición de la pena –en tanto se requiera analizar aspectos de hecho vinculados a las circunstancias del delito u otros factores–, es indudable que la presencia del imputado es imprescindible. El Tribunal de Apelación debe fallar previo interrogatorio al imputado. Este está sujeto al órgano jurisdiccional, por lo que su concurrencia es una carga procesal cuya inasistencia injustificada le acarrea perjuicios: deserción del recurso. Podrá, luego, decir que se abstiene de declarar –ese es su derecho constitucional–, pero debe concurrir personalmente al Tribunal para hacerlo saber de modo expreso.

La presencia del imputado en la audiencia de apelación de sentencia tiene esa nota de obligatoriedad –como carga procesal expresamente afirmada– que si es parte recurrida, su inasistencia injustificada determina la declaración de contumacia –en sentido similar en el juicio de primera instancia: artículo 367°.2 y 3 CPP–, uno de cuyos efectos, sin perjuicio de la orden de conducción compulsiva, será el archivo provisional del proceso respecto de él, hasta que sea habido (artículo 79.5-6 CPP).

Por tanto, la declaración de inadmisibilidad se declarará solamente en los supuestos de inconcurrencia injustificada del imputado, siempre que se cuestione el juicio histórico: culpabilidad y/o medición judicial de la sanción penal –algún aspecto de la denominada *questio facti*–. Por cierto, no será del caso –para evitar la deserción del recurso– exigir la presencia del imputado cuando ha recurrido en la condición de contumaz, pues se le impondría una carga irrazonable que limitaría la garantía procesal de tutela jurisdiccional

4.4.3. Realización de la audiencia (artículo 424 CPP)

La base normativa general es la del juicio oral en primera instancia. Las reglas de instalación están ya definidas por el artículo 423 CPP. Cabe puntualizar que existen dos modalidades de audiencia, siempre preceptiva: con actuación probatoria o sin ella. La primera modalidad está condicionada a la impugnación

del juicio de culpabilidad o inocencia, o de la cuantía de la pena o de la reparación civil, y siempre que en apelación se inste la revisión de un aspecto de la valoración de las pruebas personales, que es su credibilidad. Si la esencia de la controversia radica, no en error en la valoración de la prueba –diferente ponderación acerca de la credibilidad de determinadas declaraciones–, sino en una inadecuada calificación jurídica de los hechos que el órgano *a quo* declaró probados; si no se discute la veracidad de específicas declaraciones asumidas por el *index a quo* sino se estima su impropiedad o relevancia exculpatoria, en esos casos, no cabe una audiencia con actuación de pruebas.

Evidentemente no habrá actuación y examen probatorio –no se requiere examen directo y personal de la prueba– cuando el núcleo de la discrepancia es una cuestión jurídica –sobre la base de hechos coincidentes–; la reproducción del debate, aquí, no añade nada al juicio público. Así sería el caso, por ejemplo, de la prueba indiciaria, cuando se cuestione el juicio de inferencia sobre la base de las reglas de la lógica y experiencia, más allá que los indicios que por separado se hubieran obtenido como el fruto de la práctica de pruebas necesitadas de intermediación [GARBER].

Cabe puntualizar que la jurisprudencia del TEDH es constante en el sentido de exigir, únicamente, la necesaria audiencia en apelación del acusado absuelto sin que contenga la exigencia de repetición de la práctica de la prueba que en el recurso se hubiera impugnado por considerar errónea la valoración del juez *a quo*. Exigir, en estos casos, que se vuelva a interrogar a los acusados, a los testigos o a pedir a los peritos que informen –sean objeto de un nuevo examen– lo estarán haciendo de nuevo aportando una prueba nueva y diferente a la que valoró el juez de primera instancia. Se trataría de testigos y peritos cuya declaración o informe en la alzada serán valorados por primera vez por tratarse de una declaración distinta de la que tuvo lugar en la primera instancia. Todo ello con el agravante de tratarse de declaraciones sospechosas en tanto que los que comparezcan en segunda instancia lo harán prevenidos por las partes sobre las dudas y contradicciones que pudiera haber suscitado su declaración en primera instancia. De ser así la vía de recurso sería interminable pues siempre cabría un nuevo recurso en tanto que la sentencia de vista se habría pronunciado sobre un objeto procesal renovado con la repetición de la prueba [RICHARD].

4.4.4. Periodos de la audiencia

Tres son los periodos de la audiencia de apelación con actuación de pruebas. Así:

- A.** *Periodo inicial.* Consta de dos pasos. En primer lugar, el auxiliar jurisdiccional hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones contra ella, objeto de la audiencia. En segundo, se corre traslado a las partes recurrentes para que se pronuncien si se desisten total o parcialmente del recurso interpuesto, o en su caso para que se ratifiquen en los motivos del recurso.

Este periodo es común a ambas modalidades de audiencias.

- B.** *Periodo probatorio.* Se actúan las nuevas pruebas admitidas. A semejanza del juicio de instancia, primero se examina a la agraviada, luego a los testigos, a continuación, a los peritos y, finalmente, se lee y discute la prueba instrumental. Empero, cuando se discute el juicio de culpabilidad, es obligatorio el examen de los imputados, salvo que decidan abstenerse de ser examinados –será el primer paso de la audiencia–. En la estación de lectura u oralización de la prueba instrumental, amén de ser aplicable el artículo 383 CPP, cabe la lectura del informe pericial y del examen pericial, así como de todas las actuaciones no objetadas de primera instancia.

Si no es del caso actuar pruebas, sencillamente, se supera este periodo y se abre paso al periodo decisorio: no tiene porqué leerse piezas procesales [en contra: DOIG], salvo omisión de lectura y debate de prueba documental o documentada en primera instancia y la ofrecida en segunda instancia.

- C.** *Periodo decisorio.* Las partes alegan por su orden, empezando por los recurrentes, que tienen la primera palabra. El imputado, siempre, tiene derecho a la última palabra. A continuación, el tribunal dará por cerrado el debate de apelación.

4.5. Sentencia de vista

4.5.1. Deliberación

Rigen las reglas del artículo 393 CPP, aunque por razones de supletoriedad rige, además y más propiamente, el artículo 392 CPP. En consecuencia:

- A.** La deliberación es secreta.
- B.** El plazo para la deliberación es de diez días, en cuyo término debe expedirse sentencia. Es de preguntarse si rige el apdo. 3 del artículo 392 CPP, esto es, si transcurre ese plazo ¿debe repetirse la audiencia de apelación? En

principio, tal posibilidad solo abarca los casos de audiencia de pruebas –en las audiencias de apelación sin actuación probatoria se tratará de un plazo impropio, cuya vulneración no genera nulidad de actuaciones–; y, como el proceso es único y las reglas vinculadas a la intermediación son las mismas (artículo 424.1 CPP), en ese caso las actuaciones probatorias del juicio de apelación quedan sin efecto.

- C. Finalmente, para que exista resolución, basta dos votos conformes; solo se requiere mayoría de votos. ¿Qué pasa si no hay mayoría?, ¿Cada vocal mantiene un voto distinto (anulación, confirmación y revocatoria)? Se procederá conforme a las reglas de la discordia, y el vocal discordante tendrá que repetir la audiencia de apelación.

4.5.2. Valoración de la prueba

Se presenta, en este paso, una doble posición del Tribunal *Ad Quem* respecto del tratamiento de la prueba actuada en segunda instancia y su relación con la prueba actuada en primera instancia. En principio, como se trata de un recurso de apelación que instaura el doble grado de jurisdicción y otorga una potestad de revisión total de lo actuado, el Tribunal *Ad Quem* realizará una valoración integral del conjunto de la prueba actuada, en primera y en segunda instancia.

El recurso de apelación conlleva que el *iudex ad quem* asuma plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el *iudex a quo* no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (STCE 172/1997, de 14 de octubre). La apelación pretende, normalmente, destacar errores de interpretación jurídica por parte del juez a quo, así como resaltar errores en la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida –impugnación del juicio probatorio–; éste, siempre, debe ser global. La corriente actual, claramente antiepistémica, es que la prueba personal (testimoniales, declaración del agraviado, careos), por razones de intermediación, no puede valorarse por el juez *ad quem*, pese a tratarse de un antiguo argumento que se remonta a la Inglaterra del siglo XVIII en la que se celebraban juicios por jurados que no motivaban sus veredictos, no obstante que en nuestro sistema se exige la motivación de las resoluciones judiciales (artículo 139. 5 de la Constitución) y corresponde al juez *ad quem* revisar esa motivación para comprobar que la misma ha sido correcta. Desde la psicología del testimonio, como se sabe, lo central no es quien declara o cómo lo hace, sino qué declara, para lo cual la testimonial está grabada [NIEVA].

- A.** Los criterios básicos de valoración están previstos en el artículo 393 CPP. Así:
- i.** Solo se valoran los medios de prueba incorporados legítimamente al juicio.
 - ii.** El examen de los medios probatorios se inicia individualmente por cada uno de ellos y, a continuación, globalmente, en su conjunto.
 - iii.** Se abordarán los temas objeto de la pretensión impugnativa.
- B.** Las especialidades que se reconocen a la valoración de la prueba en segunda instancia son dos:
- i.** Valoración independiente de la prueba actuada en la audiencia, así como de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. Se reconoce en este punto el carácter ‘documental’ del aporte de esos medios de prueba y, por tanto, el ser ajenos a la intermediación o, por lo menos, una clara excepción por razones de no repetibilidad o disponibilidad de la prueba (preconstitución y anticipación de prueba).
 - ii.** Respeto de la valoración realizada por el *Iudex Ad Quo* de la prueba personal: declaraciones en general (declaración del imputado y testificales). Se estima que el principio de intermediación permite al *iudex a quo* el contacto directo con el material probatorio, por lo cual puede llevar a cabo una más objetiva valoración crítica de los hechos enjuiciados –se entiende que la intermediación es una técnica que sirve para obtener de la fuente de prueba todas las informaciones relevantes [IACAVIELLO]–. La posición de imparcialidad e intermediación del juez determina una especie de presunción de acierto, sobre la que vienen razonando uniformemente los órganos jurisdiccionales, en el sentido que entienden que han de reputarse acertadas las conclusiones fácticas a las que llegan, salvo que se demuestre manifiesto error, incongruencia, contradicción o cualquier otro defecto de análoga entidad [SOSPEDRA] –por ende, es claro enfatizar que la oralidad–intermediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez–. Así lo entiende el CPP, aunque contemporáneamente con arreglo a las reflexiones más modernas de la psicología, del testimonio, que se basan en que lo que hay que valorar no es la persona del declarante, sino su declaración, para lo que la intermediación dice poco, de suerte que es posible examinar otro

ángulo del testimonio: su racionalidad, coherencia, precisión, y su relación con las demás pruebas actuadas. El juez, en esta perspectiva, ha tenido por probado un hecho que en realidad no ha sucedido, o viceversa; o bien ha tenido por correctamente probado un hecho, pero ha deducido de su existencia unas consecuencias fácticas que en realidad no han acaecido, creando de forma indebida, de ese modo, una presunción, al errar en el uso del razonamiento lógico deductivo [NIEVA].

La posibilidad que tiene el *iudex ad quem* de apartarse de las conclusiones probatorias del *iudex a quo* en relación a las mencionadas pruebas personales está en función a las actuaciones probatorias realizadas en segunda instancia y a las pruebas documentales, preconstituidas y anticipadas. Es evidente que si las pruebas de cargo que justificaron la condena o la absolución fueron de carácter personal –aquí se incluye el ámbito perceptivo del perito, no el aspecto técnico del informe pericial– no será posible un cambio del sentido del fallo, a menos que esa prueba se repita en segunda instancia –posibilidad aceptada, excepcionalmente y con los límites ya explicados, en el apdo. 5 del artículo 422 CPP- (las SSTEDH Ekbatani vs. Suecia de 26-05-88 y Tierce vs. San Marino de 27-06-00, insisten en la necesidad del examen directo y personal por el *Iudex Ad Quem* del imputado que rechaza los cargos). Las SSTEDH Valvuela Redondo, Naranjo Acevedo, Sainz Casla y Román Zurdo, de 13-12-11, 22-10-13, 12-11-13 y 08-10-13, instituyeron una delimitación de la anterior doctrina cuando el Tribunal de Apelación revoca la condena a un acusado absuelto en primera instancia, sin necesidad de haber oído personalmente al citado imputado en la audiencia de apelación, cuando para pronunciarse sobre la culpabilidad incidió en aspectos que tenían un carácter jurídico predominante o cuando se limitó a modificar la calificación jurídica del resultado de las pruebas practicadas en primera instancia; si cabe, por cierto, cuando se efectúa una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera (nueva valoración de los elementos de hecho: STEH Spíriu, de 29-04-08), situándose más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas.

La STCE n.º 47/2002, de 25 de febrero, en principio, estimó que la apelación es un *novum iudicium*, por lo que cabe una nueva apreciación tanto de los hechos como del derecho; y, en tal virtud, puede llegarse

con ello a un nuevo pronunciamiento contrario al que tuvo lugar en primera instancia. La STCE n.º 167/2002, de 18 de setiembre, bajo la misma perspectiva que el TEDH, acotó que para sustituir una sentencia absolutoria por otra condenatoria en fase de apelación puede ser necesaria la celebración de una audiencia para garantizar los principios de inmediación, publicidad y contradicción en cuanto la condena se vaya a fundamentar en una nueva valoración de la prueba practicada; lo cual es especialmente necesaria en los casos en lo que se pide la revisión de la prueba testifical o de la declaración de los propios acusados, pero no cuando se discute la valoración jurídica de un hecho documentado en autos cuya existencia es recogida en la sentencia.

En efecto, el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conlleve a la condena del acusado después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de los testimonios de los acusados o testigos, con la salvedad ya apuntada en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, si tal modificación no fue precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos –claro está con excepciones– [STCE n.º 124/2008, de 20 de octubre].

Por otro lado, se discute si puede dictarse, según los casos, una sentencia procesal, anulatoria, si el razonamiento judicial es contradictorio o notoriamente insuficiente (oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto o incongruente), o, también, si es arbitrario, es decir, no respeta las reglas de la experiencia, del pensamiento humano, de la ciencia y, en especial, de la psicología, así como si es dictado con manifiesto error (dice lo que el testigo no declaró, menciona algo distinto a lo que expuso un órgano de prueba, cambia el sentido de las expresiones o le da un alcance que no corresponde). En este último caso se produce una limitación en la facultad revisora de apreciación fáctica, que se concreta, en todo caso, a la estructura racional y lógica del razonamiento probatorio [SÁNCHEZ YLLERA]. Pareciera que, previa censura de la decisión de primera instancia, es posible un fallo de mérito.

El respeto a la inmediación en la apreciación de prueba personal, como límite a la amplitud del criterio fiscalizador del *iudex ad quem* –según el legislador nacional–, se justifica porque cuando el material

probatorio del juicio de primera instancia se centra, primordial o exclusivamente, en las declaraciones de los acusados o en la prueba testifical, en ellos debe distinguirse las zonas opacas, de difícil acceso a la supervisión y control, y las zonas francas, que sí son controlables en la segunda instancia. (1) Las zonas opacas aparecen constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la inmediación, tales como el lenguaje gestual del acusado, testigo o perito; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempo de silencio; capacidad narrativa y explicativa, etc. (2) Las zonas francas, por su parte, están referidas a todos aquellos aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que, al resultar ajenas a la percepción sensorial del *iudex a quo*, sí pueden y deben ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos [GIMENO] se trata de las pruebas documentales –se incluye las documentadas: prueba anticipadas y preconstituida–, informes periciales documentados – que no exijan oír al perito– o las pruebas de indicios –cuando no se explicita por el juzgador de instancia el razonamiento seguido para alcanzar el resultado probatorio–, en cuya apreciación no esté en entredicho el principio de inmediación [FERNÁNDEZ LÓPEZ]. En este último sentido, tiene expuesto la Corte Suprema Argentina, en el famoso Caso ‘Martínez Areco’ (Sentencia n.º 3792, de 2510-05), que la inmediación no impide examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia recurrida y el procedimiento de valoración probatoria (§ 36). En consecuencia, la doctrina constitucional sobre la inmediación de la prueba en la segunda instancia ha de circunscribirse exclusivamente a aquellos aspectos de la práctica de las pruebas personales que exijan una formación del juicio de credibilidad sobre la veracidad o mendacidad de la declaración del interviniente en la prueba, el cual, si se manifestare ilógica o arbitraria, también puede ser revisado por el *iudex ad quem* [GIMENO]. Tal es la exigencia de inmediación directa y personal, que la STEC n.º 120/2009, de 21 de mayo, ni siquiera acepta que el *iudex ad quem* varíe los hechos con la sola observación del video del juicio oral [BANACLOCHE].

Cabe señalar, sin embargo, que la inmediación como está siendo acogida jurisprudencialmente tiene sus límites: a) la inmediación es

una técnica de formación de la prueba, que se actúa ante el juez, pero no por ello debe ser considerada como un método para el convencimiento del juzgador. **b)** El principio de inmediación no debe ser una justificación al tribunal sentenciador para no motivar su resolución. En tal virtud, se puede considerar la jurisprudencia que estimaba que la convicción a través de la inmediación que se forma el Tribunal de la prueba directa practicada depende de una serie de percepciones que no son expresables a través de la motivación. **c)** La prueba valorada por el tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación, sobre la que dicta sentencia condenatoria puede ser analizada en casación como garante de toda decisión arbitraria (STE n.º 1140/2010, de 29 de diciembre).

En suma, y respecto a la valoración de la prueba, no existe vulneración de derecho constitucional alguno cuando la condena emitida en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se apunta la sentencia emitida por el *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, esta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo –en verdad, inductivo [NIEVA]– empleado y no alterados en la apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el *A Quo*, pues ese proceso –en pureza, inductivo–, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin vulneración de garantías constitucionales (STCE 272/2005, de 24 de octubre).

Está excluida de las exigencias derivadas de la inmediación la prueba documental en atención a su propia naturaleza (STCE 46/2011, de 11 de abril). También está excluida la prueba pericial, cuando en el informe pericial estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que ese informe llegue, esto es, cuando el Tribunal de Apelación valore la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que documenta (STCE 120/2009, de 21 de mayo).

El artículo 425 del CPP, en su nueva versión por la Ley 31592, no solo ratificó que el plazo para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda

instancia no podrá exceder de diez días, salvo el caso de las sentencias expedidas en el proceso inmediato en que el plazo no podrá exceder de tres días. De igual manera, estipuló que para la absolución del grado se requiere mayoría de votos (dos de tres jueces superiores). La valoración de la prueba personal, insistió, no puede significar otorgarle diferente valor probatorio al ser objeto de valoración, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia –¿y en primera instancia?–; es decir, como previene IGARTUA, obliga a la Sala Penal Superior a controlar menos en aquello que es su dominio: controlar la valoración de las pruebas, es decir, si es acertada o no la relación que el juez de primer grado ha establecido entre los elementos de prueba y su valoración. La Corte Suprema, circunscribiendo la función del principio de inmediación a la obtención de una mejor calidad de información del órgano de prueba –éste es solo un principio procedimental referido a la formación de la prueba en el plenario, en cuya virtud el juez debe estar presente cuando el órgano de prueba se someta a contradicción–, y sobre la base del valor justicia material descartando juicios intuitivos del juez, acordó, primero, que cabe examinar la corrección de la obtención del elemento de prueba del órgano de prueba –que no se esté ante una motivación falseada o fabulada–; segundo, que la versión del declarante sea coherente, circunstanciada, sin comentarios oportunistas, y no adolezca de relevantes vacíos narrativos (verosimilitud interna); y, tercero, que la testimonial, desde una concepción holística de la prueba –de todo el material probatorio disponible, no solo del de segunda instancia, ello a tono con el modelo de apelación nacional preponderantemente de revisión –que importa un doble juicio sobre el hecho o *quaestio facti*–, tras el análisis de su contenido (atomista) –el CPP asume una concepción integradora de la prueba–, tenga sólidas corroboraciones (verosimilitud externa: concordancia y convergencia del resultado probatorio de la testimonial con el resto del material probatorio disponible). En apelación, además, a diferencia de la casación, es lícito al juez *ad quem* cambiar la declaración de hechos probados o improbados en primera instancia.

4.5.3. Alcances de la sentencia de vista (artículo 425 CPP)

El Tribunal *Ad Quem* puede:

- A. *Anulación, en todo o en parte, de la sentencia apelada* y disposición que los autos se remitan el *iudex a quo* que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar. Se dictará una sentencia anulatoria cuando el motivo del recurso se deba a un quebrantamiento de las normas y garantías procesales, siempre que han causado indefensión al recurrente. Está circunscripta a

infracciones procesales producidas en actos precedentes a la misma sentencia de primera instancia, siempre que sean infracciones insubsanables. Ese motivo constituye, en buena cuenta, uno de los contenidos tradicionales del recurso de apelación como recurso de nulidad, que hace referencia al incumplimiento durante la primera instancia de normas procesales y de principios constitucionalizados que deben observarse en su aplicación [VARELA]—.

La indefensión constitucionalmente relevante se tipifica cuando se produce una infracción de la norma procesal realizada por el órgano jurisdiccional de primera instancia que ha privado o limitado, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contraídas en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.

La anulación de la sentencia de instancia, desde luego, está condicionada a que los vicios detectados sean insubsanables. La posibilidad sanadora de esos vicios tiene como límite general y de carácter objetivo cuando impiden la integridad del procedimiento o afectan la posición jurídica de las partes, salvo que esta proceda de una conducta negligente o contumaz del afectado.

Así, un adecuado tratamiento de la resolución por la que se pone fin al recurso de apelación obliga a distinguir entre los supuestos en los que se recurre por infracción de normas o garantías procesales o aquellos otros en los que se alega infracción del derecho sustantivo o material. Dentro de los primeros cabe realizar las siguientes distinciones: **A)** Cuando la infracción procesal se produjo *in iudicando* o al dictarse la sentencia de primera instancia (incluyéndose aquí no solo la infracción de normas relativas directamente a la emisión de la sentencia sino también a las que disciplinan la valoración de la prueba) el Tribunal de Apelación revocará la sentencia apelada y dictará fallo de fondo sobre las cuestiones objeto del proceso sin que quepa reenvío al juez de primera instancia. **B)** Cuando la infracción procesal no se produjo en la sentencia de primera instancia (vicio *in procedendo*) el reenvío tan solo tendrá lugar en los supuestos en que dicha infracción hubiera sido generadora de nulidad absoluta o insubsanable [FUENTES SORIANO]. La sentencia de vista, en el primer caso, es de evidente lógica, en función de que ninguna utilidad presentaría la declaración de nulidad y consiguiente reenvío, así como por la propia

naturaleza de la apelación –conocimiento y poder equivalente al juez de primera instancia–; la doble instancia, por lo demás, no puede entenderse que ambos órganos jurisdiccionales tengan que decidir sobre la totalidad de los puntos inicialmente planteados en la causa [GIMENO, STSE de 12-06-89].

Es pertinente tener presente que, en materia de infracción de normas procesales, se presentan vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*. La regla es que si generan indefensión –irregularidades relevantes desde el punto de vista del derecho de la defensa– se dictará una sentencia de vista anulatoria. Sin embargo, respecto de los defectos estructurales de la sentencia no cabe la anulación cuando se trata de motivos subsanables en segunda instancia. Así, los déficits referidos a la falta de claridad de hechos probados, falta de fundamentación o infracciones en la composición del órgano jurisdiccional darán lugar a la nulidad de la sentencia; pero las vulneraciones relativas a la falta de motivación en algún aspecto de la sentencia, por ejemplo: agravantes o factores de individualización de la pena, pueden ser corregidos en la segunda instancia, pudiéndose rectificar en la sentencia de vista [SOSPEDRA]. Es de precisar que solo cabe hablar de segunda instancia cuando quepa hablar de primera instancia.

En este caso el juicio de reenvío deberán realizarlo jueces distintos de los que intervinieron inicialmente (artículo 426.1 CPP). Ello es así por la necesidad de evitar la eventual contaminación objetiva del tribunal de mérito, en tanto en cuanto sus integrantes expresaron una convicción, ni siquiera potencial, sino real y efectiva. Por otro lado, si la anulación se produjo como consecuencia del recurso del imputado –recurso defensivo–, el límite para los jueces de reenvío estará en la pena impuesta en el primer juicio.

Cabe puntualizar que, si la infracción se ha producido en la misma sentencia apelada, de modo que puede ser completamente eliminada con solo corregir ese acto judicial, se revocará la sentencia en cuestión y se dictará una nueva rectificando la infracción procesal [ORTELLS].967202865

Finalmente, debe recordarse que el pronunciamiento del Tribunal Revisor está limitado, por regla general, por los agravios determinados en el recurso de impugnación formulado por una de las partes. Esta regla reconocida en el n.º 1 del artículo 409 del CPP determina la vigencia del principio de congruencia que determina que exista una correlación directa entre el ámbito de la resolución de segunda instancia y el objeto de apelación

planteado, ello en aras de garantizar el respeto al derecho de defensa y a la seguridad jurídica –en puridad, ello trasunta el objeto procesal necesario en la segunda instancia, que es la pretensión impugnatoria del apelante, que se identifica, en principio, teniendo en cuenta los sujetos, lo que se pide y la causa de pedir dicha pretensión [DE LA OLIVA]–. Sin embargo, esta regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el mismo artículo 409 en la segunda parte del n.º 1 del CPP, cuando se trata de actos procesales que tengan vicios que conlleven a nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación (Casación n.º 300-2014-Lima, de 13-11-14).

- B.** *Confirmación o revocación de la sentencia apelada.* Tiene lugar cuando se estima una apelación por motivos de fondo, referida a algún punto vinculado directamente al objeto del proceso. Puede tratarse de una sentencia absolutoria o una sentencia condenatoria, y en este último caso además puede aumentar o disminuir la pena o la reparación civil, según la pretensión impugnativa y el principio de correlación, así como con pleno respeto de la interdicción de la *reformatio in peius*: este es el rasgo esencial del principio acusatorio en la vía impugnatoria –si se trata de un recurso acusatorio, persiste como límite superior la petición de la acusación en cuanto a los hechos y a la calificación jurídica, petición limitada a su vez por el contenido de las pretensiones recursales sostenidas en esta fase del proceso [CONDE PUMPIDO]. Tal posibilidad estará en función a que se acepten o no los motivos de la impugnación, pero siempre es de tener en cuenta que cualquiera que sea la solución dada por el *iudex ad quem*, las cuestiones de hecho o de derecho investidas por la impugnación del imputado o del defensor le prohíben agravar la pena estatuida en la decisión impugnada, explicable en el principio del *favor rei* [CARNELUTTI].

Pese al deber de congruencia y a la prohibición de la reforma peyorativa, que derivan del principio acusatorio, existen cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*. Así, el órgano de apelación está facultado a corregir los errores de calificación jurídica que pueda advertir, materia en la cual rige el principio de legalidad y el interés público que sirven de fundamento a las leyes penales, y que exige que no se castigue a quienes dichas leyes excluyen de la sanción [BERMÚDEZ].

Dos órdenes, genéricas, de motivos funcionan para que el *iudex ad quem* pueda revisar el juicio del *iudex a quo*: **1.** Cuestionamiento a la apreciación de la prueba, en cuya virtud en sede de apelación se efectuará un nuevo examen

y valoración de la prueba practicada en primera instancia. Corresponderá al Tribunal de Apelación concebir dicho motivo con un sentido subjetivo, de valoración diferente, no como equivalente a equivocación objetiva, propio de la casación [VARELA]. 2. Alegaciones acerca de infracciones que ha incurrido el *iudex a quo* acerca de los preceptos legales aplicados.

Una exigencia general o requisito esencial de toda sentencia es su congruencia. Debe existir una correlación entre la pretensión impugnativa, las demás peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisora o resolutoria que se plasma en la sentencia de vista. Su incumplimiento da lugar a lo que llama “fallo corto”, siempre que no se resuelvan todos los puntos objeto de la controversia en sede de apelación. Se trata, desde una perspectiva constitucional, de una vulneración a la tutela jurisdiccional.

La Sentencia Casatoria n.º 413-2014/Lambayeque, de 07-04-15, resolvió que si el recurrente es el actor civil respecto de una sentencia absolutoria, consentida por el señor fiscal provincial, la plenitud de las potestades para el *iudex ad quem* se presenta solo si el fiscal superior en el procedimiento de apelación es de distinto parecer del fiscal provincial y estima que las pruebas de cargo justifican una sentencia condenatoria. Es, como se advierte, un modo de entender el principio acusatorio, que exige que la pretensión penal se mantenga en todo momento, incluso en la alzada.

Es cierto que el principio acusatorio reconoce al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción y de la introducción de la pretensión penal, pero también es verdad que la garantía constitucional de tutela jurisdiccional también le alcanza al agraviado y al actor civil, al punto que el proceso penal también está destinado a velar por su protección (artículo IX, apdo. tercero, del CPP), por lo que le reconoce, en los marcos de un derecho a la justa indemnización (artículo 98 CPP) y a la debida participación procesal, el derecho a un recurso efectivo para obtener justicia cuando sus intereses y derechos legítimos le son negados indebidamente (artículo 104 CPP).

En estas condiciones es de rigor efectuar la debida ponderación de derechos o principios en conflicto: tutela jurisdiccional vs. principio acusatorio. Prima, por cierto, ante la inactividad del Ministerio Público, un órgano público al fin y al cabo, el derecho de la víctima frente a una regla del procedimiento –más allá de su importancia–, cuando se formuló acusación y, pese a ello, la Fiscalía no recurre de ese fallo. En efecto, la responsabilidad

civil *ex delicto* requiere afirmar la realidad del hecho –amén de que sea dañoso– y la participación del imputado en su comisión, para lo cual basta el examen de la causa sin atender a la posición procesal de las copartes, por lo que, existiendo una acusación en forma y la pertinente sentencia de primera instancia y correspondiendo el examen de los motivos del recurso a la corrección de la valoración de los medios de prueba y a la adecuada interpretación y aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, es razonable y compatible con el principio de igualdad de armas –sería lesivo a la igualdad que una parte condicione la satisfacción del derecho de otra de las partes a su propia actuación–, que el órgano jurisdiccional, con plena jurisdicción, pueda examinar los motivos del recurso y dictar la correspondiente resolución fundada sobre el fondo del asunto. Por lo demás, es de aclarar que el principio acusatorio, en su esencia, busca evitar que el juez se convierta en acusador y, asimismo, que, en todo momento, se preserve su imparcialidad; en consecuencia, al absolver el grado no reemplaza al fiscal ni formula cargos–.

Así, por lo demás, se pronunció la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica Res. n.º 2004-12403, de 03-11-04, en la acción de inconstitucionalidad promovida por Joaquín Muñoz Fonseca.

4.5.4. Audiencia de lectura de sentencia

La sentencia de vista se dicta en audiencia pública (artículo 425.4 CPP). Por tanto, efectuada la deliberación y existiendo el número de votos suficientes, se cita fecha a una audiencia para su lectura. El plazo para dictar sentencia no puede exceder de diez días. En el proceso inmediato, el plazo para dictar sentencia no puede exceder los tres días. No hace falta que concurren las partes, pues el fallo se lee con quienes concurren a la audiencia. No es posible un aplazamiento de esa diligencia.

4.5.5. Recursos

Contra la sentencia de vista solo procede recurso de casación si se cumplen los supuestos fijados por la ley. Cabe aclaración o corrección, igualmente, si se cumplen los requisitos correspondientes (artículo 425.5 CPP). Vencido el plazo para recurrir se remite al juez de la investigación preparatoria para su ejecución. Si el recurso de casación no es suspensivo (artículo 402.1 CPP), finalizados los trámites se dispondrán la remisión de copias al juez de la investigación preparatoria para su ejecución.

5. La SCIDH de 23-11-12: Caso Mohamed vs. Argentina

5.1. Antecedentes del caso

El 16-03-92, cuando el Sr. Mohamed conducía un vehículo de transporte público en la ciudad de Buenos Aires, atropelló a una señora mientras esta cruzaba sobre la senda o cruce peatonal a mitad de la avenida. La señora sufrió graves lesiones y falleció minutos después en un hospital al que fue trasladada. Ese mismo día se inició proceso contra el mencionado señor por delito de homicidio culposo. La sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Nacional en lo Correccional n.º 3, secretaría 60, Capital Federal, absolvió al Sr. Mohamed de los cargos que se le imputaban. El fallo fue recurrido por el fiscal contra el extremo absolutorio y las costas. La defensa de Mohamed recurrió contra los honorarios regulados. El representante del querellante, contra la absolución y los honorarios del abogado defensor. El 22-02-95 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió revocar la sentencia de instancia y reformándola lo condenó por delito de homicidio calificado; además impuso las costas de ambas instancias al condenado.

El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el Sr. Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El único recurso disponible contra esa sentencia condenatoria definitiva era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, supuestos de procedencia que estaban limitados a la cuestión federal y la arbitrariedad manifiesta de la sentencia. El recurso se debía interponer ante el Órgano Jurisdiccional que dictó la sentencia materia de impugnación, el cual debía admitir o no el recurso. De admitirla, se elevarían los actuados a la Corte Suprema. El 13-03-95 la defensa de Mohamed interpuso el mencionado recurso extraordinario contra la sentencia condenatoria. El 4 de julio del mismo año la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechazó con costas el recurso extraordinario. Si bien el recurso extraordinario federal es declarado inadmisibile, se puede interponer queja por recurso denegado para solicitar que la Corte Suprema otorgue el recurso denegatorio. El 18-07-95 el defensor de Mohamed interpuso la acotada queja, la cual fue desestimada por la Corte Suprema mediante resolución de 19 de setiembre del mismo año. El 27-09-95 la defensa de Mohamed interpuso un escrito ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitándole que revocara la decisión que desestimó el recurso de queja. El 19-10-95 la Corte Suprema desestimó el recurso debido que las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria.

En sede internacional tanto la Comisión como los representantes del señor Mohamed alegaron que en el proceso penal se violó el derecho a recurrir el fallo, garantía judicial protegida en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, y el deber dispuesto en el artículo 2 de la misma de adoptar disposiciones de derecho interno. Asimismo, al haberse revocado la sentencia absolutoria de primera instancia se produjo la violación del artículo 8.4 de la Convención. Además, se infringió el derecho de defensa, en relación con el derecho a ser oído y el deber de motivar.

5.2. Análisis de la Corte

La Corte entiende que el derecho de recurrir una sentencia es una garantía primordial que se debe respetar en un debido proceso, con la finalidad de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Igualmente, la Corte indica que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. En este sentido, los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas frente a actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. Las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente. Lo expuesto significa que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes y de la denominación con que designen al medio de impugnación de una sentencia condenatoria, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

En este sentido, la Corte considera que el Sr. Mohamed tenía derecho a recurrir el fallo emitido en segunda instancia, toda vez que se le condenó como autor del delito de homicidio culposo. Precisa que el sistema procesal argentino, que fue aplicado al caso que es materia de análisis, no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria; además constata que los demás recursos que interpuso el señor Mohamed no constituyeron recursos eficaces para garantizar el derecho a recurrir.

En cuanto a los argumentos de Argentina sobre la evolución jurisprudencial y legal en materia de garantizar el derecho a recurrir del fallo, la Corte anota que no se pronunciará al respecto puesto que se trata de medidas supuestamente adoptadas con posterioridad a los hechos del presente caso y se refieren a normas jurídicas que regulan el recurso de casación que no fueron aplicadas en el proceso penal contra el Sr. Mohamed. En este caso, la inexistencia de un recurso judicial que garantice la revisión de la sentencia condenatoria y la aplicación de recursos judiciales que tampoco garantizaron el derecho a recurrir el fallo implicaron incumplimiento del Estado, en tanto en cuanto, debió adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida a el artículo 8.2.h de la Convención. Por lo tanto, se violó el derecho a recurrir el fallo.

La Corte sostiene, a su vez, que las violaciones al derecho de defensa, a ser oído, deber de motivar y derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, quedan comprendidas en la violación al derecho a recurrir del fallo. Es la falta de garantía de recurrir un fallo condenatorio lo que impide el ejercicio del derecho de defensa, que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente.

Por otra parte, acota que entre los fundamentos de la sentencia condenatoria para individualizar el “deber de cuidado” exigible al imputado, se hace referencia, por una parte, a “las normas de cuidado” aplicables al caso como “normas de práctica internacional” y, por la otra, a “principios” de tales prácticas contenidos en un reglamento de tránsito (Decreto Ley n.º 692/92) que aún no había entrado en vigencia al momento del hecho.

Finalmente, la Corte, estima que los temas planteados tienen relevancia penal y corresponden ser analizados por el Tribunal Superior que debe conocer del recurso contra el fallo condenatorio, como consecuencia de haber declarado que se violó el artículo 8.2h de la Convención Americana en perjuicio del señor Mohamed.

5.3. Algunas atingencias a la SCIDH Mohamed

No es posible examinar la referida sentencia sin tomar en cuenta la anterior SCIDH Herrera Ulloa –ya descrita–. La sentencia últimamente citada basó su fallo en el hecho de que la casación solo examina los aspectos formales o legales de la sentencia y, por eso, no cumpliría el estándar del artículo 14.5 del PIDCP cuando estatuyó que “toda persona declarada culpable tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”, para lo cual se sustentó, como precedente, en la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recaída en el asunto Cesáreo Gómez Vásquez, de 20-07-00. La Sentencia Mohamed, primero, no abordó los alcances específicos de una concreta regulación del recurso de casación en un país determinado –no lo hizo en el caso argentino con la Sentencia Casal de 20-07-05 bajo el argumento que se dictó con posterioridad a la sentencia examinada–, con lo que de cierto modo relativizó lo consignado en la Sentencia Herrera Ulloa; y, segundo, afirmó que un principio incorporado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos era el del doble conforme, en cuya virtud se requería que frente a una primera condena se produzca una segunda ratificatoria.

Es unánime reconocer que en el derecho eurocontinental o *civil law*, en virtud del principio de igualdad de armas, el derecho al recurso lo ostenta no solo el imputado exclusivamente ante una condena, sino también el Ministerio Público y la víctima ante una absolución indebida –que lesionaría sus derechos e intereses legítimos– [MONTERO]. En este sentido debe asumirse, como es claro, que el DIDH es un derecho de mínimos, por lo que una regulación nacional más amplia de acceso al recurso –tutela jurisdiccional y debido proceso– en modo alguno puede lesionar el entorno jurídico del imputado absuelto, pues el derecho de este no ha de entenderse sobre la base del desmedro del derecho de las contrapartes. Por lo demás, llama la atención que precisamente se exija un nivel tan alto de posibilidad de revisión de una sentencia de primera instancia –en este caso, condenatoria– cuando en el derecho anglosajón, que inspiró esa disposición del PIDCP, no tienen prevista otra revisión de la sentencia más que la puramente procesal o formal, entre otras porque el veredicto de los jurados carece de motivación [BANACLOCHE].

Además, la amplitud de la revisión impugnatoria, como acota taxativamente el PIDCP, siempre que se controle recursalmente la declaración de culpabilidad y la medición de la pena –incluida, por cierto, de la medida

de seguridad— se ejerce “conforme a lo prescrito por la Ley” —no se requiere una doble audiencia integral—. Esto ha permitido decir, por ejemplo, al TEDH, que en este ámbito los Estados contratantes disponen en principio de un amplio margen de apreciación para decidir las modalidades de ejercicio de ese derecho, de suerte que las limitaciones que se reconozcan deben perseguir un fin legítimo y no atentar contra la sustancia misma del derecho (STEDH Haser vs. Suiza, de 27-04-00).

La tesis que asume la CIDH es la doble conformidad judicial, esto es, que una condena siempre merece un recurso, sea cual sea la instancia que la dicte, recurso que debe ser integral y jerárquico: amplias potestades para el *iudex ad quem* a fin de revisar el hecho y el derecho, de suerte que una condena irremediablemente debe ser expedida por dos tribunales sucesivamente. Tal posición, en verdad, no es de recibo —como no lo es la amplitud del recurso que se instituya contra una condena—. Lo que el PIDCP quiere es, en pureza, dos pronunciamientos —doble decisión— sobre un mismo objeto procesal, con un debate razonable sin lesiones a los principios de contradicción e igualdad de armas y resueltas conforme a derecho (ATCE 318/1995, de 22 de noviembre). Se requiere, en suma, que el Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad o de inocencia y, en el primer caso, de la imposición de la sanción penal en el caso concreto —se ha de tener, desde luego, expedito el acceso al fondo (“mérito”) de la decisión—. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran la garantía de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado o no probado (STCE 116/2006, de 24 de abril). Este ámbito, incluso, es asumido por el recurso de casación nacional al permitir —como ya se explicará— el motivo de casación referente a la vulneración de precepto constitucional (tutela jurisdiccional —motivación—, logicidad de las inferencias probatorias y presunción de inocencia).

Es de resaltar, como enfatiza la STCE n.º 296/2005, de 11 de noviembre, que ni el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 81 y ss.), ni los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia (artículo 25) y para Ruanda (artículo 25) prevén en los procedimientos penales en los que son competentes un recurso ordinario añadido al de apelación, tampoco para los supuestos en los que la condena se impone en dicha sede tras una primera sentencia absolutoria.

Criterio distinto, por cierto, tiene el Comité en su decisión 1095/2002, en la que entendía que el artículo 14 PIDCP no solo garantiza que la Sentencia sea sometida a un Tribunal superior, sino también que la condena sea sometida a una segunda instancia de revisión; comunicación que, sin embargo, carece de base jurídica pues no solo no toma en cuenta las peculiaridades del sistema procesal de cada país –a las que reconoce expresamente el PIDCP–, sino que su base o fuente matriz –el sistema anglosajón– no lo sigue, además que de ello puede derivarse una seria lesión al plazo razonable y a la seguridad jurídica por los sucesivos recursos que demandaría.

No es, pues, el doble conforme lo que exige el PIDCP sino una doble decisión sobre el caso. Al condenarse en segunda instancia a un absuelto en primera instancia, en tanto se cumplan las exigencias reconocidas, por ejemplo, en la fundacional STEDH Ekbatani vs Suecia de 26-05-98, no cabe una segunda apelación sobre la sentencia de vista, tal como lo han decidido las SSTEDH Krombach vs. Francia y Papon vs. Francia, de 13-02-01 y 25-07-02, respectivamente, así como la STCE n.º 60/2008, de 26 de mayo.

La condena del absuelto en primera instancia por el Tribunal Superior tras el planteamiento del correspondiente recurso de apelación es, sin duda, una opción polémica, pero es de considerar que las precisiones efectuadas *up supra* son lo suficientemente convincentes para optar por la línea seguida por el TEDH. En nuestro país, la jurisprudencia suprema, primero, se inclinó por asumir la tesis de la imposibilidad de la condena del absuelto (ver, entre otras, la Sentencia Casatoria 280-2013/Cajamarca, de 13-11-2014), incluso el Tribunal Constitucional asumió acriticamente esta posición en la sentencia 00861-2013-PHC/TC, de 23-1-2018 –en un fallo que, por lo demás, no tiene carácter vinculante–; y, finalmente, optó por la tesis contraria, compatible con lo expresamente prescribió el CPP, en las Sentencias Casatorias 1379-2017/Nacional, de 28-8-2018, y 503-2018/Madre de Dios, de 5-2-2019. En estas últimas decisiones, bajo ponencia del suscrito, se puntualizaron las razones respectivas, se afirmó que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema aceptó esta tesis, y fijó los requisitos en que tal posibilidad era viable.

5.4. La Ley 31592 y el recurso de segunda apelación

La discusión planteada en torno a la validez y suficiencia de la condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia, por la que optó la sentencia casatoria 1397/Nacional, de 28 de agosto de 2018, reafirmando la legitimidad de la

opción asumida por el Código Procesal Penal y descartando la necesidad del doble conforme como base del proceso penal, finalmente culminó con la intervención del Congreso mediante la Ley 31592, de 26-10-2022. La Ley, siguiendo al Tribunal Constitucional (STC 1075-PHC/TC, de 06-04-2021) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH, caso Mohamed vs Argentina, de 23 de noviembre de 2012), respecto de la suficiencia adicional del recurso de casación para una revisión integral de la primera sentencia condenatoria –sobre la premisa que la sentencia condenatoria de segunda instancia era una primera condena, y que lo que exigía revisión es la condena, no la absolución, con absoluto descuido, como enfatizó NIEVA, de la víctima y del principio de igualdad– impuso algo insólito: una segunda apelación –algo similar a la súplica del Código de Enjuiciamiento Civil de 1852, aunque en este último caso la súplica la conocía otra Sala de la Corte Superior–.

El dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, presentado el 13-07-2022, al Pleno del Congreso, primero, ratificó la condena del absuelto en primera instancia; segundo, aceptó los planteamientos de la CIDH, de la CoIDH y del Tribunal Constitucional, acerca de que tras la condena del absuelto era necesario un recurso eficaz, que no podía ser el de apelación; y, tercero, por ello, se decantó por el recurso de segunda apelación, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia [vid.: artículos 419.1, última oración, y 425.3,c) del CPP]. Por nuestro lado, insistimos en la opción ya asumida, avalada además por las sentencias del TEDH recaídas en los casos Krombach vs Francia, de 13-02-2001, Papon vs Francia, de 25-07-2002, así como las sentencias del Tribunal Constitucional Español 120/1999, de 28 de junio, y 120/2009, de 21 de mayo [BANACLOCHE]. La pluralidad de la instancia exige una nueva decisión sobre un mismo objeto procesal, no dos decisiones iguales sobre un mismo objeto procesal; el doble conforme es una técnica para evitar multiplicidad de apelaciones, de modo que cuando una decisión confirmaba la anterior ya no cabía otro recurso de apelación sucesivo.

La Ley 31592, respecto del recurso de segunda apelación, se limitó a prescribir, primero, que esta segunda apelación, será de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema; y, segundo, que se seguirán para su tramitación y decisión las reglas del recurso de apelación común. Es claro, asimismo, contra esta sentencia de segunda apelación dictada por el Tribunal Supremo, al ser órgano vértice del Poder Judicial, no procede recurso de casación.

III. RECURSO DE CASACIÓN PENAL

1. Aspectos generales

1.1. Introducción

La casación, institución de origen francés, aunque inicialmente inspirada en la *appeal* inglesa a cargo de la Cámara de los Lores (*House of Lords*), nació en la Revolución de 1789 y en 1790, mediante el Decreto (*Loi pour la formation d'un tribunal de cassation*) de 27 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, adjunta a la Asamblea Nacional (*auprés du corps législatif*), pero luego el 18 de mayo de 1803 se transformó en Corte de Casación (*Cour de cassation*), cabeza del Poder Judicial –en el Reino Unido este traslado se produjo recién en 2009–, pero con un antecedente nacional relevante en el Consejo de las Partes (*Conseil des parties*) configurado en 1578, cuyo último reglamento se dictó en 1738, que influyó notoriamente en la regulación del recurso de casación. La casación peruana, como es lógico desde su propia denominación, está plenamente incorporada en la Constitución de 1993 (artículos 141 y 173), que replicó lo dispuesto por el artículo 241 de la Constitución precedente de 1979. Esta última Constitución, de 1979, es pues el origen de la implantación, tardía por cierto, de la casación en nuestro país, cuya inserción es general a todos los órdenes jurisdiccionales, siempre bajo la competencia funcional de la Corte Suprema–. Nuestra casación tiene sus propias pautas que, hasta cierto punto, la alejan de la evolución que ha sufrido este instituto en los demás países de nuestra órbita de cultura –en especial Francia, España e Italia–, lo que obliga a determinar sus notas particulares y su ámbito de aplicación.

Los artículos 141 y 143 expresamente reconocen el recurso de casación y otorga a la Corte Suprema una importante función casacional, exclusiva y excluyente. La casación es concebida, pues, como una garantía institucional destinada a asegurar la sujeción de los jueces al principio de igualdad –realiza un control constitucional y legal de determinadas resoluciones de segunda instancia–. Tiene como función inmanente u objetivo jurídico esencial la interpretación única de la norma jurídica que favorezca su aplicación uniforme por los demás órganos jurisdiccionales, de acuerdo con esa función protectora de la norma o nomofiláctica que tradicionalmente se le atribuye –se hace un juicio *in iure* a la sentencia de segunda instancia, esto es, se realiza un juicio técnico jurídico, de puro derecho, sobre la legalidad de la sentencia o sobre el procedimiento que la precedió–. Sus fines constitucionalmente protegidos están vinculados a la afirmación del

principio de seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley como valor superior del ordenamiento jurídico o como derecho fundamental de las personas [GONZÁLEZ GARCÍA]. Ello se explica porque la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho constituye un valor fundamental presente prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos, lo que abona a la credibilidad misma de las instituciones judiciales. Por ello se considera a la Corte Suprema, órgano supremo de justicia, “custodio de las normas”, al asegurar la exacta observancia y uniformidad de la interpretación del Derecho objetivo [CHIARLONI]. Esta aspiración tiene como bases, mencionaba TARUFFO, (i) la exigencia de la certeza del derecho, dado que una jurisprudencia uniforme evita la incerteza en la interpretación del derecho y la consecuencia variedad y cambios de las decisiones judiciales; (ii) la garantía de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, según la cual casos iguales deben ser decididos en modo igual; (iii) la predecibilidad de las decisiones futuras, sobre la cual las partes deberían poder hacer referencia, sobre el hecho, que los jueces futuros decidirán del mismo modo como lo hicieron los anteriores; y, (iv) una función económica, dado que si las decisiones judiciales son predecibles, se puede evitar recurrir al juez. Esta finalidad de ofrecer uniformidad y constancia en la jurisprudencia está confiada a la Corte Suprema, que, en nuestro país, amén de su carácter persuasiva, tiene como técnica para hacerlo con mayor contundencia (carácter vinculante) los Acuerdos Plenarios, las sentencias casatorias vinculantes y sentencias plenarias casatorias (artículos 22 y 122 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 433 del CPP). A ello se agrega, enfatiza CHIARLONI, (v) la eficiencia, de suerte que una praxis jurisprudencial uniforme requiere de los jueces que se adecuen a una cantidad de trabajo intelectual incomparablemente menor de la requerida a quien se dedica a resolver cada caso en particular sin apoyarse, sin, por sí decir, querer valer de la *auctoritas rerum similiter iudicatarum*.

Bajo esas dos premisas, siguiendo a Calamandrei, es de entender que la casación es un instituto complejo que resulta de la combinación de dos elementos recíprocamente complementarios, uno de los cuales pertenece al ordenamiento judicial, a su vértice: la Corte Suprema, mientras que el otro pertenece al derecho procesal y debe ser estudiado en el sistema de los medios de impugnación: el recurso de casación. Esta complementariedad o binomio configura al recurso de casación como un medio de impugnación cuyas condiciones están establecidas por la ley procesal, de modo que provoquen de parte de la Corte Suprema un cierto reexamen limitado, correspondiente a sus fines constitucionales, muy diversa a los demás órganos jurisdiccionales. La unificación de la interpretación del derecho objetivo, por razones de esencias, tiene que ser confiada a un órgano jurisdiccional, único y último [GUASP].

El recurso de casación, como instrumento procesal, ocupa una posición esencial en el sistema de garantías constitucionales. Por ello, no solo está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en derecho del obrar judicial –protección del interés público, presente en la unificación de la jurisprudencia, que se patentiza en la su función nomofiláctica y en la protección del *ius constitutionis*–, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable en el caso concreto –*ius litigatoris*–, que contará, a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un Tribunal Superior. En suma, a la nomofilaquía ha de sumarse la igualdad y seguridad jurídica; a la defensa de la legalidad en la interpretación de la ley ha de asociarse el valor, por lo menos tendencial, de la igualdad de trato sobre los casos iguales frente a la ley [TARUFFO].

La competencia funcional de la Corte Suprema se circunscribe a la cuestión de derecho, que tiene siempre interés general, en cuanto se refiere necesariamente a la aplicación de la ley; la solución dada a ella en un procedimiento determinado puede servir a un número indefinido de casos similares. Esta extensión no es posible en la resolución de cuestiones de hecho, en virtud a las peculiaridades de los casos singulares, que hacen imposibles las soluciones de carácter unitario y general [MANZINI]. El objetivo es que los Tribunales y jueces cumplan con la estricta observación de la Ley e impedir toda falsa aplicación y su errónea interpretación, a la vez de uniformizar la jurisprudencia [SEGURA ALANIA]. El motivo en que se funda la casación es de máxima amplitud y abarca cualquier infracción del ordenamiento jurídico penal, cualquiera que sea la naturaleza vulneratoria del mismo (falta de aplicación de una norma, indebida aplicación de otra, o errónea interpretación), cualquiera que sea la fuente del ordenamiento jurídico aplicable (Ley, costumbre o principios generales del derecho) [DIEZ-PICAZO].

El papel de la Corte Suprema es “sembrar seguridad jurídica” y, como tal, fijar la interpretación de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Por tanto, es un órgano jurisdiccional que, esencialmente, tutela los grandes principios del ordenamiento –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, publicidad de las normas e interdicción de la arbitrariedad–, fijando la exégesis de sus componentes normativos al hilo de concretos litigios [HUELIN].

1.2. Concepto

Es un medio de impugnación extraordinario, que produce los efectos devolutivo, no suspensivo –salvo el caso de libertad: artículo 412 CPP– y extensivo en lo favorable, mediante el cual se somete a la Sala Penal de la Corte Suprema el

conocimiento, a través de motivos o causales tasadas, de determinadas sentencias y autos definitivos dictados en apelación por las Cortes Superiores con el fin de lograr la anulación de la recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de derecho objetivo, aplicables al caso. El derecho objetivo “está constituido por el conjunto de normas jurídico-legales, que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en un país y está constituido por las normas de orden material y por las de orden procesal” (Casación Civil, Sentencia n.º 1994-2003/Piura).

El recurso de casación se configura, entonces, como un remedio extraordinario a través del cual se acude a la Corte Suprema con la finalidad de que, con ocasión de determinadas resoluciones, revise la aplicación que se ha hecho en la instancia de las leyes materiales y procesales. Es extraordinario porque opera únicamente en virtud de los motivos establecidos expresamente por el legislador, reducidos a comprobar si se ha “proveído” equívocamente (error *in iudicando*) o se ha procedido de forma indebida (error *in procedendo*) [HUELIN].

Es un medio de impugnación, es decir, no es una instancia más –la tercera– del proceso en la que se pueda obtener un enjuiciamiento fáctico o jurídico, del objeto procesal que venga a sustituir al juicio dado en apelación por la Sala Penal Superior, sino un recurso dirigido exclusivamente y directamente a anular la resolución recurrida y por haberse cometido en su elaboración algún error *in iudicando* o *in procedendo* [GIMENO].

En conclusión, el recurso de casación es, ante todo, un medio de impugnación con particularidades especiales, pero genéricamente idéntico a los demás recursos previstos en la Ley Procesal. Su particularidad esencial radica en que su ámbito se reduce exclusivamente a las cuestiones jurídicas, con exclusión –en determinados ámbitos– del juicio sobre los hechos [DE LA RÚA].

Como se sabe, el rasgo distintivo de la apelación consiste en la competencia para penetrar incluso en la valoración realizada por el juez de primer grado, parcela que escapa a la casación. En lo que toca a la *quaestio facti*, la apelación y la casación se diferencian tanto por el objeto cuanto por los efectos de su respectivo control. Si, como corresponde, se diferencia entre valoración de las pruebas, tomada en sí misma, y la justificación de la valoración, resulta que la primera se colocaría perpendicular al punto de mira de la apelación, mientras que la casación podría fiscalizar la segunda nada más; de manera que el Tribunal de Apelación tendría en su mano revocar la valoración recurrida por errónea (sustituyéndola por otra si fuere preciso) en tanto que el Tribunal de casación solo estaría facultado para

anular la decisión valorativa por infundada (no por incorrecta, en eso no debería entrar) y, en su caso, reenviarla al órgano judicial de instancia a fin de que subsane la deficiencia [IGARTUA].

En conclusión, siguiendo en lo pertinente a GIMENO, se define el recurso de casación penal como el medio de impugnación en sentido estricto no suspensivo, devolutivo y extensivo en lo favorable, mediante el cual se somete a conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema determinadas resoluciones de vista (dictadas en apelación por las Salas Penales Superiores) a fin de lograr su rescisión con fundamento en la existencia de infracciones normativas tasadas legalmente –de la legislación, constitucional u ordinaria, de carácter sustantiva o material y procesal– aplicables al caso. Se centra, materialmente, en la *quaestio iuris* (relativo a la identificación, interpretación y aplicación de los preceptos jurídicos a aplicar al hecho concreto) y en las normas jurídicas y reglas no jurídicas o epistémicas –en lo específico, de la sana crítica racional, centrada en la argumentación de la decisión judicial, específicamente de la prueba [BARRIOS GONZÁLEZ], reguladoras de la *quaestio facti* (relativo a la reconstrucción del hecho objeto del proceso o de la *fattispecie* concreta); y, procesalmente, en controlar si se presentan vicios de actividad o defectos estructurales de resolución.

La finalidad nomofiláctica del recurso de casación, que busca asegurar que la ley sustancial y procesal sea interpretada del modo socialmente más aceptable, hace de la Corte Suprema una Corte reguladora de la jurisprudencia, lo que a su vez le encarga una función de “garantía objetiva”, en que el interés que la impulsa trasciende a aquel vinculado a la singular controversia: el interés general a la unificación de la jurisprudencia, el cual se dirige a afirmar el principio derecho de igualdad de los ciudadanos ante la ley, por lo que la Corte Suprema, a través de este recurso, asume un rol de carácter constitucional, dado que da actuación a la garantía de la paridad de tratamiento, lo que es cualitativamente diverso al rol del juez de mérito [PROTO PISANI].

1.3. Notas esenciales

Cuatro son las notas esenciales del recurso de casación:

- A. Su carácter extraordinario. De un lado, los motivos o causas susceptibles de hacerse valer mediante su interposición aparecen tasados (artículo 429 CPP). De otro lado, el ámbito de conocimiento está limitado exclusivamente a las cuestiones suscitadas en los motivos de oposición formulados (artículo 432.1 CPP): es un recurso limitado –no es de plena

jurisdicción— y, como tal, conformado no como una nueva instancia sino como un extraordinario mecanismo de ajuste a la legalidad de las decisiones judiciales adoptadas en segunda instancia. Además, el recurso de casación está sometido a especiales formalidades procedimentales, y conlleva un conocimiento muy limitado de los hechos.

- B. Su carácter devolutivo. La competencia funcional, exclusiva y excluyente, corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema, órgano superior jerárquico de las Salas Penales Superiores (artículos 421 y 26.1 CPP). El efecto devolutivo alude al acto de elevación de una causa a la instancia inmediata superior de la cual fue resuelta, para que los agravios propuestos en la impugnación los examine el Tribunal Superior [SEGURA ALANIA].
- C. Su carácter no suspensivo. Deriva del carácter general que se atribuye a los recursos: artículo 412 CPP; el recurso no impide la ejecución provisional de la resolución impugnada, incluso las disposiciones sobre libertad. Asimismo, tiene un carácter extensivo en lo favorable, por aplicación general del artículo 408 CPP. Se entiende que este efecto extensivo se producirá siempre y cuando los no recurrentes se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los mismos motivos alegados en virtud de los cuales se declare la casación de la sentencia.
- D. Si bien el recurso de casación tiene lugar a pedido de parte, de ahí su función parciaria, pues mediante él las partes defienden sus derechos e intereses legítimos—*ius litigatoris*—, la función más relevante es la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: nomofiláctica, y unificadora de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación judicial del derecho—*ius constitutionis*: defensa del derecho objetivo—. Ambas concepciones no pueden ser separadas conceptualmente en modo alguno [SARSTEDT/HAMM]; ningún modelo es absoluto en sus finalidades. La casación es una instancia legal para la corrección de fallos legales en servicio a la unidad jurídica y justicia en el caso concreto [SCHLÜCHTER].

Cabe llamar la atención, como lo ha resaltado la Casación civil, que la Sala Suprema está llamada a decidir, más allá de los motivos del recurso, cuando en el proceso existen vicios insalvables que están por encima de los intereses de las partes—función parciaria— al advertirse que tales infracciones distorsionan el orden jurídico y sus valores: seguridad, certeza, justicia y equidad (Sentencia n.º

2197/99/Lima), aunque en clave de proporcionalidad debe ponderar la vigencia y aplicación de las reglas de interdicción de la reforma peyorativa y del rol y ámbito de los derechos fundamentales, en especial del imputado.

La finalidad primordial es, finalmente, unificar la aplicación de la ley; o, mejor dicho, asegurar la unidad del derecho penal a nivel interpretativo [VECINA] –finalidad uniformadora–. Para hacer efectiva la igualdad de todos los ciudadanos, lo que se pretende conseguir precisamente mediante el control de la aplicación del derecho –finalidad nomofiláctica– hecha por los tribunales de apelación –es lo que se denomina “control de legalidad”, extensivo a toda legalidad de fondo o de forma–, y todo ello sin perjuicio del *ius litigatoris* –en la que se refugia la finalidad denominada “Dikelógica”, que busca lograr la justicia en los casos concretos, exteriorizándose de esta manera la tutela jurisdiccional penal efectiva [CARRIÓN]–. La casación penal tiende a asegurar una decisión igual para casos iguales, a partir de lo cual fija y unifica la jurisprudencia mediante la emanación de su doctrina legal.

El fundamento, pues, del recurso de casación se encuentra en el principio de igualdad, ya que la uniformidad de la jurisprudencia asegura a las personas un tratamiento similar por parte de los jueces. La *igualdad* significa que todas las personas deben ser tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones; mientras que la *seguridad jurídica* –en tanto valor superior del ordenamiento jurídico– es la situación en que se encuentran las personas cuando sus derechos y obligaciones y sus facultades e interdicciones de carácter legal están claramente determinados por leyes precisas y correctamente aplicadas por las autoridades públicas, de manera que cada uno pueda antes de obrar, prever cuáles serán las consecuencias de su conducta, libre de temor a la arbitrariedad [CHIARA/OBLIGADO].

La nomofilaxis debe entenderse, primero, como la elección y defensa de la interpretación justa de la Ley, esto es, la elección de la interpretación en las mejores razones, sean lógicas, sistemáticas o valorativas –ese es su elemento esencial–; y, segundo, asumirla como un instrumento al fin primordial de la uniformidad, en la medida que el Tribunal de casación se concibe como un órgano supremo de garantía para la justa interpretación de las normas y para la tutela general de la legalidad como principio base del Estado de derecho, por lo que, aunque no es excluyente, la nomofilaquia se orientará en la tutela del *ius constitutionis*. El *ius litigatoris* está garantizado, en tanto existe en las instancias precedentes un recurso, como el de apelación, que permite un doble juicio [YAIPÉN].

Por su parte, la uniformización de la jurisprudencia busca garantizar el principio esencial de la igualdad jurídica y el valor superior de la seguridad jurídica. Pretende instaurar, a cargo del máximo tribunal de justicia, una línea unitaria y constante de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía [YAIPÉN].

A partir de lo anteriormente expuesto, es de diferenciar fines de funciones de la casación:

1. El fin de la casación dice del motivo por el que se fundó la casación. Son dos fines centrales: nomofilaquia y unificación de la jurisprudencia. **A.** La nomofilaquia exige una interpretación del precepto socialmente más aceptable, por el que la Corte Suprema asume el rol regulador de la jurisprudencia (exactitud del método de interpretación): respeto del principio de constitucionalidad. **B.** La uniformización de la jurisprudencia importa una función de “garantía objetiva”, referida a un interés que trasciende a la singular controversia y apunta al interés general a la unificación de la jurisprudencial. Es una finalidad de carácter constitucional fundada en el principio derecho de igualdad, lo que, además, exige un único órgano casacional.
2. La función de la casación, dice de la tarea que le corresponde a la casación. Entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, esto es, protección del interés público y resguardo de los derechos del litigante, opta por dar preponderancia al primero, garante de la integridad del ordenamiento jurídico –para lo cual sus decisiones, cuando así lo decida la Sala, gozan de determinados efectos generales, de una vinculación relativa a todos los órganos judiciales, no son meramente persuasivos (artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31591, de 26-10-2022)–. Así, el resguardo o tutela de los derechos e intereses legítimos del litigante (*ius litigatoris*) –que se evidencia específicamente cuando se plantea quebrantamiento de precepto procesal y de revisión, aunque limitada, de la *quaestio facti* [DÍAZ CABIALE – LÓPEZ CASTILLO]–, sin desconocer su conexidad con el interés general, sería una finalidad mediata que se puede considerar como un efecto colateral de la casación o, mejor dicho, en palabras de CALAMANDREI, permite utilizar el interés privado como un impulso para el interés público. Es importante tener presente que la casación penal nacional puede hacer justicia en el caso concreto sin necesidad de reenvío (a partir del cual se acentúa el resguardo del *ius litigatoris*), siempre que para decidir por sí el caso no sea necesario un nuevo debate (artículo 433, apartado 1, del CPP).

La casación no puede entenderse como una segunda apelación. La sentencia que se impugna en casación es la de vista, no la de primera instancia, por lo que este recurso no puede consistir en un calco reiterativo de los motivos de impugnación alegados en la apelación [SOTO DÍAZ]. El control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia, de no que puedan haber sido objeto del pertinente debate, lo que desde luego tal prohibición no abarca la posibilidad de revisar *ex officio* y por primera vez aquellas cuestiones que deban apreciarse de oficio [cfr.: SSTSE 476/2017, de 26 de junio; 67/2020, de 24 de febrero; y, 174/2006, de 22 de febrero].

Es de tomar en consideración que, constitucionalmente, la Corte Suprema de Justicia es el órgano máximo de la jurisdicción ordinaria, del Poder Judicial; y, como tal, salvo en lo propiamente constitucional –de derechos fundamentales y de los propios preceptos constitucionales–, falla en último término y, por ello, se erige, en el supremo intérprete de las normas con rango de ley y demás preceptos inferiores. Por tanto, a través de los cauces de infracción de precepto material y de quebrantamiento de precepto procesal –sin perjuicio de conocer la inobservancia de precepto constitucional, aunque sobre este punto no tiene la última palabra que corresponde al Tribunal Constitucional–, le permite corregir errores de interpretación y de subsunción –incluso el error procesal *in iudicando*–, determinar la corrección del procedimiento y de la resolución acorde con las garantías procesales (nomofilaquia) y, con él, garantizar la unidad del ordenamiento jurídico, y además los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley (cfr., parcialmente: STSE 588/2017, de 20 de julio). La casación, respecto de la *quaestio facti*, tiene una función revisora limitada; no valora el material probatorio –solo verifica el cumplimiento de una serie de garantías relativas a la valoración de la prueba por el Tribunal Superior–; luego, no puede modificar los hechos declarados probados en segunda instancia [BANACLOCHE].

Más allá del impacto que tiene la Constitución en el diseño de la casación en el plano orgánico, con la institucionalización del Tribunal Constitucional (artículos 200 y 201 de la Constitución) –ya abordado sucintamente *up supra*–, lo más relevante es la exigencia de una atención especial desde el punto de vista subjetivo (los derechos fundamentales). Este abordaje importa tener presente la posibilidad de comisión de (i) errores *in iudicando in facti* con motivo de la inobservancia de dos garantías genéricas esenciales: tutela jurisdiccional y presunción de inocencia –quebrantamientos de forma externos del fallo que acontecen en el enjuiciamiento–; (ii) errores *in procedendo*, en relación con la garantía de defensa procesal –a lo que

se denomina, en expresión cuestionable, indefensión material [DE LA OLIVA] o, mejor dicho, conforme a la legislación francesa, cuando los defectos advertidos no permitiera a la Corte Suprema ejercer su control y establecer si la ley ha sido respetada (artículo 593 del CPP Francés); y, (iii) errores *in iudicando in iuri* vinculados, con mayor fuerza, al principio de legalidad penal y aplicación de la ley penal en el tiempo, fin de la pena y proporcionalidad de las sanciones, y ámbito de la jurisdicción indígena o tradicional.

Así, cabe formular las siguientes precisiones:

1. La tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución) exige, como explica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, decisiones (i) motivadas (requisito externo de la resolución) –exige de los jueces la fundamentación y razonamiento de las decisiones que adoptan, que hagan explícitos en las resoluciones los fundamentos, de hecho y derecho, de la concreta decisión adoptada, de suerte que se conozcan las razones de las decisiones judiciales–, (ii) fundadas en derecho –la respuesta a las pretensiones ha de basarse en razones jurídicas, la respuesta judicial ha de ser razonada y razonable de la causa legal que ha de invocar– (con la primera configuran la estructura interna de la resolución) y (iii) congruentes –la resolución debe ser adecuada, en su contenido y alcance a lo pedido por las partes, debe ajustarse a las debidas peticiones deducidas por las partes, ya sea *extra petitum*, *ultra petitum* e *infra petitum*–. Ella proscribe, entonces, entre otros aspectos, pronunciamientos ilógicos o arbitrarios, vedando la irracionalidad –tanto en la *quaestio facti* como en la *quaestio iuris*–, de suerte que, respecto del denominado genéricamente “error en la valoración de la prueba”, corresponde controlar la lógica interna del fallo y la consistencia de las presunciones judiciales utilizadas, así como de las inferencias aplicadas por el órgano superior de instancia al valorar la prueba, sin que todo ello implique, en sede casacional, volver a valorar la prueba. El nivel del control se centra en lo manifiesto –objetivo o notorio–, que puede ser invocado por las partes, en especial las partes acusadoras; error que puede comprobarse mediante un examen externo y que no implique volver a valorar la prueba. Esta garantía procesal, siguiendo mayormente a IGARTUA, proscribe, primero, la omisión de la fundamentación del relato fáctico y, con ella, los múltiples defectos de motivación que pueden presentarse: (i) motivación omitida (no se describe las pruebas, no hay prosa supuestamente motivadora); (ii) motivación incompleta (no se responde a extremos específicos de las pruebas y aspectos necesitados de

argumentación); (*iii*) motivación insuficiente (no se razona sobre el por qué unas pruebas ha sido consideradas atendibles y otras no lo han sido, o solo se enumera los medios de prueba y su interpretación, supuesto en el que también se incluye la motivación sin sustente argumentativo–); (*iv*) motivación falseada o fabulada (cuando se altera la obtención del elemento de prueba del medio de prueba examinado o cuando se inventa una prueba no producida); (*v*) motivación impertinente (se efectúan razonamientos probatorios no conectados o relacionados con los hechos objeto del debate); (*vi*) motivación contradictoria (se incorporan razonamientos probatorios que se repelen o replican internamente respecto de un mismo hecho o circunstancia, es decir, existe un contraste al interior de la parte considerativa o entre ésta y la parte resolutive o, más amplio, carácter lógicamente inconciliable de las afirmaciones contenidas en la sentencia); (*vii*) motivación vaga o genérica (incorpora razonamientos probatorios generales obviando referirse con claridad al material probatorio disponible, a prueba específicas de especial relevancia, lo que incluye la motivación confusa u oscura –cuyo tenor literal no permite conocer cuáles son los argumentos que justifican la decisión– y la motivación pletórica (cargada de *obiter dicta* y divagaciones doctrinales o jurisprudenciales sin incidir con claridad y precisión en el material probatorio disponible y el derecho aplicable); (*viii*) motivación hipotética (no consolida afirmaciones categóricas sobre lo ocurrido con los hechos de la causa, incorpora hechos condicionales, inciertos o de acreditación limitada y abierta a la duda o indefinición); y, (*ix*) motivación irracional –incompatibilidad racional entre la motivación de la sentencia y las resultancias procesales o, incluso entre aquella y la lógica del sentido común; esto es, contraviene la racionalidad, revela inferencias ilógicas, equivocaciones acerca de la aplicación de las máximas de la experiencia utilizadas, atribución de una probabilidad que no le corresponde, desconociendo de la existencia de otras máximas alternativas más adecuadas, vulneración de las leyes de la lógica: identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente, vinculadas a las inferencias probatorios, o choque frontal con los conocimientos científicos actuales–, siempre desde una perspectiva de arbitrariedad manifiesta (cfr.: STCE 82/2001, de 26 de marzo; y, STSE 425/2014, de 28 de mayo); y, segundo, la exclusión de una prueba por ilicitud si no se cumplen los presupuestos que tal declaración conlleva. Su estimación determina la retroacción de actuaciones.

2. La presunción de inocencia (artículo 2.24,'e', de la Constitución y artículo II del Título Preliminar del CPP) está incardinada en un modelo de proceso tendencialmente acusatorio, debidamente desarrollado, a partir de premisas constitucionales por el Código Procesal Penal, y apunta relevantemente a la valoración de las pruebas, de suerte que la acusación es solo una hipótesis a probar en el juicio y que en éste la hipótesis defensiva es inicialmente preferible a la de la acusación –tiene un grado de probabilidad lógica antecedente superior al de la hipótesis acusatoria–. Por tanto, para que prevalezca la hipótesis acusatoria, no debe ser simplemente la más probable, sino la más probable con diferencia. De ello se derivan tres corolarios, base de la regla de juicio de esta garantía: (1) la defensa no debe probar la inocencia; (2) la duda favorece a la defensa y perjudica a la acusación; y, (3) por ello, la hipótesis de la acusación debe ser la más probable con diferencia, debe enervar la presunta inocencia del imputado [IACOVIELLO].

La presunción de inocencia, permite igualmente una revisión externa, pero más intensa, del material probatorio empleado por el Tribunal Superior, que solo puede ser invocada por el imputado. Aquí se presenta, constitucionalmente justificada, una asimetría o desequilibrio entre el imputado y la acusación, de suerte que es de un contenido más amplia que la tutela jurisdiccional. Lo que se realiza es, con mayor énfasis, una revisión externa del material probatorio empleado y de la regla de juicio referida al cumplimiento del estándar de prueba requerido para una condena, así como que no exista ningún tipo de arbitrariedad en la decisión de vista sin necesidad que sea manifiesta –de modo que, por ello, no se acepta esta limitación–. Además, como colofón, a diferencia de la tutela jurisdiccional, la estimación de la pretensión casacional del imputado por inobservancia de la garantía de presunción de inocencia determina la absolución, un fallo rescindente y rescisorio del Tribunal Supremo. El control que habilita esta garantía se entendió, en un primer momento, en uno objetivo referido a los medios de prueba (suficiencia, aptitud, licitud y practica con todas las garantías) y en otro subjetivo concerniente a la lógica o racionalidad de las inferencias realizadas por el Tribunal Superior a partir del resultado de esos medios de prueba; y, en un segundo momento, tras concebir que la casación se interpone, luego de una apelación resuelta por el Tribunal Superior, al control de la fundamentación (i) de los medios de prueba (licitud y practicada con desconocimientos de los principios que informan la actividad probatoria) y (ii) del razonamiento probatorio –su estructura racional– [DÍAZ CABIALE – LÓPEZ CASTILLO]. La

casación penal nacional, desde su instauración con el CPP de 2004, siempre funcionó como un recurso que se interpone absuelto el grado de apelación, contra resoluciones de vista.

3. El control de los hechos en casación no permite condenar al absuelto en apelación, salvo que *(i)* se trate del motivo de infracción de precepto material y se realice el juicio de subsunción sin alterar los hechos, externos e internos o subjetivos (dolo, elementos subjetivos distintos del dolo o imprudencia) –el núcleo de la discrepancia es una cuestión estrictamente jurídica–, y *(ii)* no se revalore el material probatorio, ello incluso porque en sede de casación no es posible recibir la declaración del acusado y actuar pruebas (realizar una audiencia de pruebas). Esta es la línea adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias Vilanova Goterris y Llop García vs España, de veintisiete de noviembre de 2012, y Sainz Casla vs España, de 22 de octubre de 2013. En consecuencia, la Sala Penal de la Corte Suprema solo puede dictar una sentencia rescindente y ordenar al órgano judicial de instancia dicte un nuevo fallo, conforme a lo que determinó [cfr.: STSE 699/2018, de 8 de enero de 2019].

A partir de lo expuesto, puede sostener que el control que ejerce el recurso de casación penal queda configurado como un “control completo” sobre la sentencia impugnada. **1.** Un control sobre la decisión (relacionada al *petitum* o petición), que ingresa de lleno en la función institucional de la Corte Suprema en cuanto “juez de legitimidad”. **2.** Un control sobre la argumentación, plasmada en la parte considerativa de la resolución, allí en donde, por razones de la propia configuración del recurso y de su lógica fundacional, no corresponde el re-examen sobre el fondo o el mérito del asunto casacional [TARUFFO]. La Corte Suprema nunca valora pruebas por sí mismo, pero controla si el juez de los hechos ha observado los límites de su libertad en la valoración probatoria, y, si el juez no ha cumplido las respectivas normas y reglas jurídicas, en eso mismo reside el error jurídico (casación sustantiva, en su variante de *vitiun in factum*) [VOLK].

2. Límites del Tribunal de Casación

2.1. Desde su naturaleza jurídica

Desde su naturaleza jurídica, el recurso de casación, a diferencia de la apelación, en que se obtiene un nuevo examen del caso –es un recurso ilimitado, limitable por el propio recurrente [BELING]–, tanto en la cuestión de hecho, como

en la de derecho, la casación está sujeta a un límite infranqueable: se circunscribe, sobre la base inmutable de los hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de este, la regularidad del proceder que haya conducido a él [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA]: artículo 432.2 NCCP). Todo ello dentro de las causales o motivos de casación expresamente invocados por el recurrente (artículo 432.1 CPP). Ello quiere decir que el recurso de casación no puede ser considerado una simple alegación de instancia [MORENO RIVERA], sino debe ser entendido como un escrito sistemático que indica y demuestra, lógica y jurídicamente, los errores cometidos en la sentencia, violatorios de una norma sustancial o de una garantía procesal, ceñida a las exigencias mínimas de la forma y el contenido que precisa la Ley [BINDER].

No es posible que a través de una infracción normativa –y mucho más si el precepto es procesal– se obtenga una modificación del material fáctico. Pero esta referencia a los hechos declarados probados tiene un sentido material; es decir, no es necesario que los hechos se contengan en el relato de hechos probados de la sentencia –en los antecedentes o fundamentos de hechos– sino que el *factum* también se integrará por los datos puramente fácticos que obren en los fundamentos jurídicos de la sentencia–. Se excluye, por cierto, los denominados “juicios de valor”, que no son hechos en sentido estricto –por ejemplo, juicios de inferencia relativo a los elementos subjetivos del delito–. Solo está autorizada la revisión del error *in iudicando in iure*, esto es, el del juicio jurídico realizado al dictar sentencia, sin posibilidades de alterar los hechos probados sobre los que el juzgador de la instancia ha aplicado el derecho [BONET NAVARRO].

La casación no es, pues, una tercera instancia inexistente, o una segunda apelación revisionista del proceso; permite únicamente el control *in iure* –gira en torno a la cuestión de si la sentencia se basa en una infracción legal–, controla las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y las normas que disciplinan el proceso. El hecho de que, eventual y ulteriormente, se aplique la ley al caso concreto, no forma conceptualmente parte de la función del recurso de casación, no altera en nada su función [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

Es de aclarar que el límite de la competencia del Tribunal de Casación son los motivos del recurso, pero no los fundamentos. El “motivo” es el vicio acusado, con indicación de las normas violadas; en tanto el “fundamento” es la interpretación o argumento del recurrente para persuadir al Tribunal sobre su tesis. En consecuencia, el Tribunal puede estar de acuerdo con la existencia del vicio denunciado, pero por un razonamiento distinto (Sentencia Casación Costa Rica n.º 520-99, de 22-11-99).

En consecuencia, con lo expuesto en el párrafo precedente, se tiene que en un sistema acusatorio, las bases que tiene el juez para formular la hipótesis inicial provienen de los datos afirmados por las partes en la acusación y en la contestación de la acusación. En realidad, si la disputa versa sobre hechos, el juez debería tener en mente las hipótesis presentadas por ambas partes y formular la propia, si es que posee alguna, siempre que respete la causa de lo solicitado y lo que se solicita [MALEM].

La casación solo se ocupa de si el fallo contiene una violación de la ley. Se circunscribe a la *quaestio iuris*, y le son ajenas las indagaciones de hecho —esto último es lo que identifica como “principio de intangibilidad de los hechos”—. Su espacio natural es el control de la corrección en la aplicación del derecho, debiendo existir una conexión causal entre la lesión del derecho y el contenido de la sentencia; ese presupuesto: violación de la ley, debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo quebrantamiento contra las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicos, contradicciones y confusiones, así como lagunas [SCHLÜCHTER] —en este último ámbito, la casación en clave del criterio de “suficiencia” para una condena, examina en pureza la justificación de la valoración probatoria, esto es, la suficiencia del discurso justificatorio—. La situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida [ROXIN]. Empero, la presencia de errores legales que no influyan en la parte dispositiva de la sentencia no causa nulidad; no cabe, por ende, en esos casos, en tanto no ha tenido influencia alguna para la decisión, casar la sentencia, solo determinarán —si correspondiera— su corrección en la sentencia casatoria (artículo 432.3 CPP).

Una amplitud a la cuestión de hecho sería el control de logicidad y control por infracción de presunción de inocencia (artículo 429.4 y 1 CPP), a partir del cual la Corte Suprema controlará la licitud de las pruebas practicadas en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia cualitativa para desvirtuar la presunción de inocencia, y la razonabilidad y coherencia interna de las inferencias realizadas respecto del juicio de hecho. Solo corresponde al Tribunal de Casación controlar si las pruebas son válidas, si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano —respeto del sentido común, admisibilidad lógica de los elementos probatorios— y si la motivación es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las normas prescritas (Casación Costa Rica, n.º 365-98, de 3107-98); no realiza una valoración alternativa de la prueba (Casación Costa Rica, n.º 563-98, de 17-08-98). La censura de la Corte Suprema se puede ejercer sobre el elemento lógico de la comprobación judicial, o sea, sobre la correspondencia de la conclusión con las premisas [MANZINI].

La Corte Suprema de la Nación Argentina, igualmente, acotó que si bien la naturaleza restrictiva del recurso de casación no permite modificar las conclusiones de hecho, ello no impide determinar si la motivación de la decisión en el plano fáctico y en la interpretación de las normas legales, ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional (Fallos, 321: 3663, de 22-12-98). La casación no juzga cuestiones de hecho y prueba, exceptuando al concepto de arbitrariedad (Sentencia Cámara Nacional de Casación Penal Argentina, n.º 750-96, de 04-09-96), en el cual solo se controla la observancia de las reglas de la lógica en la fundamentación de la sentencia, aunque no es de dejar de reconocer que se trata de conceptos sumamente difusos [CHIRA/OBLIGADO].

Este principio general de inamovilidad de los hechos no solo está limitado en casación con la incorporación como motivo casacional del control de la presunción de inocencia y de la motivación, sino también con la presencia de juicios de inferencia en el relato fáctico de las sentencias. Respecto a lo último, se tiene que solo es vinculante la expresión de hechos, acontecimientos o sucesos, la propia reconstrucción histórica del suceso; no lo son, en cambio, los *juicios de inferencia*, esto es, afirmaciones o negaciones acerca de un hecho subjetivo, no perceptible u observable de manera inmediata y directa. Estas afirmaciones son revisables en casación bajo la causal de infracción de ley, por su contenido jurídico (por ejemplo: la droga incautada por la policía era destinada a su venta, el comprador conocía que los bienes adquiridos procedían de un robo, o el disparó que se efectuó contra la víctima buscaba matarla), siempre y cuando en su desarrollo se suministren elementos que tiendan a destruir lo que el tribunal de mérito ha deducido para ser sustituido por lo que se invoca en casación. En estos casos no se combate el juicio de hecho por no formar parte de la reconstrucción histórica, al ser meras apreciaciones subjetivas, sino se cuestiona propiamente los fundamentos jurídicos de la sentencia [LUZÓN PEÑA].

Es de insistir que la cuestión de la credibilidad de las declaraciones prestadas ante los órganos jurisdiccionales de mérito y apreciadas directamente por estos no puede ser objeto de revisión en casación, ello por la imposibilidad técnica de la Sala de casación de ver y oír tales declaraciones en forma directa. La convicción del judicial depende de su percepción directa; por lo tanto, ella no es revisable en la medida en que no es posible la repetición de la prueba (STSE de 23-09-95). La aludida ponderación de la credibilidad, en cambio, posibilita el examen de la estructura del testimonio; es decir, que su contenido no aparezca como objetivamente inaceptable por carecer de consistencia lógica, apartarse manifiestamente de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos

(STSE de 11-03-02). Está de por medio, en esta última perspectiva, la primacía del principio de interdicción de la arbitrariedad (STSE de 02-07-94). Son, pues, dos los niveles de apreciación de la prueba: el primero, dependiente en forma inmediata de la percepción sensorial, condicionada a la inmediación y ajeno, en consecuencia, al control casatorio –apreciar y valorar en su exacta dimensión los gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por los deponentes en sus dichos (STSE de 27-09-95)–; y, el segundo, que se fundamenta en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o acepta determinados resultados probatorios aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos, que sí es revisable en casación (STSE de 06-02-98). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la Ejecutoria recaída en el recurso de queja CPP n.º 248-2015/Cusco, de 31-07-15.

Incluso la casación civil, que tiene proclamada que esta vía no es competente para conocer de cuestiones relativas a hechos o a apreciación de prueba (Sentencia n.º 861-95/Lima, de 25-03-96), tiene expuesto, en algunas decisiones, a partir del motivo de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso –artículo 386.3 CPC–, (i) que es posible revisar la interpretación de un medio de prueba, porque ello implica establecer el correcto contenido del mismo, a partir de lo cual recién se puede válidamente efectuar la valoración del caso, sin que ello implique la revaloración probatoria del mismo (Sentencia n.º 1030-2001/Callao); y (ii) que cabe que se denuncie la infracción del proceso de formación del razonamiento judicial –*error in cogitando*–, que constituye un cuestión de derecho pasible de control casatorio (Sentencia n.º 137-2000/Lima).

Los motivos que habilitan el recurso de casación, desde una perspectiva general, pueden ser clasificados en vicios de actividad o vicios de juicio, o errores *in procedendo* o errores *in iudicando*; en ambos casos se configura una infracción jurídica. Esta distinción parte de la diferente posición en que se halla el juez frente al derecho, según sea material o procesal. Frente al derecho material su función es declarar el derecho, comprobando de qué manera los interesados lo han cumplido; frente al derecho procesal, su deber es cumplirlo adecuando a él su conducta y la de las partes [DE LA RÚA].

2.2. Desde su ámbito funcional

Respecto del ámbito del recurso de casación es posible incorporar otro límite. Este se circunscribe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes, pero no se extiende a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado en el momento adecuado para que el tribunal las hubiese resuelto debidamente en

su sentencia, tras el necesario debate y la prueba correspondiente –respeto de los principios de contradicción y congruencia– [CONDE-PUMPIDO TOURÓN]. Como excepciones, dimanantes del interés público que prima en el proceso penal, es posible reconocer algunas excepciones, tales como cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión, o cuando se trate de normas materiales cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional.

2.3. Técnica casacional

La técnica casacional es, por esencia, *sui generis*. Muy distinta a la utilizada para los recursos ordinarios. El recurso de casación, como ya se indicó, se debe plantear por escrito; y, además, dividido en numerales precisos, según cada punto que quiera resaltarse. Los *vitiums in iudicando in iure, in iudicando in factum e in procedendo* deben proponerse separadamente de modo independiente –entre estos vicios y entre cada vicio según cada supuesto–; y, los argumentos no deben ser opuestos o irreconciliables –ello es un principio de lógica formal–.

En cumplimiento del principio de prioridad en materia casacional, si bien pueden plantearse varios cargos o censuras contra la resolución de vista, éstos deben ser propuestos sin mezclas argumentativas y conceptuales, y de manera escalonada en mérito a la naturaleza del *vitium* y su consecuencia. Primero se plantean los *vitiums in procedendo* y luego los vicios *in iudicando in factum e iudicando in iure*. Si se introducen varias censuras procesales o *in procedendo* deben ordenarse secuencialmente en función a los vicios de actividad y luego a los vicios estructurales de resolución. Si se plantean censuras materiales, primero, serán los vicios *in iudicando in factum* y, a continuación, los *vicios in iudicando in iure*.

3. Carácter del recurso de casación

El artículo 433.1 y 2 CPP, bajo la decisión de la Sala Penal Suprema, concederá a la casación estimada carácter rescindente y, cuando corresponda, rescisorio, “en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate”.

El recurso de casación por infracción de norma material y, en determinados casos, por quebrantamiento de norma procesal en la modalidad de defecto estructural de resolución, tiene un carácter rescindente y rescisorio, de modo tal que si la Corte Suprema estimara el recurso, anulará la resolución impugnada

y dictará otra ajustada a derecho. El criterio finalista de apreciación será si no resulte necesario un nuevo debate, vinculado a la actuación de pruebas ante un tribunal objetivo e imparcial; si los elementos de juicio permitan a la Sala de Casación poder resolver adecuadamente; o si debido a lo resuelto por la casación el ordenar el reenvío no tendría ningún sentido práctico, llevando simplemente a un alargamiento innecesario del proceso [LLOBET].

El recurso de casación por quebrantamiento de forma en la modalidad de vicio de procedimiento tiene un carácter únicamente rescindente. Se anulará la decisión impugnada y se reenviará de nuevo la causa al conocimiento del órgano de instancia.

4. Objeto impugnabile

- A. El criterio general de admisibilidad objetiva, conforme al artículo 427 CPP, se circunscribe a: **1.** Las sentencias definitivas; **2.** Los autos de sobreseimiento; **3.** Los autos que ponen fin al procedimiento o extinguen la acción penal; y **4.** Los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena. En todos estos casos las decisiones han de haber sido expedidas en apelación por la Corte Superior. Se trata de sentencias y autos de vista. La regla del artículo 427 CPP, salvo el caso del apdo. 4 –casación excepcional– constituye un supuesto de *numerus clausus* que impide toda extensión. Las cuatro primeras pueden ser entendidas como casaciones ordinarias y la última como casación excepcional.
- B. Sobre esa base, se configuran dos limitaciones a dichas resoluciones. La *primera*, estriba en que los delitos objeto de imputación inicial o de acusación, según el caso, tengan conminado, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. La segunda consiste en las medidas de seguridad, solo serán admisibles los fallos que impongan internación (¿si se absuelve al reo ante un pedido de internación o se impone una pena? En el primer caso, siempre procederá –se aplica similar criterio a la absolución por un delito grave, de suerte que tratándose de medida de seguridad el criterio será la peligrosidad del agente. En el segundo caso, se estará al delito acusado).
- C. En el supuesto de la reparación civil, rige como *summa gravaminis*, al igual que el fijado en el CPC, un monto superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente (bienes culturales, por ejemplo).

- D. La regla de excepción general, de apertura discrecional –es lo que se denomina ‘casación excepcional’, estriba en que, más allá de la entidad de la resolución impugnada y su no impugnabilidad regular, resulte “necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. Se trata de un modelo de *certiorari*, mediante decisión motivada –de ahí su peculiaridad– que autoriza a ampliar judicialmente el acceso a la Corte Suprema. Es de preguntarse si, como presupuesto indispensable, deba tratarse de una resolución de vista (¿cabe casación *per saltum*?) –este es el criterio asumido por la jurisprudencia de la Corte Suprema–. Superado este escollo, cabe identificar o clasificar los supuestos de desarrollo jurisprudencial, esto es, fijar ciertos criterios razonables que eviten un uso indiscriminado de la institución, con infracción del principio de igualdad ante la ley. El límite es que, con independencia de la fundamentación del casacionista al desarrollo jurisprudencial que pretende (artículo 430.3 CPP), también ha de haber indicado y justificado el motivo de casación que invoca (constitucional, procesal, material o jurisprudencial).

Desde la definición de las decisiones que merecen el acceso excepcional al máximo Tribunal, la sentencia casatoria colombiana n.º 23812, de 19-08-05, señaló que corresponde al casacionista indicar si pretende fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterios de autoridad. En este mismo sentido se orienta la Sala Penal de la Corte Suprema en el auto recaído en el recurso de casación n.º 66-2010/La Libertad, de 28-04-11, que sobre la base del interés casacional, definió los marcos de su competencia funcional excepcional. En suma, la noción de interés casacional es la clave en la regulación del acceso al recurso de casación penal [DE LA OLIVA].

Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial se exige que se trate de una situación con proyecciones a la necesidad del desarrollo-unificación de la jurisprudencia, ya sea porque existan vacíos o se requieran ciertas puntualizaciones en un tema concreto, o se pretenda, de ser el caso, variaciones jurisprudenciales. Corresponde argumentar debidamente estos extremos al recurrente [PABÓN]. Así lo entendió el Tribunal Supremo de Colombia, en la sentencia casatoria de 18-0394, en el que precisó que la discrecionalidad del Tribunal de aceptar la casación excepcional no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o de mera

contingencia, por el contrario, debe entenderse a la necesidad del desarrollo jurisprudencial, debido que así lo estipula el precepto.

La unificación es un sello de seguridad jurídica, que debe entenderse como un criterio de autoridad o fuente de derecho de suma importancia, que se caracteriza por tener varios jueces que interpretan de distinta manera. La unificación conlleva que se disminuya la arbitrariedad judicial, al impedir que los jueces realicen sus propias interpretaciones. En suma, es una garantía de ciencia y claridad para resolver los procesos penales, forman parte de pautas para una adecuada y unificada interpretación jurídica [MORENO RIVERA].

5. Impugnabilidad subjetiva

La regla ha de ser que la resolución de vista ha de causar un gravamen a la parte procesal afectada: esa es su legitimación procesal para recurrir. La impugnación ha de dirigirse contra el fallo –parte resolutive o dispositiva–, no contra sus fundamentos, fácticos o jurídicos –regla general–, en tanto resulten desfavorables a los derechos propios de quien recurra, el mismo que debe ostentar un interés legítimo, en sentido propio, cualificado y específico que debe ser valorado en cada caso. Para ello, el recurrente debe instar una alteración de la parte dispositiva de la decisión. La falta de interés, con determinadas excepciones, es predicable de todas las partes procesales, sin privilegio alguno.

La falta de interés se presenta en un supuesto adicional, previsto en el literal d) del apdo. 1 del artículo 428 CPP. Si el recurrente consintió previamente la resolución adversa de primera instancia, que luego fue confirmada por la resolución objeto del recurso. También se producirá ese supuesto de falta de interés cuando se invoca en la casación violaciones de la Ley que no han sido deducidas en los fundamentos del recurso de apelación. La casación colombiana, por ejemplo, ha ubicado algunas excepciones a esa regla, tales como: **1.** Cuando aparezca demostrado que arbitrariamente se impidió al casacionista el ejercicio del recurso de instancia; **2.** Cuando el fallo de segundo grado modifique su situación jurídica, de manera negativa, desventajosa o más gravosa (Sentencia Casación n.º 24128, de 19-09-05).

La legitimación del Ministerio Público para interponer recurso de casación, por su condición de parte, está plenamente afirmada, pues al ser titular del ejercicio de la acción penal y promotor de la justicia puede verse lesionado o perjudicado por la resolución judicial. El problema se plantea respecto de las garantías constitucionales (artículo 429.1 CPP), a partir del cual es posible afirmar (i) que el fiscal no es titular de derechos fundamentales y no puede afirmarlos

frente a un ciudadano, a menos que lo haga para favorecer a la persona a quien se le haya lesionado; y (ii) que el fiscal, no obstante ello, está legitimado para recurrir alegando infracción de preceptos constitucionales conforme al principio de igualdad de armas y como instrumento para la defensa de la legalidad y del interés público, solo respecto de los derechos fundamentales procesales –que no materiales–, especialmente de los derechos a la tutela jurisdiccional, debido proceso y defensa procesal [MORENO CATENA].

Por otro lado, ¿puede el Ministerio Público interponer recurso de casación frente a resoluciones judiciales que aceptaron lo que postuló en la instancia? Es de contestar afirmativamente esta pregunta, porque: **1.** El cambio de postura del fiscal no produce indefensión alguna a la otra parte, sino todo lo contrario; **2.** El Ministerio Público constituye una estructura jerárquica, por lo que la actuación del inferior no tiene por qué ser forzosamente asumida por el superior; **3.** Los intereses que defiende no son ‘parciales’ por lo que la idea de ‘congruencia’ en su actuación debe flexibilizarse, siempre que no se ponga en peligro el principio de igualdad de armas, ni la prohibición de indefensión [GIMENO].

6. Inadmisibilidad excepcional por economía procesal

6.1. Planteamiento básico

La inadmisión de un recurso se dictará cuando se vulneren los presupuestos subjetivos, objetivos y formales (tiempo, modo, lugar y motivación). El artículo 428.1 CPP insiste en esas infracciones, y resalta en especial que se invoquen motivos no reconocidos por la ley y resoluciones no impugnables en casación.

El apdo. 2 de dicho precepto consagra dos causales excepcionales por economía procesal: falta de fundamento y presencia de precedente establecido. En puridad, se amplía las posibilidades de rechazo de la alzada, no obstante estar correctamente abierta desde el punto de vista formal, pero ya no se trata propiamente de un juicio de inadmisión, sino de desestimación [CLARIÁ], que, en todo caso, evita generar sobrecargas de trabajo a la Corte Suprema [DÍAZ CABIALE – LÓPEZ CASTILLO].

6.2. Motivos de inadmisión excepcional

A. *Falta de fundamento.* Su fuente es la ley alemana de 08-07-22. Es un supuesto de desestimación prematura del recurso cuando el mismo, tras una primera lectura del escrito de interposición, se revela como

manifiestamente infundado. Esto último se presenta cuando adolece de una evidente falta de razón jurídica de los motivos alegados, o una falta de contenido casacional, al no tener el objeto convencional de una casación. La carencia de fundamentación se presenta por la falta de un mínimo de presupuestos fácticos o de lógica jurídica en su desarrollo.

Esta causal, de recurso fatuo o indigno, permite identificar tres supuestos, según Sarstedt/Hamm: **1.** El que, adoleciendo de un razonamiento abstracto suficiente, se limita prácticamente a decir que existe violación de derecho, sin argumento serio alguno. **2.** El que es fruto de una deficiente lectura de la sentencia o de los autos, denunciando vicios que realmente no existen. **3.** El que revela un desconocimiento por parte del recurrente de las cuestiones jurídicas más básicas, en especial relacionados con la casación (Manzini diría: se pretendiera desconocer la evidencia, se supusiera una norma jurídica inexistente, se supusiera la analogía en casos que no la consienten, o en general, se fundara el recurso en un indiscutible error de derecho).

Lo resaltante es, desde el análisis de los argumentos esgrimidos por el casacionista, que la pretensión impugnatoria, su falta de fundamento, sea notoria, es decir, apreciable *prima visu*, sin necesidad de adentrarse en profundas consideraciones. La decisión desestimatoria de plano ha de ser lógica, esto es, que sus escuetas consideraciones no revelen irracionalidad.

B. *Presencia de precedente establecido.* El literal b del apdo. 2 del artículo 428 CPP dice: “se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida”. Se requieren tres condiciones para su aplicación: **1.** Que se haya generado sobre el punto objeto de cuestionamiento casacional una doctrina jurisprudencial consolidada. **2.** Que verse, precisamente, sobre ese punto o institución jurídica análoga al planteado y que no contenga datos diferenciales. **3.** Que, no obstante lo anterior, se propongan argumentos o motivos alternativos con entidad para ser discutidos y puedan dar lugar a la modificación de la doctrina jurisprudencial.

6.3. Algunas causales relevantes de inadmisión

Como consecuencia de lo anterior, una causal de inadmisión, ya no basada en razones estrictamente formales (denuncia casacional por causas distintas de las fijadas legalmente, contra resoluciones diferentes de las legalmente previstas,

incumplimiento de presupuestos de tiempo, modo y lugar, y vulneración del presupuesto subjetivo –legitimación y gravamen–: artículos 405.1 y 428.1 CPP), sino en la propia esencia de la casación, tiene lugar en aquellos supuestos en que no se respetan los hechos que la sentencia declare probados o cuando se formulan alegaciones en notoria contradicción o incongruencia con aquellos. La infracción del artículo 432.2 CPP determina la inadmisión del recurso de casación: “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema [...]. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o autos recurridos”. El recurso, en estos casos, no tiene contenido casacional, carece manifiestamente de fundamento, por lo que se aplica el artículo 428.2, a), del CPP.

Por lo demás, como la garantía constitucional de tutela jurisdiccional informa la admisión de los recursos legalmente previstos, en materia de casación la salvaguarda de los derechos e intereses legítimos de las partes debe prevalecer sobre las cuestiones derivadas de simples requisitos formales (STSE, Sala 2da., n.º 758/1997, de 30-5). Han de utilizarse criterios interpretativos que sean favorables a dicho acceso. No obstante lo cual, es evidente que la ponderación, el equilibrio judicial y la interpretación favorable a la tramitación del recurso, han de tener los límites que imponen la razón, la lógica y la comprensión (STCE de 10-2-1987).

Otra causal de inadmisión del recurso de casación, material o sustantiva, es el planteamiento de “cuestiones nuevas”. Se sustenta en dos razones: respeto del principio de contradicción y reconocimiento de la naturaleza del recurso de casación. El criterio-base es el siguiente: la casación se circunscribe al examen y denuncia de los errores “*in iudicando in iure*” que pudo cometer el Tribunal Superior al enjuiciar las cuestiones que las partes suscitaron y mantuvieron, sin que por ello puedan detectarse aquéllos en la interpretación y aplicación de preceptos penales sustantivos o procesales no invocados, ni por tanto debatidos por las partes, ni por ende que éstas pueden reservarse tesis o cuestiones para someterlas sorpresivamente en la casación, sin haber sido propuestas, conocidos y discutida en instancia, quebrantando los principios de rogación, contradicción, bilateralidad y buena fe (STSE, Sala 2da., n.º 92/2000, de 24-1). Tal planteamiento irregular supone un ensanchamiento de las cuestiones debatidas en la instancia, las cuales no se pueden incrementar, sorpresivamente, a través de un recurso extraordinario como el de casación, impidiendo de este modo que las contra-partes puedan conocerlas y objetarlas o rebatirlas, ni el Tribunal Superior estudiarlas, analizarlas y decidir las (STSE, Sala 2da., de 9-2-1988). Y es que mal se puede decir que se ha infringido un precepto legal cuando no se pidió su aplicación o se invocó su inobservancia, y además no se aplicó por no haberlo introducido el Tribunal en el

debate de las facultades que tiene para ello (STSE, Sala 2da., de 11-3-1987). En estas condiciones, por ejemplo, no cabe una modificación del título de imputación en el recurso de casación, pues si se permitiese cuando en la instancia no se había ejercitado la posibilidad u oportunidad procesal de formular una calificación alternativa, se produciría indefensión (STSE, Sala 2da., n.º 1913/1994, de 3-11). De otro lado, el examen casacional solo puede decidir impugnativamente sobre cuestiones jurídicas formalmente planteadas y discutidas por las partes; no puede hacerlo por primera vez, sin la oportunidad de un posterior recurso [CONDE PUMPIDO].

La regla es, entonces, que no puede ser objeto de denuncia casatoria cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación (STSE, Sala 2da., 12-2-2009).

Es posible asumir, sin embargo, como excepción a esta regla, la invocación en casación de circunstancias atenuantes, no alegadas en la instancia, cuando sus elementos constitutivos deriven de los hechos recogidos en el relato histórico de la sentencia recurrida, en que el Tribunal Superior vendría obligado, aun de oficio, a aplicarla (STSE, Sala 2da., n.º 681/2004, de 21-5). No es del caso, empero, respecto de las eximentes (STSE, Sala 2da., de 30-3-1987), al igual que la alegación en casación de “dilaciones indebidas” (STSE, Sala 2da., n.º 1231/2002, de 1-7), así como la prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito durante un plazo determinado (STSE, Sala 2da., n.º 1296/2001, de 29-6). Tampoco se acepta la invocación de circunstancias agravantes, por el riesgo de indefensión que comportaría (STSE, Sala 2da., de 2-10-1992). Sí se acepta en el caso de la invocación en casación de la excepción de prescripción, por ser materia de orden público (STSE, Sala 2da., de 11-12-1987), así como la alegación en casación de un tipo menos grave y homogéneo, respecto al que fue objeto de casación, como, por ejemplo, homicidio por asesinato o hurto por robo [LUZÓN].

El principio de “unidad de alegaciones” entre preparación y formalización o entre esta última y alegatos ampliatorios (artículo 431.1 CPP), permite un rechazo liminar cuando no se respeta esa coherencia impugnativa. Debe existir, como ya se precisó, un mínimo de correspondencia entre la formalización del recurso y el alegato ampliatorio, que han de estar unidos por un principio de unidad y armonía para la buena marcha funcional de la casación (STSE, Sala 2da.,

de 4-10-1988). Su falta de concordancia importa rechazar de plano las nuevas alegaciones y que el Tribunal Supremo se concentre en los motivos originarios, materia de la formalización del recurso de casación.

Otra causal, no de inadmisión sino de desestimación del recurso –que no del motivo o causal–, es la que se denomina “doctrina de la pena justificada”. Se presenta en el motivo casacional de violación de precepto material (artículo 429.3 CPP). Consiste en que aun cuando la violación denunciada se ha producido, la consecuencia de la vulneración detectada **(i)** no variaría la pena impuesta o **(ii)** la pena resultante sería más grave con infracción del principio de interdicción de reforma peyorativa. De igual manera, si el Tribunal Superior realizó una errónea calificación del hecho histórico en beneficio del recurrente, que permitió la aplicación de una pena menor que la que le correspondería, de tal error no puede ampararse para solicitar casacionalmente y de modo indebido una pena menor aun (STSE de 17-7-2002). Empero, es posible identificar algunas excepciones a esta doctrina jurisprudencial, que se presenta cuando si bien la pena final impuesta no ha de variar, la estimación del motivo podría repercutir en sede de ejecución de la sentencia condenatoria (STSE de 16.11.1998).

En esta misma línea, otro supuesto de desestimación del recurso de casación es la doctrina de la “falta de practicidad”; falta de trascendencia práctica del recurso de casación interpuesto. Se presenta también en el recurso por violación de precepto material cuando el Tribunal Superior aplicó indebidamente una disposición legal fundada en hechos que no habían sido debidamente probados, pese a lo cual no impuso la pena que correspondía a esa apreciación, sino otra menor, de suerte que corresponde la desestimación del recurso (STSE de 26-9-1988). También se presenta cuando se incluyó una agravante indebidamente, pero ésta no repercutió finalmente en la pena concreta impuesta (STSE de 3-10-1988).

7. Motivos de casación: artículo 429 CPP

7.1. Planteamiento general

Como el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que tiene tasados tanto las resoluciones recurribles como los vicios que el recurrente puede alegar, ello significa que la fundamentación del recurso no es libre, sino vinculada a los motivos previstos legalmente [GIMENO]. La causa de pedir se identifica con los motivos del recurso –vicio o vicios que integran el supuesto de hecho al que la Ley vincula la casación–.

La exigencia de la concreta individualización del agravio jurídico, concretado en un motivo preestablecido en la Ley procesal, proyecta importantes consecuencias. Son las siguientes: **1.** Circunscribe infranqueablemente la competencia funcional del Tribunal de Casación a los puntos del agravio sin más excepción que las referidas a las nulidades absolutas. **2.** Hace inaplicable el generalizado principio *iura curia novit*, por cuanto no está permitido suplir de oficio las omisiones –en todo caso esenciales, con las excepciones que impone la supremacía de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional– en que hubiere incurrido el recurrente. **3.** Impide toda posibilidad de ampliar el agravio a otros puntos de la decisión, salvo aquellos que puedan ser resueltos de oficio por el Tribunal. **4.** Es posible que el recurso sea concedido parcialmente con relación a los motivos regularmente invocados, al no admitirse los que fueron propuestos de manera insuficiente [CLARÍA].

Desde el reconocimiento de que la casación también cumple con la función de velar por la garantía de tutela jurisdiccional, que obliga a una concepción menos formal y rigorista de la naturaleza de este recurso, se ha admitido la denominada teoría de la voluntad impugnativa, de origen española (SSTSE n.º 29/1999, de 23 de enero; y 1397/98, de 11 de noviembre). Esta permite resolver cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada [CONDE-PUMPIDO TOURON]. Ello quiere decir que el error en la invocación del motivo de casación no genera la inadmisibilidad del recurso. Lo expuesto no significa que el recurrente quede descargado de articular el recurso con base en las concretas infracciones, pues no cabe realizar genéricas imputaciones a la resolución que se desea casar o pedir, con carácter general, que se revise su corrección procesal [DE LA OLIVA]. Así se ha entendido por la Corte Suprema en la Ejecutoria n.º 1-2007/Huaura, de 26 -07-07.

Los motivos o modalidades fundantes se agrupan en tres categorías: **(i)** violación de precepto material, **(ii)** quebrantamiento de precepto procesal –los preceptos legales pueden ser, por su jerarquía, constitucionales u ordinarios–, y **(iii)** vulneración de doctrina jurisprudencial (en relación a la *ratio essendi* de las sentencias de efectos generales o vinculantes). El CPP no distingue, al interior del quebrantamiento de precepto procesal, la infracción de las normas referidas al procedimiento previo a la emisión de la sentencia, de los vicios propios de la sentencia. Los primeros son vicios de procedimiento o tramitación, y los segundos son vicios por defecto del fallo o defectos estructurales del fallo. Respecto de la infracción de precepto material, a nivel ordinario o de normas con rango

de ley, pareciera que solo contempla el *vicio in iuris*, aunque respecto de los preceptos constitucionales es posible asumir, con determinadas limitaciones, el denominado *vicio in factum* –violación de las disposiciones de supremo rango que determinaría una reconstrucción incorrecta del juicio de hecho y lesiva al valor justicia material–.

Ahora bien, el artículo 429 CPP utiliza cuatro expresiones distintas para hacer referencia a la trasgresión de la legalidad, constitucional u ordinaria, por el Tribunal Superior: inobservancia, indebida aplicación, errónea interpretación y falta de aplicación. En buena cuenta, sin embargo, todas ellas quedan comprendidas en la noción general de “violación o infracción de ley”; su diferencia –presentan varios casos– es de modo, pero no de sustancia, y desde un ángulo pragmático la distinción es irrelevante [DE LA RUA].

1. Inobservancia: Es un concepto amplio. Significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de un precepto legal. Omisión de cumplir la ley.
2. Indebida aplicación: Cuando el Tribunal Superior aplicó la ley a un hecho no correspondiente con la norma –falta de correspondencia de la ley aplicada con el caso concreto–. Es decir, aplicación de un precepto a una hipótesis no contemplada en él. Se trata, en un sentido más amplio, de error en la aplicación de la disposición legal, error en la existencia o vigencia del precepto o, según el caso, error en su validez.
3. Errónea interpretación: Cuando el Tribunal Superior deriva del precepto consecuencias o efectos que no son los que, de acuerdo con su recto sentido, deben resultar. Error en la interpretación del precepto.
4. Falta de aplicación: Cuando el Tribunal Superior no aplicó la ley que debía aplicar al caso concreto. Ignorancia o desconocimiento del precepto pertinente.

El CPP, según es de resaltar, emplea dos verbos: interpretar y aplicar. En la teoría del derecho se diferencian claramente. Interpretar es la actividad de descubrir o decidir el significado de un texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad, es decir, el significado al que se llega después de ella. Aplicar es la actividad de pasar de unas premisas (normativas y fácticas) a una conclusión (fallo), y también en el resultado de esta actividad (la resolución judicial), integrado por las premisas, la conclusión y la relación entre ellas [MORESO/VILAJOSEANA].

Primero se interpreta el precepto legal y, a continuación, se aplica al caso concreto o supuesto de hecho pertinente. La decisión judicial (resultado de la actividad judicial, consistente en decidir casos individuales a partir de normas generales) ha de estar motivada o justificada. La resolución judicial está justificada cuando lo está internamente –cuando la conclusión o fallo se derive lógicamente de las premisas (normativas y fácticas)– y externamente –cuando las premisas, normativa y fáctica, sean sólidas; esto es, cuando se sustente en una norma jurídica correctamente aplicable y una proposición verdadera (que hayan superado los llamados “problemas de prueba” y, luego, los “problemas de calificación”) [MORESO/VILAJOSANA].

7.2. Casación Constitucional: vulneración de precepto constitucional

7.2.1. Alcance

El artículo 429.1 CPP utiliza la expresión “garantías constitucionales”, que deben entenderse como preceptos de la Ley Fundamental –como legalidad constitucional– destinados a tutelar o garantizar el sistema penal –de por medio está, directa o indirectamente, el contenido de un derecho fundamental–, en tanto que el objetivo de esta modalidad de casación es garantizar la correcta interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales en juego –en pureza, se trata no solo de los derechos consagrados por nuestra Carta Política, sino también de los derechos consagrados por ordenamientos internacionales de los cuales el Perú es suscriptor [CARRIÓN]–. Así, por ejemplo, normas materiales: legalidad penal, libertad personal, inviolabilidad de domicilio, derecho a la intimidad; o normas procesales: tutela jurisdiccional, presunción de inocencia, defensa procesal y debido proceso. El único campo que queda relativamente vedado por este motivo es el control de la legalidad ordinaria, sin perjuicio de considerar la interpretación constitucional de dicha legalidad [RAMOS MÉNDEZ]. Las pautas propiamente constitucionales han sido desarrolladas, en su esencia, en el Título Preliminar del CPP, por lo que la invocación a esas normas se entenderá como afectaciones a la Constitución.

Las normas constitucionales probablemente más invocadas serán la presunción de inocencia y la motivación –esta última tiene una causal específica: artículo 429.4 CPP, y está comprendida en la garantía genérica de tutela jurisdiccional y en un precepto propio: artículos 139.3 y 4 de la Constitución–.

Desde la legitimación de la Fiscalía para interponer esa modalidad de recurso de casación, es de estimar que está autorizada para hacerlo en la medida en que le está encomendada –tiene por obligación institucional- la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley –es, por ello, el portador del interés público en la integridad y efectividad de los derechos fundamentales, decía la STCE 86/1985, de 10-07-85–, lo que no supone lógicamente, que pueda esgrimir determinados derechos, como, por ejemplo, el de presunción de inocencia, que benefician exclusivamente al acusado, en contra del mismo –no cabe el recurso de casación basado en una invocación de la presunción de inocencia ‘al revés’, como ha resuelto la STSE de 19-10-88- [LUZÓN].

7.2.2. Presunción de inocencia

Informa todo el proceso penal: antes de iniciarse hasta que se dicta sentencia [NIEVA]. Tiene una naturaleza y carácter procesal, no incide sobre la calificación típica de los delitos ni sobre la responsabilidad penal de los imputados –elementos del delito–, solo sobre la determinación de la intervención material de aquellos en el resultado típico. Al Tribunal de casación le corresponde, en este ámbito, determinar si se han cumplido con las reglas probatorias y de juicio que exige esta garantía.

No obstante el principio general de la casación de inamovilidad del relato de hechos probados, reconocido por el artículo 432.2 CPP, que incide, por su ubicación sistemática, en los motivos por vulneración de precepto material y por quebrantamiento de precepto procesal (artículos 429, incisos 3 y 2, CPP) –dice el citado artículo 432.2 CPP: “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema [...] Está sujeta de manera absoluta los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos”–, presenta dos precisas limitaciones: **1.º** Por medio de la invocación de la garantía constitucional o derecho fundamental procesal de presunción de inocencia. **2.º** A través de la inobservancia de la garantía constitucional o derecho fundamental procesal de motivación –defecto de motivación–, que incluye el error de hecho y la negación de los juicios de inferencia incorporados en el relato de hecho.

Queda claro, sin embargo, que a través del recurso de casación el Tribunal Supremo revisa errores alegados por la parte recurrente como motivos de casación; no realiza una revisión integral ni del fallo condenatorio ni de la pena impuesta, sino a lo sumo una revisión parcial del fallo y, siempre, de modo indirecto [NIEVA].

La garantía de presunción de inocencia se desarrolla legalmente en el artículo II.1 del TP CPP. Esta disposición exige, en su primer extremo, una

sentencia condenatoria firme debidamente motivada. La motivación, empero, desde una perspectiva pública u objetiva es un derecho fundamental procesal que integra la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución) y se proyecta tanto al juicio de hecho como al juicio de derecho, que no puede confundirse e integrarse con esta otra garantía genérica, y tiene una proyección general a las decisiones judiciales, cuya última razón de ser radica en la eliminación de la arbitrariedad (STSE de 6-4-1990).

La motivación es un mandato constitucional incondicionado (para todo tipo de procesos, para todo tipo de sentencias –absolutorias y condenatorias– y para todo tipo de pruebas [ANDRÉS]–; y, debe expresar una valoración judicial de acuerdo a criterios racionales que permita deducir la culpabilidad del acusado, lo que importa un examen que no solo comprende la interpretación de la prueba, sino también la valoración de la misma, en orden al cumplimiento de las reglas de la sana crítica racional [VECINA] (véase, al respecto, los artículos 158.1 y 393.2 CPP). La STCE 63/1993, de 1 de marzo, acotó que, en este ámbito, solo cabe examinar si los criterios utilizados por el juez de mérito para la apreciación de la prueba resultan manifiestamente arbitrarios por conculcar alguno de los valores, principios o derechos constitucionales.

El segundo extremo de la norma es el relevante, pues incorpora reglas de prueba básicas: (i) suficiente actividad probatoria de cargo; y, (ii) obtenida y actuada con las debidas garantías procesales –como dijo la STCE 44/1989, de 20 de febrero: “*adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías*”–. En pureza son cuatro las reglas de prueba de esta garantía:

1. Prueba en sentido formal –prueba plenaria y, en su caso, prueba anticipada y preconstituida–. Cinco artículos de la Ley Procesal Penal son de invocar en su desarrollo: artículos 375.1, 376.2, 378, 382 y 383.1 CPP.
2. Prueba de cargo. Como la presunción de inocencia es un derecho reaccional, de naturaleza y carácter procesal, y exclusivo del imputado, no necesita de un comportamiento activo por parte de este último, de suerte que los hechos incriminadores deben ser probados por la fiscalía o acusación.
3. Prueba suficiente. El control de esta regla no se realiza a través de un nuevo examen crítico de la prueba realizada. Su espacio solo abarca dos extremos fácticos: (i) la existencia real del delito (específicamente de los elementos objetivos del delito –necesitados de prueba–, pues los elementos subjetivos constituyen verdaderos juicios de valor o inferencia –STSE de 21 de julio de 1992–, a los que alcanza la exigencia de

logicidad de motivación); y, **(ii)** la culpabilidad del acusado (sinónimo de intervención en el hecho, que es el sentido anglosajón del vocablo, no de juicio normativo de reprochabilidad penal –sentido germano del mismo–). De suerte que en el examen de esta regla solo cabe un análisis abstracto, esto es, si razonablemente el conjunto probatorio, que cumple el carácter de tal, permite sustentar una convicción de culpabilidad (STSE de 23-12-2013). El juicio de suficiencia se centra en el análisis de la aptitud de la prueba para suministrar a la Sala Sentenciadora la “certeza” de la culpabilidad del acusado; y, como tal, permite a la Sala de Casación, no la valoración, sino la interpretación de la prueba, cuyo contenido ha de ser objetivamente incriminatorio; prueba como actividad, no como valoración [VECINA].

4. Prueba lícita. La obtención de la fuente de prueba y la actuación o práctica del medio de prueba debe cumplir los requisitos legales –de legalidad constitucional y de legalidad ordinaria en su lógica de garantías básicas–.

La motivación, por cierto, en lo pertinente, debe comprender estas cuatro reglas de prueba. Está descontado el respeto e incensurabilidad de la libre y razonada valoración de la prueba realizada por el Tribunal Superior (artículo 393.2 CPP).

Debe quedar claro que la exigencia convencional del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se cumplió con el recurso de apelación, generalizado en nuestro sistema procesal. Por tanto, no existe necesidad de ampliar, y, en todo caso, de desnaturalizar la esencia institucional del recurso de casación a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal Superior, como correspondería en aquellos sistemas en que no existe recurso de apelación, que es el caso por ejemplo, antes, del español (véase, al respecto, la STSE número 740/2010, de 6 de julio).

En los casos en que existe sucesivamente recurso de apelación y recurso de casación, como el nuestro, desde luego, la delimitación de la competencia funcional en materia de presunción de inocencia debe variar. Su intensidad se ha centrar en otros parámetros. Se entiende, como premisa, que la triple comprobación de la prueba ya se hizo por el Tribunal Superior; esto es: **1.** Comprobación formal de existencia de prueba. **2.** Comprobación sobre los dos extremos fácticos: hecho e intervención delictiva; y, **3.** Comprobación de licitud de la prueba. Se cumplió, con ello, el doble examen exigido por el artículo 14.5 PIDCP: “...derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto [a la persona declarada culpable] sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Siendo así, siguiendo a MARCHENA/GONZÁLEZ-CUÉLLAR, el control del Supremo Tribunal se ha de concretar en cuatro puntos: 1.º Si el Tribunal Superior, al examinar la sentencia del Juzgado Penal (Unipersonal o Colegiado), se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden. 2.º Si el Tribunal Superior aplicó correctamente las exigencias de la motivación al valorar la prueba, tanto al resolver sobre el motivo de falta de motivación en el recurso de apelación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones. 3.º Si el Tribunal Superior respetó la doctrina acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y actuación lícitas de las pruebas. 4.º Si el Tribunal Superior ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de valoración de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (En: LA REFORMA, pp. 542-543).

La STSE 98/2020, de 5 de marzo, insistió en la tesis anteriormente expuesta, sosteniendo que en el análisis de esta garantía no puede obviarse que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados internacionales. En estos casos, el Tribunal Supremo insiste en su doctrina jurisprudencial de que la comprobación que a través del recurso de casación debe hacerse se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina jurisprudencial correspondiente sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. Así: (i) si el Tribunal Superior, al examinar la sentencia de primera instancia se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponde; (ii) si la Sala motivó debidamente sus decisiones –aunque, como hemos expuesto, se trata de un aspecto propio de otra garantía: tutela jurisdiccional y motivación, que tiene un cauce casacional propio en nuestro Código–; (iii) si la prueba obtenida y actuada ha cumplido con la legalidad, constitucional y legal, correspondiente; y, (iv) si las inferencias probatorias cumplen con la sana crítica racional –criterio último, asimismo, propio de la garantía de motivación, aunque por su vinculación asumido por el artículo II del TP del CPP–.

Desde luego, esta doctrina es de recibo en todo lo que implica, limitadamente por cierto, el examen parcial de alguna de las cuatro reglas de prueba y, además, de la regla de juicio (*in dubio pro reo*) que integran la presunción de inocencia (puntos 1.º y 3.º precedentes: revisó lo que debía revisar en orden a la actividad probatoria y a la valoración probatoria, y si se cumplió las reglas de admisión y práctica de las pruebas). Empero, en lo relacionado a la falta de motivación y al análisis de la racionalidad o logicidad de la sentencia –motivación constitucionalmente

defectuosa—, como existe un motivo específico, de raíz o fuente en el CPP Italiano (artículo 4429.4 CPP), no puede ser abordado, técnicamente, en el examen de la garantía de presunción de inocencia.

En esta misma perspectiva, el *in dubio pro reo* constituye la regla de juicio de la presunción de inocencia [FERNÁNDEZ]. Específicamente es un principio general de derecho positivizado como derecho fundamental procesal o garantía institucional, por lo que pertenece a la premisa mayor, y se trata de una clara cuestión de derecho; además, como cualquier norma jurídica, tiene influencia en la premisa menor, dado que obliga al juez a partir de una situación de hecho: la no culpabilidad del acusado.

El *in dubio pro reo* no es una regla de carga de la prueba en su vertiente subjetiva u objetiva —la noción de “carga” está inspirada en la idea de obligación y muy propia de los principios dispositivo y de aportación de parte—, que se aplican cuando no existe prueba —las situaciones de *non liquet* se resuelven, en el proceso penal, a través de la presunción de inocencia—. Por tanto, no se puede pedir pruebas al imputado para poder absolverlo, no se puede repartir la carga de la prueba atendiendo al criterio de facilidad probatoria. La presunción de inocencia orienta toda la actividad probatoria, suficiente o insuficiente. Solo se puede condenar si no se tiene dudas razonables, porque si se las tiene el Juez debe absolver. Ésta es la orientación, el mandato que debe seguirse en la valoración de la prueba. Si el Juez no estima que no tiene pruebas suficientes ni para declarar la inocencia ni para declarar la culpabilidad, debe absolver [NIEVA].

Cuando se denuncia la vulneración de esta regla de juicio (*in dubio pro reo*), el Tribunal Supremo debe analizar si de la prueba examinada por el *Iudex a quo* en la sentencia recurrida, éste concluyó por la condena en base a un razonamiento que pueda considerarse suficiente respecto del juicio de culpabilidad declarado, es decir, que lo explicado o justificado —sin realizar un nuevo análisis crítico de la prueba practicada— no tenga lagunas o quiebres argumentales que permitan abrigar dudas razonables de la convicción judicial acerca de la culpabilidad del acusado, quien por tal razón debió merecer una absolución. Corresponde al Tribunal Supremo, entonces, determinar si el *Iudex a quo* se inclinó, al momento de la sentencia, por la opción más razonable, y si son igualmente plausibles la opción de la culpabilidad como la de la inocencia, sin absolvió como correspondía.

Por último, queda claro, como ha precisado la STSE 87/2020, de 3 de marzo, que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional de inobservancia de la garantía de presunción de inocencia no

está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de dicho Tribunal por la del recurrente o por la de la Sala de Casación, siempre que el Tribunal de apelación haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

7.2.3. Motivación

7.2.3.1. Ámbito de la motivación

La sentencia es la decisión que pone fin al proceso, por tanto, se exige como requisito formal una fundamentación sólida y reflexiva, en la que se debe poner en conocimiento la norma y los criterios de razonabilidad destinadas a valorar el conjunto de pruebas. Si ello no es así, constituye una denegación a la justicia [MORENO RIVERA]. Por tanto, se exige que el Tribunal resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, razonadamente, pero no solo de forma interna, sino expresando externamente el razonamiento. No basta que exista actividad probatoria. En sede de casación, por tanto, corresponde realizar un control sobre la suficiencia cuantitativa y, también, cualitativa de la motivación fáctica.

La motivación debe abarcar: **a)** la fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; **b)** la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, **c)** la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. La motivación puede ser escueta siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico (STSE 509/2005, de 22 de abril). La extensión de la motivación dependerá de las circunstancias del caso concreto (STSE 59/2003, de 22 de enero). La mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas (STSE 1192/2003, de 19 de setiembre).

La motivación está sujeta a requisitos. Ha de respetar cierta forma y debe tener cierto contenido. La forma comprende lo relativo al modo de emisión de la sentencia (deliberación, votación, escritura y lectura) y al modo de emisión de los votos. El contenido importa que la resolución ha de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica [DE LA RÚA].

Aspectos vinculados al control de la motivación:

- A.** La ausencia total de motivación o falta de motivación es constitucionalmente relevante —falta del todo la exposición sobre los motivos sobre un punto de la decisión: carencia formal de un elemento estructural de la resolución—, en la que se incluye, por ejemplo, la mera enunciación de la prueba en la sentencia, a modo de índice, sin analizarla. Se trata, en rigor, de la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho; la cual ha de ser la no consignación de las razones que determinan al juez a declarar una concreta voluntad de la ley que aplica ni razonar sobre los elementos introducidos en el proceso; como tal, puede ser total o parcial, según que falte la motivación para todas las cuestiones relevantes o que el defecto sea atinente solo a una o alguna de ellas [DE LA RÚA, SABATINI]. También lo es la insuficiencia de la motivación, que se presenta cuando la aludida motivación no tenga en cuenta todos los extremos que la Ley obliga a tomar en consideración, no resuelve todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio; la motivación imperfecta o defectuosa, desde luego, es ajena a este vicio. Asimismo, la incongruencia de la motivación trae su causa en ese supuesto, que tiene lugar cuando la motivación no guarda relación con la temática planteada por las partes y a la que debe referirse el fallo —mera existencia formal de argumentaciones, pero realmente inexistentes para el caso concreto—. En síntesis, se presenta cuando no se exponen las razones probatorias ni los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión de la sentencia [MORENO RIVERA].

Así, por ejemplo, para que la narración histórica de una sentencia absolutoria se ajuste a las exigencias de plena motivación debe declararse probada una resultancia que constituya adecuado soporte fáctico, bien de la atipicidad de dichos hechos, bien de la concurrencia de alguna causa de exclusión del injusto, bien de la ausencia de participación en tales hechos por parte del imputado, o bien, finalmente, de la no deducción de la culpabilidad de ellos.

- B.** La motivación también ha de ser lógica o razonable. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está en cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El Tribunal de Casación, en este caso, custodia la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación

de la sentencia, verificando si en su fundamentación se ha observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

El juez debe expresar no solo el *iter* lógico seguido por el juez, sin saltos ni lagunas, sino también debe hacerlo sin contradicciones –esto es, cuando dos o más partes de la motivación son incompatibles entre sí, o cuando la motivación es incompatible con la parte dispositiva-. La sentencia es una estructura lógica, en ella el juez arriba a una conclusión de certeza: hecho-participación-imputabilidad-culpabilidad. Los razonamientos armónicos deben estar exentos de violaciones a las leyes del pensamiento. La logicidad entraña la observación de las reglas lógicas y de la experiencia, así como los principios de la psicología; es una cuestión jurídica, referida a la naturaleza jurídica de un hecho. El control, en este caso, se refiere al procedimiento exterior que conduce a la formación del convencimiento del juez, a la coherencia lógica del razonamiento [LEONE].

En este ámbito, por consiguiente, la función de la casación penal será la de controlar el juicio de valoración en la apreciación de la prueba; si esta, expresada en la motivación, se corresponde con criterios racionales. No comprende la revaloración del material probatorio, solo su aptitud lógica. La contradicción debe manifestarse entre dos partes del mismo hecho probado, de manera que la contradicción no permita conocer el razonamiento judicial sobre los hechos esenciales [NIEVA].

La logicidad debe respetar las leyes del pensamiento: coherencia y derivación (concordancia o conveniencia entre sus elementos, y que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado), y los principios lógicos de identidad, contradicción, tercio excluido –deducidos de la ley de coherencia–, y razón suficiente –deducido de la ley de derivación–.

- Identidad: cuando en un juicio el concepto sujeto es idéntico al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero.
- Contradicción: los juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos verdaderos.
- Tercio excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos: uno es verdadero y ninguno otro es posible.
- Razón suficiente: que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad.

- C.** Más allá de las reglas de la lógica formal, en la selección de las pruebas incorporadas debe aplicarse los principios de la psicología: los testigos no se cuentan, se pesan. También deben aplicarse las reglas de la experiencia, que son nociones de dominio común, verdades indiscutibles, que incluye el hecho notorio [González /Figueroa].

Se trata, entonces, de controlar la racionalidad del juicio histórico del Tribunal de Apelación, que debe hacer su juicio histórico fundándose en la razón, las pautas normales del comportamiento humano y el manejo de las máximas de experiencia [CORTÉS].

- D.** Se discute si constituye un vicio de ilogicidad de motivación si existe una notoria y manifiesta –sin lugar a dudas ni a interpretaciones diversas– contradicción, no ya entre varias partes de la motivación, sino entre la motivación y la clara y no opinable realidad procesal, referida a un hecho decisivo para el juicio. La desviación absoluta entre resultancias procesales y reconstrucción del hecho no constituye una prohibida indagación de hecho sino un supuesto de contradicción interna del fallo.

Constituyen requisitos necesarios de una contradicción en el relato fáctico de la sentencia:

- i.** La contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre el hecho que se afirme y otro que también se sostenga. Se trata de una contradicción en sentido propio, gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implica necesariamente la negación del otro de modo irreconciliable y antitético. No es una mera contradicción ideológica o conceptual.
- ii.** La contradicción debe ser insubsanable, pues aun a pesar de la contradicción material, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia. Es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.
- iii.** La contradicción debe ser interna, en el hecho probado. No cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. La contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos.
- iv.** La contradicción ha de producirse respecto de algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la

resolución no existirá el quebrantamiento de forma –con relevancia constitucional–.

- v. La contradicción debe ser esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío que determine la falta de idoneidad del relato para llevar de soporte a la calificación jurídica debatida (STSE 408/2006, de 12 de abril). Un precepto constitucional puede ser lesionado por:
- Inobservancia: omisión en su aplicación. No aplicación del precepto en los casos en que debiera aplicarse. El juez no lo considera aplicable al caso juzgado.
 - Indebida o errónea aplicación. La norma invocada no ha sido justamente aplicada por una inexacta interpretación de su contenido. Se produce una interpretación equivocada, desacertada o errónea del precepto constitucional.

7.2.3.2. Recurso de casación y motivación fáctica. Adiciones

A. Datos necesarios

El recurso de casación nacional reconoció como un motivo específico de casación, integrante de la *pretensión casacional* –la *causa de pedir* y la *petición*– la violación de la garantía de motivación, de típica relevancia constitucional. Su fuente es el artículo 606, apartado 1, literal e), del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988. Recuérdese que la exigencia de una sentencia fundada en derecho integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía genérica de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.), y que la motivación, además, ha sido prevista como una garantía específica (artículo 139.5 Const.).

La Ley Fundamental fue muy precisa al considerar el requisito interno de las resoluciones judiciales. Exigió que éstas, *formalmente*, han de ser escritas (con la intención de que su contenido se mantenga inalterable y sea susceptible del análisis tanto-recursal como social); y, *materialmente*, han de incorporar los fundamentos de hecho en que se sostengan y han de hacer mención expresa de la ley aplicable, es decir, han de estar *motivadas*. En buena cuenta, la Constitución ordena que la resolución judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente, en todas y cada una de las instancias.

La **motivación**, como imperativo constitucional, comporta, entonces, como mínimo, acota IGARTUA SALAVERRÍA, dos consecuencias relevantes: **1.** Es de una obligatoriedad universalizada; el deber de motivar es indisponible. **2.** Representa un principio jurídico político de controlabilidad, no solo institucional o burocrático (mediante los recursos), sino generalizado y difuso o democrático, pues va dirigida, no solo a las partes, sino también al público.

A partir de este enfoque, el artículo 122, inciso 3, del CPCivil (Ley Procesal Común), de 4-3-1992, señaló: **A)** desde una perspectiva **formal**, que las consideraciones de la resolución deben expresarse en un orden numérico correlativo, así como, la sentencia, específicamente, debe contener la separación de sus partes **(i) expositiva** –relato de la pretensión, de la resistencia y del itinerario del procedimiento–, **(ii) considerativa** –argumentación racional en clave lógica, como coherencia formal del razonamiento, y en clave propiamente jurídica, como incorporación de los elementos y razones de juicio (*ratio decidendi*) que permita conocer cuáles han sido las premisas, debidamente existentes y correctamente formuladas, de las que parte, y los criterios jurídicos que la fundamentan– (STCE 75/2005, de 4 de abril), y **(iii) resolutive** (artículo 122, inciso 7, 3er párrafo, CPCivil); y, **B)** desde una perspectiva **material**, que debe comprender los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos [fundamentos] de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

El artículo 12 del TUO de la LOPJ, aprobado por Decreto Supremo 017-93- JUS, de 2-6-1993, (la LOPJ fue aprobada por Decreto Legislativo 767, de 4-12-1991), agregó un dato relevante para los jueces de apelación. Instó una motivación propia, es decir, una resolución que se pronuncie sobre los motivos de impugnación. Mencionó que *"[...] la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente"*. Tal disposición se incluyó en la reforma operada por la Ley 28490, de 12-4-2005.

Empero, el artículo 142 del TUO de la LOPJ, no modificado, para el caso de la Corte Suprema, acotó que *"[...] si el fallo se dicta de conformidad con el dictamen fiscal en el caso que proceda, los fundamentos del mismo se consideran como su motivación; si se resuelve con lo expuesto por el Fiscal, es indispensable consignar la fundamentación pertinente.- En todo caso, el fallo contiene el análisis de las cuestiones en debate y de los argumentos del impugnante"*. Este precepto, sin embargo, solo podría tener sentido cuando el fiscal interviene como "auxiliar ilustrativo" de la Corte, no cuando en la causa el Ministerio Público ha sido parte.

Ahora bien, desde una perspectiva temporal y especial –la LOPJ, sus disposiciones procesales, solo se aplican supletoriamente, conforme a la 23.ª Disposición Final, a las normas procesales específicas–, es obvio que toda resolución, salvo claro está los decretos, debe cumplir con lo que exige la Constitución y el artículo 122, inciso 3, CPCivil.

Por lo demás, el artículo 123.1 CPP, de 2004, norma específica o especial en materia penal, estatuye que las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener **(i)** la exposición de los hechos debatidos, **(ii)** el análisis de la prueba actuada, **(iii)** la determinación de la ley aplicable y **(iv)** lo que se decide, de modo claro y expreso. En lo concerniente a las sentencias, el artículo 393.3 CPP, formalmente, dispone la inclusión de siete puntos (cuestiones incidentales, hechos y circunstancias fácticas adicionales, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, calificación legal del hecho cometido, individualización de la sanción penal, pena o medida de seguridad, consecuencia accesoria, reparación civil, y costas); mientras, el artículo 394 CPP, estipula, materialmente, la incorporación de las pretensiones y, en especial, la motivación de los hechos y valoración de las pruebas, así como la expresión de los fundamentos de derecho (artículo 394 CPP).

B. Motivación y casación

Esta generalidad de la motivación; es decir, que se expresa en todas y cada una de las instancias o grados de la jurisdicción–, tiene un significado autónomo a propósito de las sentencias de la Corte Suprema sobre la base de la función de guía unificadora que aquellas deben realizar. La motivación en este nivel jurisdiccional es trascendente, primero, porque sus sentencias sirven como precedentes jurisprudenciales que tienen de facto autoridad, si y en la medida en la que contengan la explicación y la justificación de la solución interpretativa que se adopta; y, segundo, porque permiten la identificación del principio de derecho destinado a valer para el juicio de reenvío [TARUFFO].

Así las cosas es posible sostener dos bloques de afirmaciones:

Primer bloque. Destacan dos ideas fuerza. **1.** Que la motivación consiste en justificar una decisión mediante argumentos jurídica y racionalmente válidos –solo cuentan las razones valorables en sí mismas–. **2.** Que los requisitos de la motivación, desde WRÓBLESWSKI, son de carácter interno y externo; el primero, interno, exige que el juicio haya sido correctamente inferido de las premisas, de la cadena de opciones, que lo sustentan –la corrección de las premisas es lo relevante–; y, el segundo, externo, requiere que' el juicio sea **(i)** congruente (y, a

fortiori, no contradictorio), esto es, que todos los argumentos sean recíprocamente compatibles, **(ii) completo**, vale decir, que se motiven todas las opciones que influyen en la decisión final para uno u otro sentido; y, **(iii) suficiente**, o sea, que las opciones han de estar justificadas adecuadamente, especialmente las premisas que no son obvias, que son inhabituales [IGARTUA SALAVERRIA].

Segundo Bloque. La concepción racionalista de la motivación asumida conforme al primer bloque, para la cual motivar es justificar la decisión, es la expresión o discurso lingüístico de las razones que justifican la decisión adoptada en el sentido de WROBLESWSKI. Ahora bien, tratándose de las premisas fácticas, éstas deben ser verdaderas, y lo serán si existen en la causa elementos de juicio suficientes a su favor que atribuyen a la hipótesis sobre los hechos un grado de probabilidad inductiva que supere el estándar de prueba legalmente exigido. Y, respecto de las premisas normativas, es claro que no puede exigirse que sean verdaderas, pues no son susceptibles de valores de verdad, por lo que se ha de acudir a la noción de validez o con mayor propiedad a la de aplicabilidad según el ordenamiento jurídico correspondientes; luego, las premisas normativas han de estar correctamente seleccionadas, y lo serán si y sólo si las normas que se incorporen en la decisión judicial son aplicables al caso [FERRER].

La motivación, en cuanto es casacionalmente relevante, se expresa en lo siguiente:

Primero, tanto en el ámbito de la declaración del hecho objeto del proceso penal cuanto de la interpretación y aplicación del Derecho penal aplicable. Esto es, motivación táctica, en función a la *quaestio facti*, y motivación jurídica, en función a la *quaestio iuris*.

Segundo, la infracción normativa –en el caso de la motivación– solo será determinante cuando el error importa una decisión que no se ajusta a derecho (artículo 397, *in fine*, CP Civil: "La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivado, si su parte resolutive se ajusta a derecho. Sin embargo, debe hacer la correspondiente rectificación"); esto es, como estatuye el artículo 432.3 CPP: "Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causal nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria" –la fuente más directa es el artículo 619.1 del Código de Procedimiento Penal Italiano–.

Tercero, el error jurídico en materia casacional estriba en la presencia de un defecto constitucional de la motivación, .no cuando se denuncia un simple error (error inocuo) o se censura una motivación equivocada o injusta; la casación solo examina infracciones normativas, no revalora los medios de prueba.

El **antecedente** de estas consideraciones está en la función asignada a la Corte Suprema a través del recurso de casación. Ésta no solo tiene establecido el control sobre el grado de coherencia lógica de la motivación, sino va ínsita en su función llamada nomofiláctica o nomoprofilaxis y de unificación de la jurisprudencia (vid.: artículo 384 CPCivil), al que se asocia el papel fundamental de la propia Corte. El control nomoprofiláctico, desde luego, sólo puede ejercerse cuando la sentencia revisada contiene el razonamiento interpretativo, es decir, cuando se encuentre motivada. Existe, pues, una conexión entre la obligación de motivación y el control de legalidad por parte de la Corte Suprema, en tanto que la obligación de motivación es el instrumento que sirve para garantizar que el control de legalidad sea posible [TARUFFO].

La **motivación fáctica**, incide, respecto de la parte considerativa de la resolución, en los denominados por nuestra legislación "fundamentos de hecho"; esto es, en la declaración de los hechos objeto del debate -si están probados o no-, para lo cual inevitablemente se aprecia el **material probatorio**.

Dos momentos tiene este paso.

Primero, la determinación de los medios de prueba pertinentes o relevantes en relación al *thema probandum* y la inutilización de la prueba ilícita (cuyo efecto es la exclusión probatoria) -siguiendo a CARNELUTTI, obtención de la fuente de prueba y actuación del medio de prueba-.

Segundo, la apreciación de los medios de prueba, que importa, primero, la actividad de **interpretación** o **traslación** de los mismos (qué dice o informa el medio de prueba); y, segundo, la **valoración** (operación intelectual que exige determinar la eficacia del material probatorio, su fiabilidad, y el aporte informativo que presenta desde la perspectiva de un análisis individual de cada medio de prueba y, acto seguido, uno conjunto o contextual de la totalidad de la prueba relevante).

Una **prevención**. Es de entender, con MARINONI, lo siguiente. **1.** Que los "**hechos del caso**" son indispensables para la interpretación del derecho. Si se quiere absolver el grado y, más aún, dictar un precedente determinado, es necesario tener presente las circunstancias concretas sobre las cuales la resolución de la cuestión de derecho opera, pues sitúa la cuestión jurídica en un específico contexto, indispensable para comprender cómo el texto de la ley fue interpretado. **2.** A su vez, que los "**hechos del caso**" pueden ser encuadrados en categorías o grupos, lo que depende de la comprensión del lenguaje, de los conceptos jurídicos, de la cultura y de los valores que lo determinan. Por tanto, a los efectos

casacionales, antes de iniciar el análisis del recurso, el Tribunal Supremo debe delimitar las circunstancias fácticas en donde la decisión recae, dejando claro el caso que desea revolver.

C. Declaración de hechos probados. Control casacional

De otro lado, como ya se indicó, la declaración de los hechos está sometida a reglas, a prescripciones, fijadas por el derecho probatorio (con carácter general: artículos II y VIII del TP, 155/158, 392, 393.1 y 2, y 394.3 CPP: nueve artículos). Éstas tienen carácter imperativo y su incumplimiento trae aparejado sanciones procesales.

Desde una perspectiva constitucional, son dos las garantías que lo informan:

1. Presunción de inocencia, en su ámbito de reglas sobre el juicio de hecho. Este ámbito comprende tanto reglas de prueba cuanto una regla de juicio. La primera, requiere: (i) prueba formal –legalmente configurada y actuada con contradicción e inmediación en el plenario, con la aceptación limitada de la denominada prueba sumarial (anticipada y preconstituida), (ii) prueba ofrecida por la acusación, (iii) prueba inculpatoria o de cargo referida a todos los elementos esenciales del delito, (iv) prueba lícita, y (v) prueba suficiente. La segunda, está referida al estándar de prueba más allá de toda duda razonable o de verosimilitud objetiva, *in dubio pro reo*. Esta garantía indica los presupuestos probatorios para una correcta declaración de los hechos, para su verificación.

2. Motivación. Ésta ha de ser (i) existente, (ii) completa, (iii) suficiente, (iv) pertinente, (v) precisa y categórica o concluyente, y (vi) racional respecto de las inferencias probatorias. Esta garantía define cómo debe explicarse y explicitarse, en concreto, la argumentación fáctica.

El control casacional del juicio de hecho es compatible con el rol asignado a la Corte Suprema. La exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso probatorio del juez con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal [ANDRÉS]; legalidad que se expresa como garantía en los tres clásicos brocardos: *nula poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena et nullum crimen sine iudicio*. Se trata, según se apuntó anteriormente, de un área determinada por las normas legales, lo que es un postulado de todo sistema que se base en el principio de legalidad [WRÓBLESWSKI].

Como ya se tiene reconocido, no todo el componente del juicio jurisdiccional recae en el **juicio de derecho**, de carácter deductivo. También existe la lógica inductiva, que se centra en la adecuación del **juicio de hecho** – este juicio, acota TARUFFO, tiene una naturaleza fundamentalmente inferencial y corresponde que el juez racionalmente justifique la labor de verificación de los hechos–. Es decir, sobre la carencia de confirmaciones (o pruebas) por *modus ponens* o sobre la presencia o no *experimentación de contrapruebas por modus tollens* [FERRAJOLI]. La observancia de las leyes del razonamiento es inmanente a la apreciación de la prueba [WALTER]. Los jueces deben ofrecer una justificación intersubjetivamente verificable.

En **casación**, entonces, la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 429.1 CPP: artículos 2.24.e de la Constitución y II TP del CPP) y por medio del examen de la motivación (artículo 429.4 CPP: artículos 139. 3 y 5, de la Constitución y 158, 393, 394 y 397 del CPP –este último artículo incluye la congruencia, como un principio que integra el derecho a una sentencia fundada en derecho, derivada de la garantía genérica de tutela jurisdiccional– del CPP).

En el primer ámbito –presunción de inocencia– el Tribunal Supremo solo controla la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. A nivel de **suficiencia**, solo se controlará si, a la vista de la motivación de la Sala Superior efectuada del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la declaración de los hechos probados es más improbable que probable (STCE 123/2006, de 24 de abril). No es posible, en este ámbito –en la presunción de inocencia–, dilucidar cada elemento probatorio, sino realizar un examen general y contextualizado de la valoración probatoria (STCE 124/2001, de 4 de junio). No se decide el hecho, solo control que su declaración ha sido jurídicamente correcta (STSE 162/2019, de 26 de marzo).

En el segundo ámbito –**motivación**– el Tribunal Supremo controla, dos niveles.

Primer nivel. Que la motivación sea **(i)** existente, **(ii)** no incompleta – completa en lo esencial, no necesariamente pormenorizada y exhaustiva a todos argumentos o alegaciones empleados por las partes para apoyar tales pretensiones, pudiendo bastar una con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de algunas alegaciones concretas no sustanciales (STCE 99/1999, de 31 de mayo)–, **(iii)** suficiente, y **(iv)** que no sea aparente –motivación impertinente, motivación vaga o

genérica, motivación hipotética o dubitativa—. Se requiere, en suma, que el conjunto de la motivación incorpore las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, bastando que cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STCE 128/2002, de 3 de junio).

Segundo nivel. Que la motivación sea racional. Se trata de una motivación que, al valorar los medios de prueba pertinentes y útiles, respete las reglas de la sana crítica racional (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos) (artículos 158 y 393.2 CPP).

1. Conocimiento científico es el saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable sobre la realidad. Se trata de saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina y que por regla común son conocidos de un modo general por los legos.

2. Leyes de la lógica, del pensamiento lógico formal, que utiliza la inferencia o deducción y que consiste en la combinación de dos proposiciones, llamadas premisas, que causan una conclusión como consecuencia de aquellas. Se trata de cuatro principios. Siguiendo a COUTURE, son los principios de **identidad** (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de **no contradicción** —una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí—; de **razón suficiente** (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia —razón suficiente para existir—); y, de **tercero excluido** (si una cosa solo puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a los dos precedentes).

3. Máximas de la experiencia, son juicios fácticos que descansan en la experiencia humana. Son normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie. Expresan nociones de sentido común.

El examen casacional de la motivación, como garantía procesal, no comprende la denominada "*motivación errónea*". No se deriva de esta garantía un derecho de los justiciables al acierto de las sentencias. Sólo se exige que no se trate de una motivación, amén de incongruente, que sea omitida, incompleta, insuficiente, hipotética o dubitativa, impertinente, vaga o genérica e irracional.

D. Efectos del defecto de motivación

Finalmente, ¿Cuál es el efecto de una sentencia que no cumpla con las exigencias de motivación antes indicada? Se puede sostener que como la motivación es un requisito de forma de las resoluciones (autos y sentencias), su afectación genera únicamente una sentencia rescidente. La respuesta estará, en todo caso, condicionada, al nivel o entidad del error o defecto de motivación. El principio de trascendencia marcará la tónica y la necesidad de establecer si se produjo o no indefensión material.

Es obvio que ante un vicio de motivación como la motivación omitida y la aparente no cabe otra opción que proceder a una casación con reenvío. Pero ante una motivación incompleta e insuficiente es posible, según la entidad del vacío, y siempre que exista una válida línea de argumentación que pueda seguirse, que se podrá censurar la sentencia y solo limitarse a completarla o corregirla. De igual forma cabe proceder en los casos de motivación irracional o ilógica; todo depende de la magnitud del error y si el razonamiento en su conjunto está comprometido o no.

7.3. Casación procesal: quebrantamiento de forma

7.3.1. Alcance

Consiste, en general, en la infracción de normas procesales —aquellas que establezcan o determinen una forma procesal (requisitos que debe cumplir un acto), de acatamiento imperativo, cuya violación sea expresamente prescripta bajo alguna sanción: caducidad, preclusión, inadmisibilidad o nulidad—, tanto las que prescriben el rito establecido para obtener la sentencia o para llegar a ella, en tanto ocasionen indefensión —vicios *in procedendo*—, cuanto las que se refieran a la deficiencia estructural de la decisión (normas procesales reguladoras de la sentencia) —vicios *in iudicando*—; el primero es el denominado *error in procedendo* (es decir, en la tramitación del proceso), y el segundo es el denominado *error in iudicando* (al resolver el asunto) [BANACLOCHE]. Todos los quebrantamientos de forma tienen su fundamento en la indefensión que produce a la parte el vicio procesal que se denuncia. Es trascendental, por tanto, que se cause una real y efectiva indefensión a la parte [MARTÍNEZ].

No debe perderse de vista que no toda incorrección procesal implica, de modo automático, quebranto de la tutela jurisdiccional ni tiene acceso indiscriminado a la casación. Esto último permite sostener que las lesiones de

normas del procedimiento que están previstas únicamente a favor del acusado, tales como la necesidad de defensa o el derecho a la última palabra, no pueden ser hecha valer por la Fiscalía con el fin de obtener la anulación de la sentencia en perjuicio del acusado [ROXIN].

7.3.2. Infracción de las normas sobre el régimen de los actos procesales

En este supuesto se estará, por ejemplo, cuando se denieguen indebidamente diligencias de prueba –en tanto sea pertinente, necesaria y posible, que son requisitos materiales [GIMENO]–; cuando no se cite a las partes para una diligencia o acto esencial, cuando no se suspendió el juicio oral pese a que debía hacerse para garantizar el derecho a la prueba pertinente y el derecho a la tutela jurisdiccional –el no comparecido haya sido citado; que el tribunal, antes de pronunciarse, haya oído a las partes; que el acuerdo sobre el mismo, con las razones, conste en el acta del juicio; que existan elementos suficientes para juzgar separadamente a los acusados; que tal decisión no cause indefensión a los acusados comparecidos (STSE de 07-07-03)–; o cuando intervino un órgano judicial objetivamente incompetente. Salvo el literal d del artículo 150 CPP, que por razones de especialidad es un motivo de casación constitucional, rigen los supuestos previstos en los literales a, b y c de dicho precepto ordinario. No es indispensable, en este caso, admitir toda la diligencia de propuesta de prueba o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento ante la imposibilidad actual de la práctica de la prueba, por el contrario, la pertinencia sobre la admisión o la suspensión ha de ser objeto de ponderación de decisión del Tribunal entre el derecho a la defensa y la pertinencia de la prueba, así como la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora [MARTÍNEZ]. Es de precisar que la omisión de citación al juicio oral encuentra su sustento en asegurar la correcta celebración del juicio oral con todas las partes, con la finalidad de evitar la indefensión de los que, aún con la condición de parte en el proceso, no fueron citados en el contradictorio [MARTÍNEZ].

7.3.3. Infracción de las normas reguladoras de la decisión

En este supuesto se incluyen motivos tales como los de:

- A. *Predeterminación del fallo.* Se circunscribe a la utilización en la narración fáctica de frases descriptivas del tipo legal que tengan carácter eminentemente técnico jurídico, cuya supresión produzca un vacío que no se pueda sustituir con un razonamiento lógico; esto es, cuando los conceptos jurídicos sustituyen a los hechos, de suerte que falta la premisa menor del razonamiento o

juicio correspondiente. Tiene que tratarse de palabras o frases propias de fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que produce indefensión; es decir, de expresiones técnicas -jurídicas no pertinentes al lenguaje común, sino reservados para la comunidad jurídica [MARTÍNEZ]. La descripción del hecho se reemplaza por su significación, se utilizan expresiones no compatibles en el uso del lenguaje común, cuya eliminación dejen el hecho histórico sin base alguna (STSE n.º 75/1997, de 24 de enero).

Falta de claridad en la narración de los hechos de la sentencia que impidan su comprensión. Sucede cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa o imprecisa, de modo que, por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarlos en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o dubitativa, puede conducir a subsunciones alternativas. En este caso el tribunal emplea expresiones ininteligibles u oscuras que hacen difícil la comprensión del relato o incurre en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de hechos, al punto de generar una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica (LUZÓN PEÑA). Ello implica que la redacción de la sentencia contenga el hecho probado que conduce a la absolución o condena, sin que exista imprecisión en la expresión de los hechos declarados probados y por ende impida su comprensión [MARTÍNEZ]. Este motivo también incluye la omisión de hechos probados, en tanto ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido (STSE n.º 1061/2005, de 30 de setiembre).

- B.** *Infracción del principio de respuesta integral del fallo.* Se infringe el deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, descendiendo a todos y cada uno de los extremos planteados y dando respuesta, positiva o negativa, a los mismos. Se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones sostenidas por las partes. Tres son los requisitos para su apreciación: **1.** Que la omisión o silencio verse sobre cuestiones o pretensiones jurídicas —que no sobre argumentos jurídicos, cuya omisión no altera los términos del debate—, en consecuencia, están excluidos los problemas de hecho; **2.** Que las pretensiones se hayan formulado en el momento procesal oportuno, de suerte que se estima inexistentes pretensiones planteadas fuera de las previsiones legales que las regulan; y **3.** Que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o manifiesto, ya de modo indirecto o implícito.
- C.** *Emisión del fallo por menor número de jueces al legamente previsto o sin la concurrencia de votos necesarios.* A este respecto debe tomarse en cuenta lo previsto, de un

lado, en el artículo 392.4 CPP, y, de otro lado, las normas pertinentes de la LOPJ, entre ellas, los artículos 38.2 141, 144 y 145. Se trata de respetar un requisito trascendental, cuyo momento procesal se ve materializado al dictarse la sentencia. Es un defecto en los presupuestos procesales y en la composición del órgano sentenciador [MONTÓN REDONDO].

La congruencia de la sentencia, ubicable en este motivo casacional, en relación con el principio acusatorio exige que se cumpla con (i) un elemento objetivo: el hecho por el que se acusa, o lo que es lo mismo, el conjunto o complejo de elementos fácticos que sustentan la realidad de la existencia de la concreta y pasada infracción delictiva, en vida y perfección con sus circunstancias modificativas; y, (ii) un elemento subjetivo, consistente en la participación del acusado en tal hecho –que es lo que le confiere su legitimación pasiva– (STSE 223/1994, de 5 de febrero).

Se excluyen los hechos que no han sido objeto de consideración por la acusación (STSE 1666/2000, de 27 de octubre). De otro lado, el Tribunal, sin variar los hechos causados, es posible que condene por un delito distinto, siempre que sea homogéneo con el delito acusado y que condene más gravemente que lo que legalmente corresponda, ni apreciar circunstancias agravantes ni grados de ejecución superiores a los que la acusación haya expresado –esas son las limitaciones al principio de legalidad penal– (STSE 1073 1073/1998, de 29 de setiembre). El objeto procesal no es, pues, un crimen, sino un *factum* (STCE 43/1997, de 10 de marzo). Se entiende que el juicio de congruencia está referido a la acusación oral, no a la escrita (STSE 1093/2002, de 11 de junio).

En cuanto a determinados cambios o modificaciones, no vulnera el principio de congruencia: (i) la inclusión de detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato –periféricos, no esenciales e, incluso, no determinantes de ningún cambio del efecto jurídico–, la identidad y correlación no ha de ser estrictamente matemática (SSTSE 5592/1998, de 23 de junio, y 2084/2001, de 13 de diciembre); y, (ii) la determinación en la sentencia de un elemento subjetivo del tipo legal no incluido en la acusación, en tanto que se trata de una inferencia que debe alcanzar el tribunal a partir de los hechos objetivos –en estos casos, por lo general, la prueba de cargo se reconduce a la verificación de la corrección de la estructura lógica de la inferencia, lo que constituye un debate más jurídico que fáctico (STSE 2084/2001, de 13 de diciembre). En todo caso, cuando la defensa propone un tipo subjetivo alternativo, que es el acogido por la

sentencia, no existe lesión por esa circunstancia (STSE 1875/2003, de 14 de febrero).

El concepto de “homogeneidad” –es una categoría con claras implicaciones sustantivas, pero destinadas a cumplir un papel eminentemente procesal (STSE 1109/2004, de 5 de octubre)– importan modalidades distintas pero cercanas de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo –el condenado– en el tipo delictivo objeto de acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse, en el sentido de que aquellos elementos no comprenden solo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen y que no podrían bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo acusado cuando esa genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno frontal acerca de su concurrencia (SSTCE 35/2004, de 8 de marzo; 225/1997, de 15 de diciembre; y, 4/2002, de 14 de enero).

7.3.4. Valoración

El quebrantamiento de normas y de garantías procesales, por su esencialidad, no es susceptible de subsanación, y debe acarrear la declaración de nulidad respectiva, que solo recaerá cuando se haya producido indefensión, valorada según las circunstancias de cada caso. Se trata, en principio, de las denominadas por el CPP nulidades de carácter absoluta, cuyos vicios no pueden ser saneados [CARRIÓN].

El análisis del quebrantamiento de forma, desde luego, no impide interpretar los “hechos del proceso” –diferente a la indagación, prohibida, de los hechos de la causa y de la valoración interna de las pruebas sobre ellos, propio de un recurso ordinario–. Se entiende por “hechos del proceso” los acontecimientos procesales cuya regularidad o irregularidad puede corresponder controlar en función de las normas jurídicas que los estructuran como actos del proceso y determinan sus diversas circunstancias de manera imperativa [CLARÍA].

7.4. Casación sustantiva: Infracción de ley material

7.4.1. Análisis

El juez, ante una determinada situación fáctica, debe elegir la norma a aplicar, de tal manera que el hecho se adecue en la descripción típica; empero,

el proceso de selección puede resultar errado [MORENO RIVERA]. Es considerado el motivo más genuinamente casacional: *error iuris*, pues afecta el razonamiento jurídico que debe hacer el órgano judicial (en la hipótesis que contiene el artículo 229.3 CPP media siempre, y exclusivamente, un *error iuris*).

Su estimación requiere tres condiciones: **1.** Respeto a los hechos probados, a partir de los cuales se realiza el juicio de subsunción normativa; lo que se discute es si el juicio penal se ha llevado a cabo a razón del resultado del juicio histórico que contiene la sentencia [CORTÉS], por lo que no se puede hacer cuestión de la certeza de los hechos al socaire de la denuncia de una infracción penal. **2.** Violación de una norma jurídica –una interpretación más amplia permitiría utilizar el término: *fuentes del derecho*, con exclusión de la jurisprudencia que tiene una vía propia, y así comprender la costumbre, ampliada por la Constitución en atención a la pluriculturalidad del país, y los principios generales del derecho–, defecto que comprende tanto su no aplicación como su aplicación incorrecta. **3.** La norma infringida debe ser un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica –no penal– del mismo carácter, sustantivo, que deba ser observada en la aplicación de la ley penal (así, en el caso de tipos penales que se complementan por heterointegración con una norma administrativa, la infracción de ley alcanza a la norma administrativa de carácter sustantivo que complementa el tipo).

Una concepción más amplia cabe aún. Es posible que se invoquen por este motivo todas aquellas normas que se deben tener en cuenta para la determinación del hecho. Ellas deben considerarse como normas sustantivas, que deben ser observadas en la aplicación de la ley [BACIGALUPO].

El que la casación material comprenda normas no penales ha sido aceptado a partir de lo que dispuso el artículo 524.1 del Código Italiano de 1930, que incluyó en el término tanto aquellas normas que sirven para la aplicación de la ley penal –y principalmente, las que, aun teniendo carácter civil o administrativo, integran normas penales que son en sí mismas incompletas y, por ello, inaplicables sin la integración: “normas penales en blanco”–, como aquellas otras que deben observarse con ocasión de la aplicación de la ley penal –principalmente, a causa de la acumulación fundada en la conexión de la acción civil: las normas del derecho civil que regulan las obligaciones *ex delicto*– [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

La denuncia de este motivo casacional requiere que exista una adecuada correlación entre el precepto procesal que se alegue para amparar este recurso, el

precepto sustantivo infringido y el fundamento que se exponga para defenderla tesis que se argumenta, todo lo cual implica además la necesidad de explicitar y fundamentar suficientemente la mencionada correlación.

Por lo demás, en este apartado resulta imprescindible el respeto a tres criterios básicos: **1.** El recurso debe dirigirse contra el fallo, y no contra los fundamentos de derecho; **2.** No debe entremezclarse la aplicación indebida de un precepto sustantivo con la interpretación errónea, pues son cuestiones diversas que precisan de formulación separada; **3.** No cabe plantear cuestiones nuevas no aducidas en segunda instancia, pues de lo contrario se quebrantarían los principios de igualdad, contradicción, lealtad y buena fe [RIEÁ/RICHARD/RIAÑO], salvo que los presupuestos de la impugnación novedosa consten entre los hechos probados en la sentencia cuestionada, de modo que pueda considerarse que forma parte de la voluntad impugnativa expresada por la parte recurrente (STSE de 30-03-00).

Es de referirse a una posible causa de desestimación aun cuando el motivo invocado tenga fundamento, sustentada en el denominado “principio de pena justificada”, en cuya virtud, por falta de practicidad del recurso, aceptándose el error del *iudex a quo* correspondería a final de cuentas la misma pena [LUZÓN]. Esta teoría se deriva de la necesidad que el perjuicio, como presupuesto subjetivo de la impugnación, debe ser inmediato, de donde se ha deducido, además, la teoría de la limitación del perjuicio a la parte dispositiva de la sentencia [LLOBET].

La infracción de ley material se expresa a través de tres supuestos: indebida aplicación, errónea interpretación e inaplicación.

- A.** La indebida aplicación supone que se han subsumido los hechos que se han estimado probados, dentro del ámbito de una norma inaplicable (Casación civil, Sentencia n.º 1301-96-Lima –errónea o defectuosa calificación jurídica de los hechos–). En este caso se efectúa una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos contemplados de los hechos probados a los supuestos contemplados por la disposición, en este caso el error recae en la norma aplicable que se escogió [MORENO RIVERA].
- B.** La errónea interpretación importa que el juez da a la norma correctamente elegida un sentido equivocado, haciéndole producir consecuencias que no resultan de su contenido. Es, por tanto, el error del contenido o sentido de la norma en virtud del desconocimiento de los principios de interpretación de las normas (Casación Civil, Sentencias n.º 165-2000/Lima y 272-95/Ayacucho, de 30-12-97). En otras palabras, los procesos de selección y adecuación que se aplica al caso son correctos, pero al interpretar el

precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido [MORENO RIVERA].

- C. La inaplicación de una norma material requiere que los hechos declarados probados guarden relación de identidad con determinados supuestos fácticos de una norma jurídica material, y pese a esta relación de identidad el juez no aplica esta norma sino otra, decidiendo la controversia de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, lesionando el valor justicia (Casación Civil, Sentencia n.º 1232-04/Lima). Se presenta cuando no se emplea la norma que corresponde, debido a una equivocación acerca de su existencia, por ignorancia o desconocimiento del precepto; ello quiere decir, si la desconoce o si la conoce no la aplica [MORENO RIVERA].

Cabe insistir, desde este motivo casacional, que el Supremo Tribunal no debe valorar de nuevo y, según su criterio, todo el material probatorio a los efectos de la subsunción normativa planteada. La casación material es un instrumento procesal que permite examinar si a la vista de los hechos –en principio inmodificables– es correcta la apreciación jurídica y solución contenida en la resolución recurrida (STSE de 06-11-08).

7.4.2. Las normas procesales y casación sustantiva

Es de aclarar, sin embargo, que el error *in iudicando in iure* es toda infracción en que incurre el órgano jurisdiccional, referida a las normas jurídicas de aplicación en el fallo, y que estas pueden ser materiales o procesales. Normalmente, como es obvio, el error se comete al interpretar o aplicar equivocadamente al supuesto controvertido una norma jurídica sustantiva de naturaleza ordinaria –también puede ser constitucional, que tiene un motivo propio de acceso–, pero aunque resulte menos frecuente incluso las normas procesales pueden resultar infringidas al interpretarlas y aplicarlas en la resolución del conflicto, por lo que debe entenderse que también, en tales casos, resulta admisible la interposición de este motivo de casación [GIMENO].

El punto es que, en primer término, existen normas procesales reguladoras de la sentencia que disciplinan los requisitos de forma, los del objeto al que ha de referirse el pronunciamiento –límites de la potestad de resolver–, el número de jueces para la adopción de la resolución; y, en segundo, normas procesales aplicables en el momento del enjuiciamiento que influyen en el propio sentido –condenatorio o absolutorio– del pronunciamiento sobre la pretensión punitiva,

del mismo modo que las normas de derecho material. En estos casos, por una parte, no bastará con anular la decisión impugnada y retrotraer las actuaciones, sino que la estimación del recurso ha de implicar la modificación del contenido de la resolución. De otro lado, esta clase de normas procesales son aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso [ORTELLS].

7.5. Casación jurisprudencial: Infracción de doctrina jurisprudencial

El artículo 433.3 CPP autoriza a la Corte Suprema establecer precedentes vinculantes, en igual sentido hace lo propio, en materia constitucional, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional – también lo hacen, en temas de derecho ordinario, los artículos 22, 80.4 y 116 LOPJ, y el artículo 392-A del CPC con la reciente reforma de la Ley n.º 29364, de 28-05-09–. Cuando se interpreta un instituto jurídico, material o procesal, y se declara su obligatoriedad, este debe ser acatado por todos los jueces. En consecuencia, si existe tal precedente y sus alcances han sido inobservados o erróneamente aplicados, basta referirse a ese motivo para sustentar el recurso de casación. En este caso, el recurso es admisible cuando exista una contradicción de la sentencia con la jurisprudencia vinculante [NIEVA].

8. Casación y condena del absuelto en segunda instancia

La sentencia Mohamed vs. Argentina estableció, como ya se precisó, que lo importante en la condena del absuelto en segunda instancia es que un recurso ulterior garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. Las formalidades para el recurso deben ser mínimas y no un obstáculo para que el recurso cumpla con el fin de examinar y revolver los agravios. Además, debe ser eficaz, esto es, un medio de control adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. En este sentido, no cuestiona que se condene en segunda instancia al absuelto, pero para ello se tiene que cumplir, a nuestro juicio, con las siguientes exigencias:

- A. Los Estados deben conservar la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión (STEDH, de 30-05-00 y STCE n.º 70/2002, de 3 de abril).
- B. La casación penal permite, a través de una correcta interpretación, que este recurso cumpla con las exigencias de revisión tanto de la declaración de culpabilidad cuanto de la pena por un Tribunal Superior derivadas del artículo 14.5 del Pacto. De una lectura del referido artículo se desprende

claramente que no se establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal Superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito en la ley. La doble instancia que se proclama, según entiende la CIDH, es pues el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias.

- C. El recurso de casación debe cumplir las exigencias del PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal Superior, tal como ha establecido la CIDH; y, por tanto, el cumplimiento de la garantía constitucional a un doble grado implícita en el derecho al debido proceso. En efecto, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 del PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Interpretación que es perfectamente posible de conformidad con el artículo del pacto y conforme a la efectuada por el (STEDH de 1302-01 y STSE n.º 237/2014, de 25 de marzo).

Es de precisar que la casación penal no constituye una tercera instancia o una segunda apelación revisionista del proceso, por lo tanto, solo se encuentra autorizada la revisión del error *in iudicando in iure*, es decir, el juicio jurídico. En suma, la casación es un recurso que por su propia naturaleza está limitado y en donde la cuestión de hecho se encuentra procesalmente excluida del objeto de casación (en Parte: STCE 124/2008, de 20 de octubre). Esta afirmación –que niega en lo absoluto el control de los hechos en sede casacional–, actualmente no puede ser sostenida, a partir –entre otros– del precedente Casal (Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 20-09-05), en que la Corte Suprema de ese país estimó el derecho al recurso o la garantía de

la doble instancia y casó el caso, bajo los siguientes fundamentos: **i)** La casación seguía una postura restrictiva basada en concepciones históricas y tradicionales sobre el rol de un tribunal de casación que era la unificación de las leyes penales y procesales. En este sentido se plantea, por imperiosa necesidad, una interpretación progresiva y actual, más aún si se tiene en cuenta que la casación penal corresponde a un modelo procesal penal europeo, que desde una perspectiva histórica tenía un contexto distinto y era necesario compatibilizar con la Constitución y la Convención Americana (artículo 8.2h). **ii)** La Corte Suprema admite, correctamente, una interpretación progresiva y exegética, a partir de lo cual estima que en su recurso extraordinario no es un recurso apto para garantizar el derecho al recurso del condenado, tanto más si dicho recurso solo habilita la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único y preponderante de unificar la interpretación de la Ley. Interpretación que, tal como se describe a los fines de un proceso penal en curso, vulnera lo dispuesto en los instrumentos internacionales con vigencia interna. **iii)** El texto del artículo 456.7 del Código Procesal de la Nación no impedía una interpretación más amplia de la usual (de carácter restringida). Por tanto, se debe considerar razonablemente que si en una sentencia no se valoran las pruebas conforme a las reglas de sana crítica –ilogicidad de la sentencia– o se aplique erróneamente en la fundamentación de la sentencia, es razonable señalar que es motivo del recurso de casación. **iv)** La teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, significa que el Tribunal de Casación debe realizar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisarse, es decir, por emplear todos los medios para revisar de lo que sea posible examinar. El único límite de lo no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediatez.

La jurisprudencia española, por su lado, ha señalado que en todo lo relacionado con las pruebas practicadas y su valoración, el recurso de casación tiene la función de declarar la correcta aplicación de la ley y solo puede tener por objeto:

a) problemas de interpretación de la ley; **b)** problemas de subsunción del hecho; **c)** problemas de determinación del hecho que no requieran una repetición de la prueba bajo la aplicación de los principios de oralidad e inmediatez. Las cuestiones de hecho solo pueden objetarse en casación **a)** que el Tribunal de instancia en su razonamiento ha infringido las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, o ha desconocido los conocimientos científicos; y, **b)** exponiendo de qué manera el razonamiento infringe o se aparta de lo antedicho [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA].

Lo expuesto permite afirmar que la casación penal, así entendida, cumple con las exigencias del derecho al recurrir el fallo condenatorio de segunda

instancia que revocó el absolutorio de la primera instancia, ya que instituye un recurso efectivo, eficiente y adecuado que garantiza la doble conformidad, siempre y cuando se invoque para su admisibilidad y procedencia, a partir del Caso Mohamed, la casación excepcional (artículo 427.4 del CPP), y las únicas causales que se puede demandar es si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías, así como con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación (artículo 429.1 y 4 del CPP). En este sentido, conforme se indicó en los párrafos precedentes, por el interés público que prima en el proceso penal, es posible reconocer algunas excepciones al límite de la casación, tales como cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan causar indefensión, o de normas materiales cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas en el trámite casacional. En este caso, corresponde aceptar una casación amplia en donde, incluso, el Tribunal Supremo revise la Sentencia de vista y conozca los hechos según la perspectiva ya trazada. Ello es perfectamente permisible por imperio de la vulneración de precepto constitucional: Garantía de presunción de inocencia, garantía de tutela jurisdiccional y control de logicidad.

Es de precisar que, si se desea alegar la revisión del error y este no se encuentran dentro del listado de motivos, basta con alegar o bien una infracción a la tutela jurisdiccional, que incluye todas las infracciones relevantes. Lo mismo sucede con relación a cuestiones probatorias. En principio, están excluidas de casación; ergo, si se alega la vulneración de la garantía de presunción de inocencia se fuerza al Tribunal de casación a revisar la hipótesis fáctica de la sentencia impugnada, en el que evaluará si la prueba practicada constituye suficiente sustento para esa hipótesis, lo que implica un examen de la prueba actuada [NIEVA].

El único límite, esto es, lo no revisable –como se anotó oportunamente con los pertinentes reparos– es aquel dato que surgió única y directamente de la inmediación. Principio que es acogido a partir de una sentencia del TCE que situó a la inmediación en el núcleo de las garantías exigibles en segunda instancia (STCE 167/2002), lo que llevó a construir su doctrina a partir de la enumeración de distintos supuestos excluidos del ámbito de aplicación, en nuestro caso del recurso de casación, en función a la necesidad de la inmediación para poder proceder a la revisión de los hechos [ALCÁCER].

El principio de inmediación opera radicalmente como límite y determina el objeto de casación: todo lo que requiere valoración directa del juez está excluido de la casación, esto es, por revisión de hechos se entiende únicamente la evaluación

sostenida a partir de la percepción directa y personal de los medios de prueba por parte el Órgano Jurisdiccional [BACIGALUPO]. En efecto, la casación penal debe entenderse como un recurso que habilita una revisión amplia de la Sentencia de vista, esto es, el Tribunal Supremo lo revisará en toda su extensividad que sea posible, conforme a las posibilidades y de acuerdo a cada caso concreto, y considerar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas [CAFFERATA]. La casación penal debe interpretarse permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida a través del amplio conocimiento de la causa. El único límite será aquello que surja de manera directa y excluyente de la inmediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada [Caso Casal, Voto de la DRA. HIGHTON DE NOLASCO]. El control de la estructura racional de la prueba se encuentra en función a comprobar la motivación de la sentencia que se configura como el principal elemento de la sentencia de instancia y a través de ella el tribunal de casación va a comprobar la lógica y la acomodación a las reglas de la ciencia y de la experiencia de una convicción plasmada en una sentencia penal. Es la garantía que tiene toda persona ante el ejercicio arbitrario que pueda emitir el órgano jurisdiccional. El juez es libre de un sistema de prueba legal pero no de una valoración racional de la prueba, esto es, tiene que motivar. Esta concepción de lo que supone el control casacional de la presunción de inocencia es un avance que obliga a señalar la ruptura del dogma que existe en que solo el tribunal de instancia puede valorar la prueba, función que ahora, conforme a lo expuesto, corresponde al Tribunal Supremo con la excepción antes señalada: inmediación [MARTÍNEZ].

La casación penal está facultada, por ende, para la revisión de la prueba que sustenta la condena, a excepción de lo que no puede revisar por carecer del principio de inmediación [ALCÁCER].

En cuanto a la tutela jurisdiccional, esta requiere una efectiva lesión del derecho de defensa, lo cual debe ser causante de indefensión. Este aspecto tiene mayor importancia cuando la sentencia es condenatoria que cuando es absolutoria, toda vez que en el primer caso el derecho a la tutela se ve reforzado por el derecho a la presunción de inocencia [MARTÍNEZ]. El derecho a recurrir en segunda instancia cuando esta fuera revocatoria de absolución tiene como finalidad una mayor protección de los derechos e intereses del imputado –más aún si estamos ante una sentencia condenatoria–. En consecuencia, cualquier límite a la revisión en segunda instancia de una sentencia condenatoria –sin caer en el *novum iudicium*– implica una restricción no justificable a la tutela jurisdiccional [NIEVA].

En síntesis, se debe descartar el análisis formal en la evaluación de los motivos de la casación. La concepción construida a partir del caso Casal y de últimas jurisprudencias españolas, obliga a nuestro sistema a revisar el concepto estricto de casación, para que cumpla con los estándares internacionales.

La casación nacional, lamentablemente, no ha seguido el criterio esbozado líneas arriba. Si bien reconoció que la Sala Penal Superior está autorizada a condenar a un absuelto en primera instancia, empero estimó que contra ese fallo se necesita de un nuevo recurso de apelación —una segunda apelación!—, pues entiende que existe un derecho de todo imputado de recurrir contra la sentencia que lo condena, para lo cual cita el tantas veces mencionado artículo 14.5 del PIDCP. Frente a esa omisión del legislador del CPP, y mientras no se implementen Salas Revisoras en todos los distritos judiciales, será del caso anular la sentencia de primera instancia incluso en busca del denominado “doble conforme”. Así resolvió en las Casaciones n.º 385-2013/San Martín, de 05-05-15, y 194-2014/Áncash, de 27-05-15.

Tal tesis es errónea, pues no solo da lugar a instaurar otros tribunales, esta vez de segunda apelación, incluso en la Corte Suprema para aforados, sino que entiende inadecuadamente los alcances del artículo 14.5 del PIDCP pues esa norma solo reconoce el derecho de impugnación al imputado condenado, mientras que nuestra Constitución es más amplia, pues admite el recurso tanto acusatorio como defensivo, con lo que respeta con más fuerza el principio institucional de igualdad ante la Ley. Si la amplitud del recurso es dejada a cada derecho interno y solo impone que se pueda revisar la declaración de culpabilidad y la medición de la sanción penal, cumplido ese baremo no es posible cuestionamiento alguno en clave convencional, como lo ha venido sosteniendo el TEDH.

Cabe enfatizar, de otro lado, que aun cuando se reconozca la necesidad de un tercer recurso en caso de condena del absuelto en segunda instancia, la casación nacional, con la amplitud que la caracteriza, cumple acabadamente con el estándar exigido por el PIDCP. Liberado, por decisión judicial convencional, el recurso de casación de las limitaciones para acceso —precisamente por lo dispuesto por las SSCIDH Herrera Ulloa y Mohamed—, a partir de la invocación de los motivos de debida motivación, ilogicidad de motivación y presunción de inocencia, el Tribunal Supremo puede analizar la corrección del juicio de condena —tanto en lo que se refiere a la interpretación de los medios de prueba actuados, legitimidad de la obtención de las fuentes de prueba y legalidad de su actuación, como en la correcta aplicación de las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia—; y, asimismo, con el motivo de infracción de la ley material, la Sala de

Casación puede examinar si la sanción penal impuesta cumple con los requisitos de proporcionalidad y legalidad.

En síntesis, por lo ya expuesto, se debe destacar el análisis formal en la evaluación de los motivos de casación. La concepción construida en la Argentina, a partir del precedente Casal, y lo que desde hace buen tiempo viene desarrollándose en España con los fallos ya citados, obliga a los juristas nacionales y a la Corte Suprema a desechar el concepto estricto de Casación, para que cumpla con los estándares internacionales.

9. El principio de inmediación y control casacional

El artículo 425.2, oración final, del CPP estatuye: “*La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia*”. Esta es una regla de limitación en el derecho probatorio penal, respecto de la valoración de la prueba personal, en relación al Juez de Revisión. Como tal, su inobservancia puede ser denunciada y censurada en casación a través del inciso 4) del artículo 429 o del inciso 1) –debido proceso– del mismo artículo.

Se parte de un dato clave. La inmediación judicial (presencia del juez en la práctica de la prueba) favorece a la naturaleza cognoscitiva del proceso. Optimiza el rendimiento de la prueba en el esclarecimiento de la verdad, y coloca al juez en mejores condiciones para apreciar la prueba –aunque solo en algunos aspectos, no todos, de la interpretación y valoración de la prueba–. Es evidente que la premisa mayor viene integrada por una máxima de experiencia referida normalmente, en el juicio de interpretación, al uso del lenguaje, y, en el juicio de valoración, a la fiabilidad de las fuentes de prueba; mientras que la premisa menor viene integrada por un enunciado relacionado con el caso que puede ser subsumido en la referida norma probabilística.

Sin embargo, la elección por el juez de la máxima de la experiencia que ha de figurar en la premisa mayor y el paso lógico que conduce de las premisas a la conclusión constituyen actividades mentales ajenas a la inmediación judicial y, por tanto, perfectamente controlables en casación. Además, cuando la premisa menor del silogismo probatorio no está conformada por una constatación (resultado de una percepción judicial: tono de voz, gestos o balbuceos), sino por una hipótesis (hecho del paso obtenido a partir de otros enunciados a través de una inferencia de tipo inductivo: edad del testigo, grado de parentesco en el acusado, contradicción

o coincidencia de su declaración con la presentada en el sumario, etc.), el control debe ser pleno y extenderse también a ella al estar al alcance de la Sala de Casación todos aquellos elementos que pudieron servir racionalmente al tribunal sentenciador para apreciar la prueba practicada [VECINA].

10. Tramitación

10.1. Aspecto básico

El procedimiento casatorio aparece estructurado en torno a tres grandes fases: interposición, sustanciación y decisión.

10.2. Fase de interposición

Consta de tres pasos: acto de interposición, calificación y elevación.

10.2.1. Acto de interposición

Presenta tres notas: el recurso puede interponerse por escrito y en el plazo de 10 días (artículos 405.1b y 414.1a CPP). También puede interponerse oralmente en la audiencia (artículos 401.1, 405.1 b y 425.6 CPP), oportunidad en que asimismo es posible que se reserve el derecho de impugnar el fallo de segunda instancia. Cuando se recurre oralmente, la formalización puede realizarse en acto aparte, siempre por escrito, en un plazo de diez días por imperio del artículo 414.1a CPP; como se trata de un plazo más lato se impone al de cinco días fijado en el artículo 405.2 CPP, que lo condiciona a “disposición distinta de la Ley”.

Las formalidades son las generales de todo recurso impugnatorio, previstas en el artículo 405 CPP. En lo específico, el artículo 430.1 CPP incide en la necesidad de la autosuficiencia del recurso de casación, a cuyo efecto estatuye que se debe: **1.** Precisar separadamente cada causal invocada; **2.** Citar concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados; **3.** Indicar el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión; **4.** Expresar específicamente cuál es la aplicación que pretende. Cualquier omisión, en tanto se cumplan los presupuestos del artículo 405 CPP, puede ser subsanada dentro del plazo judicial que fije el Tribunal.

Rige, por consiguiente, el principio de unidad de alegaciones, en cuya virtud se debe invocar con precisión el motivo de casación. El planteamiento

de la pretensión casacional exige una exposición razonada de la argumentación correspondiente en el escrito de interposición o de formalización en su caso. Sin embargo, si se apreciara una falta de mención específica a un motivo que puede derivarse de la argumentación propuesta, para evitar caer en desproporción entre el aludido principio y la sanción de inadmisión, es posible –según los casos– disponer que el recurrente subsane la omisión o entienda, derivado de su texto, que un motivo concreto ha sido invocado y tratarlo como tal [CONDE PUMPIDO].

10.2.2. Acto de calificación

La calificación por la Sala Penal Superior, conforme al artículo 430.2 CPP está condicionada al cumplimiento de dos tipos de presupuestos: **1.** Los fijados en el artículo 405 CPP: legitimación para recurrir, gravamen, plazo, modo, lugar, objeto impugnante (artículo 404.1 CPP), y motivación genérica (precisión de los puntos objetados, motivación del recurso y pretensión impugnativa); **2.** Invocación de los motivos previstos por la ley: artículo 429 CPP. Cuando se invoque el apdo. 4 del artículo 427 CPP debe incorporarse una motivación adicional: razones que justifiquen el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. El *iudex a quo* no se convierte en juez de su propio fallo, solo participa en la habilitación de la instancia superior en la medida que el propio Código así lo establece (Casación Argentina, n.º 1032, de 08-08-96).

A efectos del juicio de admisibilidad la Sala Penal de nuestra Corte Suprema aceptó la teoría de la “voluntad impugnativa”, en cuya virtud es posible conocer cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entiendan comprendidas tácitamente en la impugnación formulada. Esta concepción permite reconducir el motivo de casación y no hace falta reseña expresa del motivo aludido, en tanto la casación vela también por la tutela jurisdiccional. Rige, entonces, el principio *iura novit curia*, reencausamiento que se hace a condición de que el agravio se encuentre clara y suficientemente expuesto (Casación Argentina n.º 3295, de 18-04-01)

Dictado el auto que concede el recurso de casación por la Sala Penal Superior, el concesorio se notificará a todas las partes y se las emplazará que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema, emplazamiento que las instruirá, además, para que fijen domicilio procesal en el radio urbano de la propia Corte Suprema, que tiene un ámbito territorial específico (Resolución Administrativa n.º 101-2011-CE-PJ, de 12-12-11).

Hasta antes que el expediente se eleve al Supremo Tribunal, las “copartes” podrán adherirse al recurso de casación interpuesto, cumpliendo con las formalidades correspondientes: artículo 404.4 CPP. Esa adhesión tiene un trámite de calificación similar al recurso principal. Por otro lado, es de enfatizar que no se puede convertir la adhesión en un recurso principal, como una oportunidad que se le ofrece al apelado para impugnar la resolución, pero solo en función de que se ha abierto por otra parte procesal el cauce del recurso –él pudo recurrir en tiempo oportuno, pero no lo hizo–, por lo que no puede tener ahora una nueva oportunidad para discutir por entero –deduciendo consecuencias legales diferentes–, y de acuerdo con sus exclusivos intereses, el contenido de la decisión judicial –no puede ensanchar el ámbito impugnativo para añadir nuevos motivos o temas distintos a los planteados por el principal recurrente, aunque puede incluir algunas omisiones de la propia impugnación principal– [MORENO CATENA].

El recurrente adhesivo no puede apartarse ni un ápice o maniobrar en contraposición de la pretensión impugnatoria contenida en la impugnación principal. Debe referirse a esta, aun cuando se apoye en motivos diferentes, es decir, solo podría añadir nuevos motivos, nuevos razonamientos, nuevos puntos de vista, pero, siempre con la misma finalidad del recurso principal al que viene a ayudar [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA]. En esta línea, por ejemplo, la STSE n.º 996/2001, de 01-06-01, tiene expuesto que adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se producía adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo había caducado.

10.2.3. Acto de elevación

Cumplido el décimo día de la notificación del auto concesorio del recurso de casación –que es el término de espera para que se cumpla con el emplazamiento dispuesto por el Tribunal Superior–, se elevan los actuados a la Corte Suprema.

10.3. Fase de sustanciación

Consta de cuatro pasos: traslado, juicio de admisión, alegatos ampliatorios y audiencia.

10.3.1. Traslado

La primera resolución ordenatoria que dicta la Sala Penal de la Corte Suprema es el traslado a las partes no recurrentes por el plazo de diez días, para que se pronuncien acerca del recurso concedido y los motivos del mismo. Emplazamiento solo se hará efectivo si las partes han fijado domicilio en el radio urbano de la Corte Suprema –solo rige para los distritos judiciales distintos de Lima–; en caso contrario se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones respectivas (artículo 430.5 CPP).

10.3.2. Juicio de admisibilidad

La segunda resolución, vencido el trámite anterior, es decidir –y lo hace de oficio– si el recurso de casación fue bien concedido o no por la Sala Penal Superior. La Sala Penal Suprema tiene amplia potestad para revisar el concesorio dictado por el Tribunal Inferior. Aplicará con toda amplitud el artículo 428 CPP. En esa norma constan supuestos a los que no puede referirse el Tribunal Superior en su calificación (artículo 430.2 CPP): objeto impugnabile, interés para recurrir –en función a la posición del impugnante respecto de la resolución de primera instancia–, y los supuestos de inadmisibilidad por economía procesal. El rechazo del recurso puede ser total o parcial, conforme al artículo 428.3 CPP. Esta segunda resolución se expide sin trámite previo: no requiere vista de la causa, ni se aceptan por consiguiente informes orales.

10.3.3. Alegatos ampliatorios

En caso de declarar bien concedido el recurso de casación, en esa misma resolución se instruirá a las partes –a todas ellas– para que, dentro del plazo de diez días, presenten alegatos ampliatorios. Se entiende por alegatos ampliatorios, la incorporación de argumentos –razones de impugnación complementarias de las expuestas en los motivos principales– que deben referirse a los extremos o puntos impugnados en los motivos de la casación interpuesta y admitida; se entiende por motivos, el vicio acusado, con indicación de las normas violadas –que es a lo que la Sala Penal de la Corte Suprema está vinculada–, en tanto que el fundamento del recurso –que se explicita a través de la formalización– es la interpretación o argumento del recurrente para persuadir al Tribunal de Casación sobre su tesis (Sentencia de Casación de Costa Rica, n.º 520-99, de 22-11-99). No cabe que se introduzcan nuevos agravios una vez vencido el término legal (Casación Argentina, Sentencia n.º 429, de 17-05-95). Se pueden ampliar los fundamentos de los motivos

—completados, ampliados y, aún, reemplazados por otros, pero no alterarlos—, no los motivos mismos; una cosa es la ampliación de fundamentos y otra la de motivos (Sentencia de Casación Argentina, n.º 2417, de 16-09-99. Sentencia Casación de Costa Rica, n.º 79-98, de 30-01-98). Las nuevas razones, criterios, argumentos o apreciaciones legales, jurisprudenciales o doctrinales deben apoyar los motivos ya introducidos definitivamente con el acto impugnativo producido ante el *iudex a quo*, y circunscriptos a los puntos de la decisión a los cuales se refirieron los agravios en aquella oportunidad procesal; por ejemplo, si se alegó motivación contradictoria, no puede ampliarse alegando nulidad del acta del debate, o si se atacó la reparación civil no puede ampliarse el recurso al extremo penal [CLARÍA].

Las características definitorias de los motivos del recurso de casación son su esencialidad —como requisito de admisibilidad—, única oportunidad —se proponen cuando se formaliza el recurso de casación— y efecto limitador de la competencia. Por su parte, las características esenciales de los fundamentos son las siguientes: esencialidad —como requisito de admisibilidad—, dependencia —con respecto a los motivos—, congruencia —con los motivos correspondientes—, doble oportunidad —pueden agregarse, precisamente en este momento, nuevos fundamentos, y efecto no delimitador de la competencia: puede acogerse un motivo con otros fundamentos— [LLOBET].

10.3.4. Citación a la audiencia de casación

Vencido el plazo del trámite de alegatos ampliatorios se emite un decreto de señalamiento de día y hora para la audiencia de casación, que se notificará a todas las partes personadas. La audiencia se instala con las partes que asistan —no hace falta trámite de declaración de ausencia o contumacia—. La falta de asistencia del recurrente —fiscal o abogado de la parte impugnante— determina la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación.

Instalada la audiencia, dedicada a los alegatos orales, que es el paso de discusión. Primero expone el abogado de la parte recurrente; si existen varios recurrentes, lo harán el fiscal, actor civil, tercero civil y defensa del imputado. A continuación, informar los abogados de las partes recurridas. Finalmente, si asiste el acusado, hablará en último término. Esa lógica del desarrollo de la audiencia de casación, sin ofrecimiento previo ni actuación de pruebas, se explica porque la Corte Suprema está vinculada a las comprobaciones fácticas del Tribunal Inferior y por la evidente naturaleza de los motivos que pueden ser invocados: de derecho. En otros Códigos, como el de Costa Rica, artículo 449, por ejemplo, se permite ofrecer y actuar pruebas para determinar el quebranto a la ley procesal o demostrar un vicio procesal.

10.4. Fase de decisión

Consta de tres pasos: deliberación, audiencia de lectura de la sentencia de casación y la sentencia casatoria propiamente dicha.

10.4.1. Deliberación

Las reglas de la deliberación son, a final de cuentas, las previstas para el juicio de primera instancia. La deliberación se realiza en sesión secreta. No podrá extenderse más de veinte días; pero, como no se actúan pruebas, se trata de un plazo impropio; el exceso del plazo no determina la repetición de la audiencia. Emitidos los votos, para que exista resolución se requieren cuatro votos conformes en todo; en consecuencia, de no lograrse se procede al trámite de discordia (artículos 141 y 144 LOPJ). La deliberación se circunscribe al campo delimitado por los motivos, excepción hecha de las cuestiones de derecho que deban ser denunciadas y decididas aún de oficio (artículo 409.1 CPP).

10.4.2. Audiencia de lectura de sentencia

Anunciada la conclusión de la votación, la sentencia se pronuncia siempre en audiencia pública, a cuyo efecto se expedirá la resolución de citación respectiva. La audiencia se realizará con las partes que asistan. No es posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.

10.4.3. Sentencia casatoria

Puede ser estimatoria o desestimatoria. La sentencia de rechazo implica siempre un examen y una deliberación acerca del contenido (motivos), esto es, respecto del mérito del recurso, una declaración de infundabilidad de los motivos aducidos en el recurso.

Cuando el recurso de casación se sustenta, simultáneamente, en infracción de la ley material y contravención de la ley procesal, los fundamentos en que se apoya deben ser objeto de verificación siguiendo un orden de prioridad, esto es, examinando primero lo relativo a las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, de modo que en caso de comprobarse dichas violaciones se invalida el fallo, haciendo abstención del análisis sobre la ley material, conforme al artículo 396.2 CPC (Casación Civil, Sentencia n.º 148-94/Lima).

A veces puede dictarse una sentencia de rectificación (artículo 432.3 CPP). Se dicta cuando la decisión impugnada resulta viciada por errores no esenciales que

puedan ser prontamente corregidos sin ninguna previa indagación de hecho, de suerte que la Corte no se pronuncia por su anulación, sino que se limita a disponer la necesaria rectificación, siempre dentro de los límites de la impugnación. La rectificación puede ocurrir en la hipótesis de motivación jurídicamente errónea en ámbitos no decisivos o determinantes de la decisión, en la hipótesis de errónea indicación de textos de ley –no es que no se aplicó una norma que debió aplicarse–, en la hipótesis de error en la especie o cantidad de la pena –error de denominación o de cómputo–, o en la aplicación de nuevas disposiciones de ley más favorables al imputado –en tanto no sea necesarias nuevas comprobaciones de hecho– [MANZINI].

La sentencia estimatoria o de anulación se emite cuando la Corte considere fundado y acoja alguno de los motivos propuestos con el recurso. Puede ser con o sin reenvío: la anulación total o parcial se puede disponer pura y simplemente, esto es, sin reenvío, o también con reenvío a nuevo juicio de mérito o para otra nueva providencia. Una vez que se declara fundado el recurso de casación, que importa la anulación de la resolución recurrida, se decide si se procede al reenvío o no. Para ello, como se ha dejado expuesto, se tiene en cuenta si es necesario o no un nuevo debate; “si existen elementos de juicio suficientes para que el Tribunal de casación esté en condiciones de asumir sin dificultad esa operación, más aún si las partes han tenido cabal derecho de audiencia durante el trámite casatorio” (Casación Argentina, Sentencia n.º 1933, de 08-10-98).

Cabe puntualizar que la nulidad de la sentencia no debe necesariamente ser total. Por razones elementales de economía procesal y el principio del interés jurídico como requisito para la procedencia de las sanciones procesales, la medida de su nulidad debe estar dada por el agravio y se la debe anular parcialmente si el agravio acogido por el tribunal solo afecta parcialmente su legalidad y estabilidad respecto desfondo de la causa. Así, por ejemplo, si la falta de motivación alcanza a la pena impuesta, pero la fundamentación carece de vicios respecto a la prueba de los hechos imputados, la responsabilidad del imputado o bien la calificación de los hechos, en cuyo caso corresponde remitir la causa al órgano jurisdiccional competente solo para que, en nuevo debate, proceda a establecer la pena aplicable; en igual sentido debe alcanzar la nulidad cuando el vicio se concreta al daño material [DE LA RÚA].

La casación sin reenvío importa que se dicte sentencia sobre el fondo: fallo reemplazante (por ejemplo: el hecho es atípico, extinción de la acción penal, la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, delito de conocimiento del tribunal militar, vulneración del *ne bis in idem*). El efecto de una sentencia sin reenvío,

si se anula una sentencia de condena penal, la sentencia de casación importa la liberación del imputado, así como el cese de las demás medidas de coerción (artículo 435 CPP).

La casación con reenvío se ordena cuando, casada en todo o en parte la decisión impugnada, es necesario proceder a un nuevo examen del hecho o dar en otra forma una providencia que implica apreciaciones de hecho: el Supremo Tribunal no tiene capacidad para alterar los hechos objeto de pronunciamiento por el Tribunal de II Instancia. En la sentencia se indicará el acto procesal que debe renovarse y el Tribunal de Instancia que lo hará (un caso en que procede, por ejemplo, es el de incompetencia objetiva del tribunal de mérito). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia Arnasson vs. Islandia, de 15-07-03, precisó que no cabe una sentencia condenatoria impuesta directamente por la Corte Suprema —se entiende, bajo la técnica de casación sin reenvío— cuando se trata de cuestiones de naturaleza fácticas a partir de la valoración de prueba personal, pues para ello se necesita escuchar al imputado y algunos testigos, una apreciación directa de sus declaraciones; no puede elaborarse un hecho probado sin que previamente exista una audiencia oral [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA].

El juez de reenvío ha de ajustarse a la sentencia de casación en lo que concierne a toda cuestión de derecho con ella decidida: es un caso de preclusión. El juicio de reenvío, en puridad, es una fase autónoma de la relación procesal que tiene por objeto la sustitución de una nueva disposición a la casada por el juez de apelación, por parte de un juez distinto, pero del mismo grado —es una fase vinculada al juicio de casación del cual toma vida y recibe también los límites [LEONE]—. La sentencia casatoria tiene eficacia vinculante al nuevo juez, puesto que la Corte Suprema tiene una función de máxima reguladora de la aplicación del derecho —con esta vinculación obligatoria se logra la unidad de la jurisprudencia—; este debe juzgar sobre la huella y los rieles, de hecho y de derecho, indicados por la casación (Casación Italiana, Sentencia de 16-12-47); solo puede juzgar sobre los puntos que fueron objeto de la anulación y sobre los que estén, con los puntos anulados, en relación de conexión o de derivación (Casación Italiana, Sentencia de 23-01-52).

Como el juicio de reenvío no es un nuevo juicio de primera o de segunda instancia, sino más bien una fase que se vincula a la sentencia de anulación, no cabe la reforma peyorativa (aplicación supletoria del artículo 426.2 CPP). La sentencia pronunciada en el juicio de reenvío solo puede ser impugnada por motivos que no se refieran a los puntos ya decididos por la Corte de Casación o bien por inobservancia de la regla de tener que ajustarse a la sentencia de casación en los

puntos ya decididos. En todo caso, el tribunal de casación está también, a su vez, vinculado por la decisión anterior; a ello se califica 'autovinculación del tribunal de casación' [ROXIN, BGHSt 33, 356].

11. Sentencia vinculante

Se puede definir la jurisprudencia como el conjunto de fallos del único y supremo órgano jurisdiccional. Las líneas jurisprudenciales son los fallos repetidos, uniformes, constantes. Si la misión de la Corte Suprema es la uniformidad de las decisiones jurisprudenciales y su función, es precisamente, ser el órgano unificador que garantiza el principio de seguridad jurídica [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA], es evidente que en aras de garantizar la igualdad y la seguridad jurídicas, sus fallos, en determinados supuestos y bajo específicas características, deben tener efectos vinculantes. Es decir, sus pautas hermenéuticas, al desarrollar una concreta institución jurídica y fijar lineamientos para su debida interpretación y aplicación, deben ser seguidas, obligatoriamente, por todos los jueces del país.

La existencia de precedentes vinculantes no vulnera la alegada independencia de los jueces, puesto que este es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios [VALVERDE GONZÁLES]. Por lo demás, es de destacar dos razones fundamentales para su aceptación: **1.** La ley solo es cognoscible mediante su interpretación, el juez está vinculado a una ley cuyo texto debe ser necesariamente interpretado, y la seguridad jurídica exige que algún órgano judicial establezca cuál interpretación de las que permite el ordenamiento es la que debe prevalecer. **2.** La vinculación del juez a la Ley no es un derecho individual de los jueces, sino una condición institucional para garantizar su independencia; es una garantía para el ciudadano de que sus pretensiones serán juzgadas por un tribunal imparcial, por lo que la independencia de los jueces no puede justificar la inseguridad jurídica de los ciudadanos [BACIGALUPO]. La dispersión o imprevisibilidad de las sentencias no es compatible con el principio de igualdad ante la ley.

Los efectos generales de la sentencia vinculante es lo que, finalmente, ha reconocido el artículo 433.3 CPP. La Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión –importancia del tema tratado–, podrá decidir “que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema [...]”.

La sentencia casatoria vinculante se adopta por mayoría absoluta –la decisión de ser vinculante: más de tres jueces deben acordarlo–, y debe publicarse en el diario oficial *El Peruano*. El criterio jurisprudencial adoptado rige, incluso horizontalmente, hasta que sea expresamente modificado.

Otra modalidad de sentencia vinculante es la sentencia plenaria. Intervienen en ella el Pleno de los Jueces de lo Penal de la Corte Suprema. Su convocatoria tiene dos vías:

- A. Cuando interviene otra Sala Penal Suprema o cuando cambia la conformación de la Sala originaria, y sus jueces integrantes lo consideran conveniente, ante las discrepancias que guardan con una sentencia vinculante precedente. Su finalidad es modificar la sentencia vinculante y emitir otra en su reemplazo, de ahí el mayor número de jueces necesarios; y, se adopta por mayoría absoluta. El trámite de su emisión es simplificado: no se requiere la intervención de las partes –el grado de casación ya se absolvió en el momento oportuno–, ni la decisión que se dicte afectará la resolución dictada por la Sala competente en el caso que motivó la convocatoria al Pleno. La sentencia plenaria, igualmente, se publica en el diario oficial.
- B. Cuando lo solicite la Fiscalía o la Defensoría del Pueblo, ante sentencias casatorias discrepantes. También una de las Salas Penales puede instar la convocatoria del Pleno de los jueces de lo penal. No se requiere una previa sentencia vinculante, tiene una evidente función unificadora. El pedido origina el trámite respectivo: se dispone anunciar el punto que la motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación de la Fiscalía o de la Defensoría. A continuación, se deliberará y se dictará la sentencia plenaria correspondiente, aceptando o no la solicitud de una Sala, de la Fiscalía o de la Defensoría del Pueblo.

12. Sentencia de casación y condena del absuelto. Adiciones

12.1 Aspectos generales

El recurso de casación nacional, como ya se enfatizó, fue una opción del legislador constituyente, no del legislador ordinario. Lo implantó para el conocimiento exclusivo y excluyente de la Corte Suprema de Justicia de la República (artículo 141 Constitucional). Por consiguiente, podemos decir con CALAMANDREI, que la casación es un instituto complejo resultado de la combinación de dos elementos recíprocamente complementarios, pues pertenece

al derecho orgánico procesal (competencia funcional del Tribunal Supremo) y al derecho funcional procesal (el recurso de casación, desarrollado por el CPP de 2004, de clara influencia italiana).

De otro lado, el sistema de recursos penales tiene como fuente el artículo 139.6 de la Constitución, que reconociendo que se trata de un derecho o, mejor dicho, de un principio de la función jurisdiccional, estipuló –así llanamente– “la pluralidad de la instancia”. Ello importó, desde el artículo 14.5 del PIDCP y, con mayor amplitud, conforme al artículo 8.2.h) de la CADH –que no solo se circunscribe al fallo condenatorio–, la universalización del recurso de apelación –propio de nuestro sistema del *civil law*– contra sentencias, absolutorias y condenatorias, así como autos equivalentes, que ponen fin al procedimiento o a la instancia –causan un gravamen irreparable–. Con ello se cumple la exigencia convencional de un recurso efecto contra resoluciones definitivas, que resuelven el objeto procesal.

El sistema procesal penal peruano, desde esta perspectiva, incorporó un sistema de doble instancia, y otorgó al recurso de apelación, sin perjuicio de su función depuradora, una típica función revisora, que se erige en la base del principio de doble grado de jurisdicción –la regla, por tanto, es que el Tribunal de Apelación goza de plenitud de jurisdicción para definir el hecho y el derecho (quaestio facti y quaestio iuris)–. Pero no solo ésta es la concepción del recurso de apelación, sino que además, según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada”.

Así las cosas, la Corte Suprema, en el conjunto de sus potestades, según el artículo 427 CPP, solo conoce recursos de casación contra las sentencias de vista –es decir, las dictadas por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia–, y, como regla, contra algunas de ellas en función a la *summa poena* (objeto penal) y a la *summa casationis* (objeto civil). El recurso de casación, además, no se instituyó para la tutela del *ius litigatoris* sino predominantemente para la defensa, de interés público, del *ius constitutionis*.

12.2 Recurso de apelación y condena del absuelto

Dadas las características del procedimiento de apelación peruano contra sentencias dictadas por los Juzgados Penales, Unipersonales o Colegiados – influenciadas parcialmente por las reformas españolas, salvo por la última de 2015–, en cuya audiencia de apelación –que en lo pertinente sigue las pautas del juicio oral de primera instancia (artículo 424.1 CPP)–, si el fiscal recurre – cuando se trata de un recurso acusatorio–, es obligatoria la concurrencia de los

imputados recurridos, y cuya inasistencia, aun cuando no impide la realización de la audiencia, determina su ulterior conducción coactiva y su declaración de reos contumaces (artículo 423.2 y 4, CPP) –por lo demás, el artículo 139.12 de la Constitución prohíbe la condena en ausencia–, es razonable entender, a su vez, que el artículo 425.3,b), CPP autoriza que, ante una sentencia absolutoria de primera instancia, se pueda dictar en la Alzada una sentencia condenatoria. El recurso de apelación, aun cuando predominantemente se afilió al denominado “modelo austriaco” de *revisio priori instantiac*, aceptó algunas características del llamado “modelo alemán” (*novum iudiciurn*), como (i) la presentación y actuación limitada de pruebas –es decir: pruebas admitidas pero no actuadas, pruebas no admitidas indebidamente en el procedimiento intermedio y pruebas desconocidas en primera instancia (*nova producta y nova reputa*): hechos nuevos o hechos desconocidos o de nuevo conocimiento–; y, (II) la citación de testigos que ya declararon en el plenario de primera instancia –que la jurisprudencia interpretó que procederá únicamente cuando el interrogatorio realizado adolezca de algún vicio o resulte claramente limitado o insuficiente (artículo 422.5 CPP)–.

Los errores en la interpretación de los preceptos referidos al juicio de apelación y una práctica –una cultura jurídica, en suma– que provenía del anterior procedimiento penal –no actuación de pruebas ni celebración de una audiencia de apelación, y prohibición de la condena del absuelto (artículo 301 del Código de Procedimientos Penales de 1940)– determinó, en un primer momento, que la jurisprudencia considerase inconstitucional el precepto del Código Procesal Penal que permitía esta posibilidad, lo que, asimismo, en un segundo momento, se vio indirectamente reforzado por la asimilación acrítica de una concepción que estimó que es un derecho del condenado el denominado “doble conforme” –necesidad de dos condenas por instancias distintas– afirmada incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias Mohamed contra Argentina, de 23 de noviembre de 2012; Mendoza y otros vs. Argentina, de 14 de mayo de 2013. Ratifica esta postura un reciente fallo emitido por la Corte IDH en el caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina, de 5 de agosto de 2020.

Desde los años 2018 y 2019, sin embargo, se abrió paso en la Corte Suprema otra línea jurisprudencial, a tono con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vid.: fundacionales sentencias recaídas en los casos Ekbatani contra Suecia de 26-5-1988 y Valbuena Redondo contra España de 13-12-2011) que no solo estimó posible, bajo ciertas condiciones, la condena del absuelto en la instancia anterior, sino que además consideró que el derecho

del imputado es a un “doble examen” sobre el objeto procesal –no a dos fallos condenatorios conformes–, concepción que además es la que sigue el Estatuto de la Corte Penal Internacional y las Reglas de Procedimiento y Prueba del mismo, al regular el recurso de apelación (vid.: artículos 81, 1 y 2 y 83. 1 y 2; y, reglas 150.1 y 153).

Ahora bien, ¿bajo qué condiciones procesales es posible condenar a un absuelto? Obviamente la interpretación de los preceptos procesales debe ser teleológica y sistemática, en tanto en cuanto se insertan en un Código. No porque el artículo 425.3,b) CPP autorice la condena del absuelto, siempre y en todo caso podrá hacerse. La equidad en el proceso, representada por la lógica contradictoria del mismo, y la oralidad e inmediación en la actuación de la prueba, en presencia del imputado, debe presidir la opción hermenéutica.

Recuérdese que nuestro Código Procesal Penal exige la presencia del imputado en la audiencia de apelación; y, en ella se le emplazará para que se pronuncie sobre los hechos objeto de acusación, resaltados por el recurso acusatorio. Igualmente, el Código Procesal Penal estipula que la prueba personal, en especial la testifical, sea renovada en la audiencia de procedimental de inmediación en concordancia con el principio procesal de contradicción y el principio procedimental de inmediación. Es claro, por lo demás, que la segunda actuación de la prueba personal está seria y correctamente limitada en virtud del principio de espontaneidad de la prueba (artículo 425.2 CPP).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a sentar como doctrina que la condena –toda condena en cualesquiera instancia o grado del procedimiento penal– solo podrá fundarse que en una actividad probatoria de cargo examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta la sentencia, en presencia del imputado, tras un debate público en el que se brinde ocasión a la defensa para contradecir la totalidad del acervo probatorio.

Por tanto, cuanto el Tribunal de Apelación ha de conocer cuestiones de hecho (inocencia o culpabilidad del acusado: el juicio histórico), la exigencia de un juicio justo y equitativo, requiere lo siguiente: **1.** Un examen directo y personal del acusado que niega la comisión del hecho punible. **2.** A estos efectos el visionario de la grabación del juicio oral en primera instancia no es suficiente–no capacita al Tribunal a valorar una testifical–. **3.** La reconsideración de hechos apreciados en primera instancia requiere de una nueva audiencia, y esencialmente oír al imputado –o, en todo caso, darle oportunidad efectiva de hacerlo (vid.: SSTEDH Constantinescu contra Rumania de 27-6-2000, y De Vilches Gancedoy

y otros contra España de 13-3-2018)–. 4. Esta exigencia incluso alcanza a la evaluación del tipo subjetivo o a la imputación subjetiva –cuando el recurso busca la modificación de un elemento interno–, que como se sabe se examina desde los hechos acreditados (las intenciones, los elementos internos, no dejar de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente, salvo confesión, por prueba indiciaria), desde que éstos se ubican dentro de la cuestión fáctica (SSTEDH Almenara Álvarez contra España de 25-10-2011, y Lacadena Calero contra España de 22-11-2011), S. Tal audiencia es necesaria aun cuando la decisión de la *quaestio facti* se basa en prueba documental, pericial o en una revisión de inferencias sobre el elemento subjetivo (STEDH caso Gómez Olmedo contra España de 29-3-2016). 6. No será del caso una nueva audiencia cuando el *ludex Ad Quem* se limite a cuestiones estrictamente jurídicas (STEDH caso Bazo Gonzales de 16-12-2008) y los hechos declarados en la instancia anterior no se alteren.

12.3 Recurso de casación y condena del absuelto

¿Puede la Corte Suprema, mediante un recurso de casación acusatorio, condenar al absuelto por la Corte Superior? En principio, el TEDH extiende su doctrina ya citada para el conocimiento del recurso de casación (SSTEDH Vilanova Goterris y Llop García contra España, de 27-11-2012; Serrano Contreras contra España, de 20-3-2012; y, Lacadena Calero, de 22-11-2011). Por consiguiente, impide una primera condena en casación, salvo que se trate del motivo de infracción de precepto material y se realice el juicio de subsunción sin alterar los hechos, externos e internos, y sin revalorar la prueba actuada (SSTSE 865/2015, de 14 de enero; 517/2013, de 17 de junio; y, 645/2014, de 6 de octubre). En estas condiciones, está vedado hacerlo cuando se trata de agregar al juicio rescindente el juicio rescisorio en los casos de vicios *in factum*, pues en estos casos importaría rectificar el hecho declarado probado.

Esta limitación es aún más estricta en tanto en cuanto en sede de casación no es posible oír al acusado y actuar pruebas, es decir, realizar una audiencia de pruebas –así lo estipuló, por ejemplo, el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TSE de 19-12-2012–. El recurso de casación penal nacional, igualmente, no tiene esta posibilidad, que sí la tiene el recurso de apelación (vid.: artículo 431. 2 y 3, CPP).

Como el recurso de casación está centrado predominantemente en la *quaestio iuris* –en el análisis de infracciones normativas, y no existe un marco adecuado para un debate contradictorio de los medios de prueba– y en la audiencia solo deben concurrir los letrados con la exclusiva función de exponer oralmente

sus puntos de vista jurídicos en función a la pretensión impugnatoria objeto de examen, no es posible una nueva valoración de los hechos, reconsiderando la efectuada por la Sala Superior, pues se sitúa más allá de las consideraciones estrictamente de derecho (STEDH Sainz Casla contra España, de 22-10-2013). Desde esta perspectiva es de recordar que el artículo 432.2 del CPP se concentra en los errores jurídicos y parte de la inmutabilidad de los hechos legalmente comprobados y establecidos.

La historia de la casación francesa –su evolución, en suma–, sin embargo, es muy reveladora acerca de la extensión y fines del recurso de casación. Desde inicios del siglo XIX el recurso de casación –que empezó con la transformación del Tribunal de Casación en Corte de Casación y su adscripción al Poder Judicial–, sea inicialmente por vía pretoriana y luego por vía legislativa, fue comprendiendo determinados ámbitos externos de la *quaestio facti* desde el análisis del derecho probatorio y de la exigencia de motivación –que es un requisito de las resoluciones judiciales y tiene notas características perfectamente delineadas, que era del caso seguir pulcramente–. De igual manera, como la sentencia de casación emanaba de un órgano jurisdiccional, fue asumiendo potestades rescisorias, en aras de la garantía de tutela jurisdiccional efectiva y de una respuesta judicial célere definiendo la controversia.

Lo esencial del recurso de casación siempre se ha mantenido: **1)** Defensa primordial del *ius constitutionis* desde motivos tasados –carácter extraordinario– para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica. **2)** Competencia centrada en el exclusivo examen de temas jurídicos, incluso cuando se trata de la cuestión de hecho, pues éstos están delimitados normativamente, de suerte que desde sus bases jurídicas se examina tal cuestión.

Ahora bien, un motivo de casación es el de inobservancia de precepto Constitucional (artículo 429.1 CPP). Es posible interponer, con probabilidad de éxito, el recurso de casación contra una sentencia de vista absolutoria. En este caso, el recurso acusatorio ha de fundarse en la transgresión de la garantía de tutela jurisdiccional, en su ámbito de derecho a una sentencia fundada en derecho (artículo 139.3 y 5 de la Constitución), que por lo demás tiene un cauce propio, de raíz italiana, en el artículo 429.4 CPP. Si como consecuencia del examen de la sentencia de vista, de su propio tenor, se advierte que **(i)** las inferencias probatorias son arbitrarias o irrazonables, es decir, se alejan del canon constitucional de valoración racional de la prueba, por vulnerar las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; o **(ii)** se omite valorar una prueba trascendental o relevante; o, en cuanto a la traslación

o interpretación de un medio de prueba determinante, (iii) se le da un alcance que no tiene, importando que la declaración de hechos resulte manifiestamente injustificada o infundada, el Tribunal Supremo deberá estimar o amparar el recurso acusatorio. Emitirá, en este caso, una sentencia rescindente, y ordenará al juez competente dicte nuevo fallo, conforme a lo que determinó (STSE 699/2018, de 8-1-2019). No podrá, como regla, emitir una sentencia rescisoria, condenatoria, porque si lo hace vulneraría las garantías del debido proceso y de defensa procesal (principios procedimientos de publicidad, oralidad e intermediación, así como principio procesal de contradicción).

IV. EL RECURSO DE QUEJA

1. Concepto

Es un recurso residual, instrumental, no suspensivo y de carácter devolutivo de acceso a los demás recursos devolutivos verticales: apelación y casación. Está arbitrado contra aquellos autos del *iudex a quo* que deniegan la admisión de los recursos de apelación y casación (artículo 437 CPP). Su finalidad es, pues, revisora de las resoluciones que niegan el pago a otros recursos –su objeto es el reexamen de la resolución que rechaza un recurso, en especial de apelación y casación (Casación Civil, Sentencia n.º 93-2003)–; no se recurre contra un auto interlocutorio de mérito o sentencia por considerarla gravosa en su fondo o forma, sino contra el agravio que se estima causado por la postura del órgano que la dictó, impidiendo que sea objeto de un auténtico recurso [MONTÓN]. Su interposición no suspende la ejecución de lo resuelto ni paraliza el trámite del principal; la resolución cuestionada mantiene su efecto y puede ejecutarse, aunque la firmeza está a las resultas de la decisión del superior [VESCOVI]. Esto último justifica lo prescrito por el artículo 405 *in fine* CPC, que autoriza a suspender el proceso principal, a pedido de parte y resolución fundamentada e irrecurrible.

Como en los recursos verticales, el juicio inicial acerca de su admisibilidad compete al órgano judicial que dictó la resolución impugnada, la denegación de este debe ser controlado por el órgano competente a conocer del recurso devolutivo, pues de no ser así se cortarían definitivamente la vía recursal, ordinaria o extraordinaria, con seria merma del derecho al recurso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Es un recurso que puede calificarse de un medio de impugnación dirigido a anular el auto que inadmite un recurso devolutivo. Su peculiar función lo constriñe a plantear un nuevo enjuiciamiento de los presupuestos procesales del

recurso inicialmente planteado, por lo que el *iudex ad quem* debe analizar si se ha infringido una norma legal al desestimar liminarmente el mencionado recurso; solo posibilita el control por parte del Tribunal Superior sobre la adecuación o no a legalidad de la admisión de un recurso devolutivo. Si es el *iudex ad quem* quien en el análisis de un recurso concedido por el *iudex a quo* declara inadmisibile el recurso, no cabe tal recurso (Casación Civil, Queja n.º 198-95), sino el recurso de reposición.

Las resoluciones de inadmisión deben tener determinadas características para no considerarlas un error que afecta el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos –que integra la garantía genérica de tutela jurisdiccional–. En tal virtud, (i) el error ha de comprobarse mediante el examen de las actuaciones, del expediente; (ii) es un error de hecho, de datos fácticos de lo que figura en las actuaciones, aunque también puede tratarse de un error jurídico referido a la interpretación de los presupuestos procesales del recurso; (iii) el error debe ser determinante de la resolución de inadmisión del recurso; (iv) el error debe ser atribuible al órgano judicial y no a la partea –no a la negligencia o mala fe de esta última–; y, (v) el error debe producir un efecto y perjudicial para la parte en tanto se deriva del mismo la imposibilidad de obtener un pronunciamiento sobre el fondo o la mera posibilidad de que órgano judicial superior examine la pretensión impugnatoria planteada [ARMENGOT VILAPLANA].

2. Tramitación

2.1. Acto de interposición

El artículo 438 CPP, implícitamente, estipula que el recurso se interpone por escrito: esa es su forma, según la regla general del artículo 405.1b CPP. El escrito debe ser autosuficiente [MORAS], es decir, debe “precisar el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada”. Del propio acto impugnativo debe surgir una información positiva en lo referente a qué proceso y situación se refiere, con cita de la resolución cuestionada y mención del proceso del que surge –identificación plena de la causa del que deriva–, y por qué razón estima que el rechazo liminar fue erróneo –necesidad de una crítica prolija y circunstanciada de los argumentos expuestos en el auto denegatorio y de los fundamentos jurídicos de su discrepancia [PALACIO]–. Además, la pretensión debe enderezarse a la admisión del recurso y que se abra la instancia, sin perjuicio de precisar las fechas en que se notificó la resolución recurrida, se interpuso el recurso y quedó notificada la denegatoria de este, conforme estipula con rigor

el artículo 402 *in fine* CPC, aplicable supletoriamente en atención a la similitud de tramitación del citado recurso instrumental entre el proceso civil y el penal. La omisión de estos requisitos, según la jurisprudencia argentina es insubsanable (Sentencia de la Cámara de Casación Penal, Sala III, de 22-09-93); en igual sentido se ha pronunciado la casación civil nacional (Casación n.º 1449-98/Lima, de 16-10-98).

Al escrito de interposición del recurso de queja de derecho, el impugnante debe acompañar el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación, y la resolución denegatoria. Es imperativo, asimismo, que se adjunte las notificaciones correspondientes, a fin de determinar si se cumplió con el presupuesto formal del plazo –su ausencia, según la casación civil, da lugar a su declaración de inadmisibilidad (Casación n.º 212-95/Lima, de 01-12-95)–. No se trata de copias certificadas, sino de copia simple, obviamente bajo responsabilidad de su autenticidad por el recurrente.

2.2. Plazo y lugar del recurso

Conforme al artículo 414.1c CPP el plazo de interposición del recurso de queja, al margen del recurso devolutivo que lo precede, es de tres días. De otro lado, la sede del recurso es el *iudex ad quem* no el *iudex a quo*; es, pues, un recurso de interposición directa ante el órgano superior en grado –esta es una nota diferencia en relación a los demás recursos, ordinarios y extraordinarios–. Empero, para garantizar el acceso al recurso, en los casos de causas procedentes de distritos judiciales distintos de Lima y el Callao, podrá presentarse al *iudex a quo* para que, en el plazo de dos días hábiles, bajo responsabilidad, eleve el cuaderno formado por el recurrente al Tribunal competente para conocer del recurso de queja (artículo 403, § 2 y 3, CPC; artículo 438.2 CPP). Es inadmisibile la presentación extemporánea del indicado recurso (Casación Civil, Queja n.º 212-95).

2.3. Procedimiento y decisión

La tramitación del recurso es simple y no requiere traslado a las demás partes procesales, en especial a las contrapartes. El *iudex ad quem* podrá, en consecuencia, inadmitirlo si carece de algún presupuesto procesal y, en su caso, declararlo fundado o infundado según el mérito que arroje el examen de los fundamentos de mérito del acto de impugnación. Este recurso, por su naturaleza, debe ser objeto de un pronunciamiento inmediato, puesto que de lo contrario importaría mantener en incertidumbre un fallo que al no haber sido debidamente impugnado constituye cosa juzgada (Casación Civil, Sentencia 746-97).

El Tribunal de Revisión también está autorizado a solicitar al *iudex a quo* copia de alguna actuación procesal por la vía o medio más adecuado, sin perjuicio de la notificación a las partes. Las copias, dispone el artículo 404 § 1 CPC, se remitirán por el mismo medio: facsímil o, por ejemplo, correo electrónico adjuntando el documento recurrido debidamente escaneado.

Si la queja se declara infundada se comunicará la decisión al Ministerio Público y a las demás partes, en especial a la recurrente; asimismo, será del caso comunicar la decisión al juez inferior para su debido registro. El cuaderno de queja, según el § 3 del artículo 404 CPC, se mantendrá en el archivo del *iudex ad quem*, al que se agregará el original de la resolución que resuelve la queja con la constancia de la fecha del envío.

Si la queja se declara fundada, el propio Tribunal *Ad Quem* concederá el recurso interpuesto y ordenará al juez *a quo* envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de que el Tribunal Superior disponga la notificación a las partes. Ello significa que deberá retomarse el procedimiento –de apelación o casación– que fuera interrumpido con la negativa del *iudex a quo*–. El único efecto de la queja es conceder el recurso, siendo luego pertinente analizar los requisitos de fondo del recurso (Casación civil, Sentencia n.º 382-95/Cajamarca, de 01-12-97)

2.4. Queja y recurso diferido

Una modalidad especial de recurso de queja es la que prevé el artículo 410.2 CPP. En este supuesto no se discute el concesorio del recurso de apelación o casación –el juicio de admisibilidad–, sino la reserva de remisión de los autos al *iudex ad quem*. Como ha quedado expuesto, se difiere la elevación de los actuados respecto de autos de sobreseimientos en causas en que está pendiente el juzgamiento en supuestos de pluralidad de imputados, siempre que esta reserva no ocasione grave perjuicio a alguna de las partes. La discusión, al amparo de esta modalidad de queja, entonces, se limitará a decidir si tal reserva cumple con los presupuestos reconocidos en el apdo. 1 del artículo 410 CPP.

Los demás presupuestos procesales de esta modalidad de queja son exactamente los mismos que la modalidad general, al igual que su tramitación y decisión.

V. LA ACCIÓN DE REVISIÓN

1. Aspectos generales

1.1. Impugnación de la cosa juzgada

El CPP, siguiendo la línea tradicional del proceso penal nacional, aceptó la revisión de sentencias firmes de condena a favor del reo (artículo 439 CPP). Como se sabe, la cosa juzgada prioriza el valor seguridad jurídica –que da pie al principio de verdad formal– al excluir un ulterior proceso penal cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo. Empero, atendiendo al valor justicia material –que se deriva de la verdad histórica de los hechos enjuiciados y de la rectitud de su enjuiciamiento [CALDERÓN/CHOCLÁN]– reconoce la posibilidad de impugnar una sentencia firme, de eliminar su eficacia y posibilitar un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto procesal, a partir de un entendimiento de su carácter excepcional y restrictivo.

La revisión, por ello, es un último remedio, siempre excepcional (extraordinario y especial), para conseguir rescindir, por completo, procesos en los que se ha producido un hecho fuera de lo común y que evidencia la total inaceptabilidad del mantenimiento de la sentencia dictada y del proceso que la precedió. GUASP apuntaba que es la última posibilidad de realización de los valores a que el proceso, como todo el derecho sirve, al servir a garantizar la prohibición de resultados trascendentalmente injustos y evitar que se consoliden definitivamente. Se trata de hechos que son completamente incompatibles con la debida prestación de la jurisdicción, y que por ello deben provocar la rescisión de todo lo actuado [NIEVA]. El vocablo “revisión” es de influencia francesa –procede del *Code d’Instruction criminelle* de 1808 (artículos 433-445) y, luego, con las leyes de 29-06-1867 y 08-06-1895–, que pasó de llamarse recurso a demanda de revisión (*demande en révision*) en el artículo 622 y ss. Del CPP Francés vigente [Nieva]. El antecedente histórico, asumido por la fuente francesa, seguido por Italia y España, es remoto; proviene en pureza de la *restitutio in integrum* romana que se daba contra la falta o deficiencia en la defensa o por haberse descubierto nuevos elementos de decisión [ALCALÁ ZAMORA].

La excepcionalidad de la revisión ha sido puntualizada ante la circunstancia de la exclusividad de su objeto, del acto atacado: sentencia condenatoria firme; y, la limitación de causas tasadas para ampararla.

1.2. Fundamento, definición, notas esenciales y principios

1.2.1. Fundamento

La revisión —en tanto medio de rescisión de sentencias firmes— no se sustenta en la existencia de nulidades procesales en la sentencia o en el procedimiento que la precedió. Tampoco se basa en errores en el acto del juzgar, en el fallo, a partir de los materiales probatorios aportados al proceso; no entra a discutir si la sentencia fue correcta o incorrecta.

Su fundamento radica en la necesidad de reforzar la consolidación y preservación de derechos y principios tales como los de defensa, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva [DÍAZ]. A partir de allí, mediante la revisión, se procura, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, que la sentencia pueda rescindirse por ser esencialmente injusta [CORTÉS], pero ha de basarse en otros hechos, actos o elementos de prueba —distintos del material de conocimiento apreciado por el Tribunal—, de tal entidad que, de haber constado en la causa, el resultado habría sido distinto [GÓMEZ ORBANEJA].

1.2.2. Definición

Es una acción de impugnación autónoma, que se puede interponer sin limitación de plazo y da lugar a un proceso especial, de naturaleza excepcional y restrictiva, sustentada exclusivamente en motivos específicamente tasados por la ley que evidencien la injusticia de una sentencia firme de condena y tiende, por ello, a que prevalezca sobre ella la verdad material —apunta, en consecuencia, a rescindir sentencias condenatorias firmes —formal y materialmente válidas—, pero injustas.

El artículo 444.1 CPP, correctamente, dispone que de estimarse la demanda de revisión se declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación. No es que la sentencia se anule dado que esta no solo es firme —lo que implica imposibilidad jurídica de pedir y obtener la anulación, al haber perecido la posibilidad de hacerlo—, sino también es una sentencia perfectamente válida y eficaz. Se trata, entonces, de una sentencia injusta, en atención a causas sobrevinientes al fallo como consecuencia de nuevos datos aportados en el proceso de revisión, por lo que técnicamente lo que se produce es una rescisión de ella; carece de valor porque se rescinde.

1.2.3. Notas esenciales

Son cuatro.

- A.** Es una acción de impugnación autónoma que da lugar a un proceso distinto. El accionante plantea una pretensión diferente –puesto que lo que solicita es la revisión del proceso en virtud de hechos nuevos–, por lo que se está ante un proceso con un objeto diferente, un *novum* [VESCOVI]. Es, en todo caso, un proceso, al menos en sentido formal, pues no es un verdadero proceso de partes [GÓMEZ COLOMER]. Así lo ha reconocido el CPP al denominarla “Acción de revisión”.
- B.** Tiene un marcado carácter excepcional y restrictivo, al suponer un quebranto a la cosa juzgada material. En tal virtud, solo puede afirmarse la injusticia de la sentencia impugnada por encima del valor seguridad jurídica pero sobre la base de determinados motivos, legal y taxativamente previstos –constituyen un verdadero *numerus clausus*–, en particular por causa de hechos falsos o hechos nuevos, novedosos y siempre de carácter decisivo –con exclusión de todo posible vicio *in procedendo* y también en general los vicios *in iudicando de iure* (así, por ejemplo, Casación Argentina, Sala II, n.º 317, Sentencia de 01-02-95), lo que limita el poder de revisión del Supremo Tribunal.

La Corte Suprema, aceptando esta característica básica de la revisión, ha declarado: “la acción de revisión, por su propia naturaleza excepcional, destinada a hacer primar el valor justicia sobre la seguridad jurídica, solo procede cuando se acredite la comisión de conductas antijurídicas que hayan podido influir causalmente, directa o indirectamente, en la sentencia, falseando su premisa de hecho, o cuando se prueba la existencia de hechos nuevos –por cualquier medio de prueba– que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo [...]” (Ejecutoria Suprema n.º 502004/Lima, de 27-05-05).

- C.** Su objeto está circunscripto a sentencias firmes de contenido condenatorio pasadas a autoridad de cosa juzgada –decisiones sobre el fondo con carácter definitivo– (artículo 439, § I, CPP). Solo interesa que se trate de una sentencia condenatoria: esta puede imponer una pena, una medida de seguridad o, incluso, disponer la dispensa de pena o reserva del fallo (artículo 62 CP); no es relevante que la pena haya sido cumplida o extinguida.

No está permitida la revisión de sentencias absolutorias, en cuyo caso se opta por la primacía del valor seguridad jurídica –no hay, se afirma,

equivalencia entre condenar a un inocente y absolver a un culpable–; además, protegería al imputado absuelto el principio interdicción de la reforma peyorativa [CLARIÁ] o, con más fuerza, la interdicción de la persecución penal múltiple [SUAY]; prima siempre el *favor defensionis* o el *favor libertatis* visto tanto como principio general inspirador del proceso cuanto como criterio normativo de aplicación directa aplicable en el ámbito de la libertad individual [VÁSQUEZ SOTELO]. Está al margen de la revisión penal la cuestión civil, sin perjuicio de que el éxito de la cuestión penal comprenda aquella [MANZINI].

- D.** Apunta a la primacía del valor justicia material. Por ello: **1.** No está sometida a un régimen de caducidad. **2.** Admite procesos de rehabilitación en caso han fallecido los condenados. **3.** Puede intentarse **(i)** no solo para afirmar la inocencia –“revisión total”–, tanto en sentido propio: ajenidad o no relevancia punible de su intervención (inexistencia del hecho, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena [LEVENE]), como para acreditar la presencia de una causa de exención de responsabilidad penal –el término “inocencia” ha de entenderse no solo como no autoría o no participación en el hecho delictivo sino que se extiende a todos los supuestos en los que el condenado no fuese realmente responsable [CONDE PUMPIDO, y, por ejemplo, STS de 20-02-03]; sino también **(ii)** para variar el título de condena y con él la sanción impuesta –se entiende en sentido favorable al condenado, que es lo que se denomina “revisión parcial”–. No cabe, por consiguiente, para aminorar la pena basada en el mismo título condenatorio en función a la existencia de una atenuación genérica o específica sin relevancia típica o a un supuesto exención incompleta, tal como sería la disminución de la capacidad de culpabilidad [ROXIN]. En el caso del fallecido solo cabe revisión total.

1.2.4. Principios que rigen la acción

Son cinco.

- A.** Principio de verdad y justicia

La decisión materia de revisión se presume cierta y legal, además justa y veraz por encontrarse consentida y con calidad de cosa juzgada, por lo que se encuentra protegida por el principio de seguridad jurídica, de tal manera que el juicio crítico debe ser exigente para declarar que lo sentenciado no es compatible o no corresponde a la verdad material o real.

B. Principio de taxatividad

Solo procede por las causales expresamente previstas en la ley, sin que sea posible que no se encuentren contempladas analógicamente. En síntesis, no es factible aludir a cuestiones diversas a las señaladas en la Ley para obtener la revisión de sentencia. Los supuestos de revisión son *numerus clausus*, aunque la jurisprudencia ha venido flexibilizando su interpretación para dar solución a sentencias notoriamente injustas (STSE de 13-03-99).

C. Principio de la limitación

Comprende una doble proyección: **i)** limitada por las causales expresamente previstas en la Ley, por tanto, el juez no podrá salirse de ese marco y, **ii)** limitada al contenido de la demanda de revisión, por lo que quien absolverá la acción de revisión podrá pronunciarse por causales no invocadas o desarrolladas en la demanda.

D. Principio de autonomía

El demandante deberá proponer los fundamentos a cada causal en forma y separada, con la finalidad de comprender la pretensión del demandante y así evitar confusión en el juez de la causa.

E. Principio de trascendencia.

Los fundamentos de la demanda tienen que encaminarse a quebrantar el fallo condenatorio, en los términos y causales establecidas en la Ley. Además, es necesario que la prueba aportada, tenga incidencia para hacer valor la causal que invoca [PABÓN].

2. Sujetos y órgano judicial de la revisión**2.1. Sujetos de la promoción de la revisión**

El artículo 440 CPP reconoce a los que están legitimados para instar al órgano jurisdiccional la demanda de revisión –promoción es equivalente a interposición–. El CPP no condiciona la petición de revisión a una autorización previa.

En primer término, está el fiscal supremo en lo penal y el condenado. En segundo lugar, se reconocen dos supuestos: **1.** Si el condenado fuere incapaz, el legitimado para hacerlo sería su representante legal. **2.** Si el condenado hubiere fallecido o si estuviere imposibilitado para hacerlo, por su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en ese orden –no como herederos, sino *iure proprio*–; está excluido el tercero civil.

La representación del condenado es precisa: el recurrente deberá demostrar que es el único autorizado por la ley para demandar en revisión. La ley define un orden de prelación y, por tanto, ese orden debe respetarse. En caso de conflicto, sin duda, desde la perspectiva del derecho a la tutela jurisdiccional debe primar, en principio, el interés de quien quiera iniciar la demanda. La imposibilidad del condenado está referida tanto a razones de salud –enfermedad o discapacidad– cuanto a meramente situacionales: lejanía, problemas de comunicaciones, ausencia con presunción de fallecimiento, etcétera; en este caso, sus parientes intervienen en calidad de sustitutos procesales.

En efecto, el artículo 440 del CPP hace referencia a la legitimidad en la causa, en cuya virtud el proceso debe llevarse a cabo por los sujetos expresamente señalados o autorizados en la ley para el ejercicio de la acción: los que integran la relación jurídica material: fiscal y condenado –de ser el caso, también el actor civil–. En el caso de no presentar la demanda uno de los dos últimos, quien lo hace por el condenado debe encontrarse en los supuestos del apdo. 2, del artículo 440 del aludido Código: condenado incapaz, condenado fallecido o condenado imposibilitado, en cuya virtud para el primer caso debe promover la demanda su representante legal, y en los otros dos supuestos, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en ese orden [Rev. Sent. (CPP) n.º 150-2014/Ancash].

2.2. Órgano judicial

El sujeto de la decisión varía según se trate del juicio rescindente o del juicio rescisorio. En el primer caso, es la Sala Penal de la Corte Suprema (artículo 441.1 CPP). En estos casos el CPP –siguiendo la tradición nacional– insiste en la competencia originaria de la Corte Suprema, que en todo caso reflejaría un patrón de concentración de causas en el Alto Tribunal que pone en peligro su eficacia como Corte reguladora de la jurisprudencia. Más allá que tal misión muy bien podría encargarse a las Cortes Superiores, tal vez se explicaría la decisión legislativa el denominado “mito del fallo” –de la cosa juzgada– penal, en virtud del cual parece que la renovación del proceso constituye un acontecimiento de excepción, que sacude uno de los fundamentos del proceso, de manera que su posibilidad debe ser vigilada por el supremo órgano jurisdiccional [CARNELUTTI].

En el segundo caso –juicio rescisorio– variará, pues es posible que este lo realice la misma Sala Penal de la Corte Suprema, siempre que no se requiera una audiencia o juicio para la actividad probatoria, o el Juzgado Penal competente –unipersonal o colegiado– si es que se necesite la realización de un juicio oral.

3. Motivos de revisión

3.1. Alcances

El artículo 439 CPP reconoce seis motivos expresos y específicos de procedencia de la revisión; se trata de un *numerus clausus*. No cabe extenderlos por vía interpretativa o analogía, aunque es posible ensanchar o flexibilizar los supuestos legalmente previstos para dar cobertura a aquellos casos en que la sentencia dictada es notoriamente injusta, por haberse acreditado la inexistencia de responsabilidad penal de quien en la misma aparece condenado [DÍAZ].

La revisión sirve, por regla, solo al examen de los fundamentos fácticos de la sentencia, aunque el CPP reconoce un supuesto de error jurídico, cuando la ley penal fue declarada inconstitucional o se inaplicó –se discute los supuestos en que se declaró inconstitucional una determinada interpretación de la ley– (artículo 439.6 CPP). En el primer nivel, genérico, es de precisar dos situaciones: **(i)** que los motivos pueden agruparse en dos: *ex capite falsi o propter falsa*: pruebas falsas o delitos por o contra el juez (artículo 439.3 y 5 CPP); y *ex capite novorum o propter nova*: nuevos hechos o pruebas favorables al condenado (artículo 439.1, 2 y 4 CPP); y **(ii)** que la novedad del elemento de prueba debe referirse no al momento de la posibilidad de adquirirlo, sino al de la efectiva adquisición de él. Por otro lado, un sector de la doctrina considera que los elementos de prueba propuestos deben considerarse nuevos, aunque hubiesen ofrecidos por la defensa en el debate, pero no hubieran sido considerados por el juez ni fueron valorados en la decisión cuya revisión se pide; la novedad no desaparece por el hecho de que los elementos ya existieran durante el procedimiento y fuera posible producirlos en aquel procedimiento (así, por ejemplo, Casación Argentina, Sala IV, Sentencia n.º 2400, de 20-06-01)

Los seis motivos de revisión son: **1.** Inconciliabilidad de sentencias. **2.** Duplicación de sentencias. **3.** Hechos o medios de prueba falsos o fraudulentos. **4.** Nuevos hechos o pruebas. **5.** Condena por delito contra o por el juez –delitos judiciales–. **6.** Inconstitucionalidad de la ley penal.

3.2. Motivos específicos

3.2.1. Inconciliabilidad de sentencias

Son tres los requisitos exigibles: **1.** Que se hayan dictado dos o más sentencias, distintas entre sí, enjuiciando un mismo hecho. **2.** Que dichas sentencias sean firmes y contradictorias –contraste evidente, absoluta imposibilidad de que

coexistan ambas conclusiones fácticas con evidente lesión al principio lógico de no contradicción—. 3. Que hayan resultado condenadas dos o más personas por un delito que no haya podido ser cometido más que por una sola. Así, por ejemplo, se condena a una persona porque cometió el delito en un lugar determinado, mientras que otra sentencia llega a la conclusión de que en el mismo tiempo el condenado se encontraba en otro lugar; o, cuando una de las sentencias establece que hecho punible solo pudo cometerse por una sola persona y la otra condena a varios [PALACIO]. Pese a la dicción de la norma es posible que una de las sentencias sea absolutoria, pues lo esencial es la inconciliabilidad de fallos penales.

La prueba que permite el contraste es otra sentencia penal firme, condenatoria o absolutoria, por el mismo delito –o, mejor dicho, hecho procesal o suceso histórico objeto de imputación y condena o absolución– dictada con posterioridad. El contraste entre ambas decisiones importa la imposibilidad de hacer que coexistan dos sentencias penales que tienen por fundamento esencial de la declaración de culpabilidad la determinación de hechos inconciliables entre sí; lo que se afecta son las reconstrucciones de hecho, de suerte que una no puede estar en presencia de la otra –esto último deriva del principio de trascendencia– [CASO ANTAURO HUMALA: Rev. Sent. n.º 4-2014, de 18-03-15].

Se trata pues del juicio histórico de las sentencias en pugna, no del juicio jurídico. Por lo demás, en los casos de pluralidad de personas en el mismo suceso histórico es posible, según su nivel de intervención y del diferencial análisis de la imputación objetiva y subjetiva atinente a cada uno de ellos, es posible niveles distintos de subsunción típica. Lo que importa es comparar las reconstrucciones de los hechos en ambas sentencias y que de su contraste fluya que son contradictorias mutuamente y que no es viable armonizarlas. No es posible la revisión cuando la contradicción solo está en la diversa interpretación de la ley, ya que no se admite la revisión por motivos de derecho [MANZINI].

El motivo de inconciliabilidad de sentencias firmes cuando procesalmente se menciona el vocablo “delito”, se refiere a un hecho procesal o suceso histórico subsumible en uno o varios tipos legales –no a un delito en concreto o tipo legal, desde la perspectiva material– [CASO ANTAURO HUMALA: Rev. Sent. n.º 4-2014, de 18-03-15].

3.2.2. Duplicación de sentencias

Se justifica en la superación de la vulneración de la garantía constitucional del *ne bis in idem*. A diferencia del motivo anterior, no se requiere que las

sentencias se refieran a distinta persona por el mismo hecho. Comprende al mismo individuo que es condenado en dos sedes jurisdiccionales por el mismo hecho punible.

3.2.3. Hechos o medios de prueba falsos

Este motivo exige que un elemento de prueba –se trata de un hecho o dato objetivo aportado por un medio de prueba concreto– carece de valor probatorio por cuatro razones: falsedad, invalidez, adulteración o falsificación (testigo perjuró, documento falso o adulterado, acta inválida que contiene datos inexistentes, etc.). Ahora bien, lo central es que se trata de un elemento de prueba que fue decisivo para la condena, esto es, comprende todos los casos en que, mediante un juicio razonable de probabilidad, puede afirmarse que, de no haberse producido tales situaciones –falsedad, falsificación, invalidez o adulteración– la condena anterior no habría tenido lugar [GIMENO]. No hace falta, como en otros Códigos, que esta situación haya merecido una condena firme; la falsedad, adulteración, etcétera, determinante del fallo condenatorio, puede y debe demostrarse en el procedimiento de revisión.

El artículo 439 n.º 3 del Nuevo Código Procesal Penal exige medios de prueba falsos, inválidos, adulterados o falsificados. Este motivo, empero, no se refiere a un cuestionamiento de la propia prueba que obra en el expediente, a partir de un análisis distinto al efectuado por el órgano jurisdiccional en sede declarativa de condena, para restarle valor jurídico-procesal. Este motivo se refiere a la exigencia de que un documento o acta sea falso o carezca de un requisito esencial para su validez desde una perspectiva formal, lo cual requiere un aporte probatorio específico, no un razonamiento alternativo acerca de su valorabilidad. Este último juicio es propio del juez del proceso declaratorio de condena no del de revisión. La falsedad, invalidez, adulteración o falsificación requiere de un fallo judicial o de una prueba autónoma a la actuación o documento cuestionado que revele ese defecto formal que le reste valor jurídico y haga ilícita su incorporación en el acervo probatorio [Rev. Sent. CPP (Calificación) n.º 277-2014, de 20-03-15]. La alegación de una insuficiencia de pruebas, de un error de juicio del Tribunal de mérito, no importa un motivo de revisión. Este motivo alude a acompañar pruebas u ofrecer con principio de sustento objetivo que acrediten, a partir de ellas, la falsedad o invalidez de una prueba de cargo. La falsedad o invalidez de un testimonio no se acredita por el hecho de que falten elementos de corroboración, sino porque positivamente se demuestre que se trata de un medio de prueba viciado por falsedad –fluye un dato que no es compatible con la realidad de lo

acontecido— o nulidad —el acto jurídico-procesal que lo contiene tiene un vicio interno que revela su ineficacia jurídica— [Rev. Sent. CPP (calificación) n.º 172-2015/ Arequipa, de 28-08-15].

3.2.4. Nuevos hechos o medios de prueba

Es el motivo que, por su amplitud, es el más significativo y alegado. Tiene el carácter de una cláusula abierta, que incluso puede comprender a los demás motivos [MORENO CATENA]. Significa que los hechos —en tanto elementos de prueba— o los medios de prueba —o, mejor dicho, medios de valoración [LEONE]— que fundan la revisión, anulen o eliminen el efecto incriminador de los que corren en la causa originaria, poniendo de relieve un error claro y manifiesto ocasionado por el desconocimiento de estos nuevos datos, cuya presencia hubieran cambiado el signo de las valoraciones y conclusiones judiciales. No es preciso que los hechos se produzcan con posterioridad a la condena, pueden ser anteriores o coetáneos; lo relevante es que no han de haber sido de conocimiento al tiempo de dictarse la Sentencia y no pudieron ser tenidos en cuenta por el Tribunal [CALDERÓN/CHOCLÁN]. Es evidente, asimismo, que se requiere que la demanda se sustente en hechos nuevos, no en una interpretación errónea de las pruebas practicadas en el proceso originario. El juicio de relevancia se formula no solo con el mérito exclusivo de la prueba nueva sino también con su integración o correlación con los demás recaudos probatorios existentes ya en la causa, a partir de los cuales pueda concluirse que tienen fuerza suficiente para anular las incriminaciones que fundaron la sentencia objeto de imputación [IRRAGORRI].

No es un hecho nuevo el cambio jurisprudencial, aunque la jurisprudencia constitucional y ordinaria española, en algún caso, opinó lo contrario y se mostró favorable a utilizar este motivo para favorecer al reo (STC n.º 111/1993, y SSTs 623/1998 y 176/1999), pese a que posteriormente el fallo plenario de 24-06-99 negó esa posibilidad. Tal supuesto, sin embargo, constituye en su caso tema para un incidente de ejecución. Es de precisar que la declaración notarial de la agraviada quien ha declarado en el proceso no sería una prueba nueva. En este caso, no existe, pues, nada nuevo que merezca continuar con el trámite del proceso de revisión penal [Rev. Sent. CPP (Calificación) n.º 152-2014, de 13-03-15].

3.2.5. Condena por delito por o contra el juez

Es otro supuesto *propter falsa*. Son delitos judiciales que han merecido una condena firme. Estos delitos serán aquellos cometidos por el juez (prevaricato,

cohecho, abuso de autoridad) o contra el juez (secuestro, amenazas, coacciones) o sus familiares. El requisito, por lo demás exigible en todos los motivos de revisión, es el carácter decisivo del mismo. En el presente caso se requiere que el delito en cuestión determinó la condena.

3.2.6. Inconstitucionalidad de la ley penal

Este motivo es una excepción a la regla de la revisión, circunscripta al examen de los fundamentos fácticos, pues se concentra a los denominados “errores jurídicos” derivados de la aplicación de una ley inconstitucional. Una vez que el Tribunal Constitucional las declare inconstitucionales o la Corte Suprema las inaplique por ese mismo vicio de origen, los afectados con su aplicación tienen expedita la vía de la acción de revisión. La ley cuestionada ha de ser el sustento del fallo condenatorio –no necesariamente debe tratarse de una ley penal, aunque es imprescindible que integre de modo necesario el injusto o algún extremo que justifique el juicio de culpabilidad, como configuración fáctica o jurídica-.

4. Procedimiento

4.1. Acto de interposición

La demanda de revisión, tal como la califica el CPP, debe cumplir –en tanto aporte técnico presentado con la intervención de un abogado– un conjunto de requisitos legales, que han sido establecidos en el artículo 441 CPP. Dicha norma, en el apdo. 1 prevé dos requisitos necesarios y uno potestativo. Los requisitos necesarios son: **(i)** la determinación precisa de la sentencia objeto de revisión, con indicación del órgano judicial que la emitió; y **(ii)** la invocación puntual de la causal o motivo de revisión que se hace valer y, adicionalmente, la referencia específica y completa de los hechos en que se funda y de las disposiciones legales que lo sustentan. La demanda debe ser autosuficiente, pues ha de permitir identificar la sentencia objeto de revisión, establecer la injusticia que se destaca, conocer el motivo de revisión que se invoca y, esencialmente, las razones fácticas y jurídicas que razonablemente justifiquen la necesidad de la rescisión del fallo cuestionado. Otro requisito, esta vez, potestativo, es la pretensión indemnizatoria, cuyo monto debe precisarse, a fin de instarse la prueba correspondiente.

Integra, asimismo, el cuerpo de la demanda las solicitudes probatorias correspondientes. Los apdos. 2 y 3 del artículo 441 CPP regulan este aspecto. El demandante acompañará copia de las sentencias expedidas en el proceso cuya revisión se demanda –a partir de ellas el Tribunal podrá advertir, *prima facie*, la corrección o

veracidad objetiva inicial de las afirmaciones del actor acerca del fallo que cuestiona—, así como la prueba documental correspondiente —salvo que no pueda adjuntarla, en cuyo caso indicará el archivo donde se encuentra—. También ofrecerá los demás medios de prueba, sin duda, pertinentes y útiles, que “acrediten la verdad de sus afirmaciones”. Se tratará, como es obvio, de prueba testimonial, pericial y las demás previstas, en lo pertinente y útil, en el Título II “Los medios de prueba” de la Sección Segunda “La prueba” del Libro Segundo “La actividad procesal” del CPP.

4.2. Acto de calificación

4.2.1. Juicio de admisibilidad y de procedencia

El artículo 443, apdo. 1, del CPP, en esta fase del procedimiento, corresponde al Supremo Tribunal examinar si la demanda de revisión interpuesta reúne los requisitos de admisibilidad y procedencia fijados en los dispositivos anteriores y, en lo pertinente, en lo regulado por los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil, por ser la Ley procesal común [Rev. Sent. (CPP) n.º 150-2014/Ancash]. No cabe duda, a partir de lo expuesto que el primer paso de la Sala Penal Suprema, luego de recibir la demanda de revisión, es examinar su admisibilidad y procedencia, sin necesidad de traslado alguno. El Tribunal de Revisión debe verificar el cumplimiento de los presupuestos de la acción de impugnación en cuestión, que —genéricamente— son los mismos que rigen para todo recurso impugnatorio. El acto de impugnación, la demanda en sí misma, por imperio del artículo 443.1 CPP, se analiza con especial cuidado —la calificación, sin embargo, ni está destinada a realizar estimaciones probatorias ni establecer comprobaciones que, según la estructura del proceso, están reservadas al juicio oral: causales de admisibilidad [ROXIN]—. Es importante entender que como el proceso de impugnación que puede surgir del ejercicio de la acción revisora necesita del concurso de las diversas partes, será del caso identificar a las partes en la causa cuestionada —que tendrán derecho a participar en este proceso— y proporcionar información razonable de su ubicación a efectos del emplazamiento correspondiente.

El artículo 4414 CPP autoriza al tribunal a instar al demandante la subsanación de los presupuestos procesales subsanables y de los requisitos de la demanda que falten precisar —deber procesal de asistencia del tribunal [ROXIN]—. A este efecto es evidente que le concederá un plazo judicial —la ley no fija un tiempo preciso: no lo hace tampoco el artículo 146 CPP—. El incumplimiento de este requerimiento determina el rechazo de la demanda por inadmisibilidad y el archivo de las actuaciones (artículo 426 *in fine* CPC). Es de precisar que la subsanación

solo es dable si es posible superar la vulneración del requisito de inadmisibilidad [Rev. Sent. (CPP) n.º 119-2014/Ucayali]. Esta resolución debe ser motivada y, para garantizar un juicio meditado y colegiado en un tema vinculado al derecho de acción, de relevancia constitucional, requiere votación por unanimidad. No está previsto contra esta decisión, por ser emitida por el Supremo Tribunal y en función a la votación calificada que exige, recurso alguno contra ella. Además, no causa estado, porque salvados los motivos formales de desestimación liminar puede proponerse de nuevo.

Si el juicio de admisibilidad es positivo, así lo declarará la Sala igualmente por auto fundado irrecurrible.

De conformidad con el artículo 472 del Código Procesal Civil corresponde, en esta misma fase del recurso, el juicio de procedencia. Los motivos de improcedencia se encuentran, globalmente, en el artículo antes citado; y son los siguientes:

- El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar.
- El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar.
- Advierta la caducidad del derecho.
- Carezca de competencia.
- No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio. Esta causal se configura cuando lo expuesto en la demanda no guarda relación o es incompatible con el objeto de pretensión [HINOSTROZA].
- El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible. Esta causal alude a dos supuestos: **i)** jurídicamente imposible y **ii)** físicamente imposible. El primero se refiere a la no adecuación o no correspondencia del petitorio con el marco legal existente o contrario o incompatible con este. La segunda determina la imposibilidad de satisfacer lo peticionado en la demanda por ser contraria a las leyes [HINOSTROZA].
- Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

4.2.2. Efectos

El artículo 442 CPP consagra el efecto no suspensivo de la acción de revisión. La interposición de la demanda no suspende la sentencia ejecutoriada. Su suspensión, sin embargo, será posible solo en el extremo de la libertad del imputado que está sufriendo pena privativa de libertad efectiva.

4.3. Actos de sustanciación

Admitida la demanda de revisión, se llevan a cabo tres pasos procedimentales básicos: traslado, actuación probatoria y audiencia de revisión.

4.3.1. Traslado

Como consecuencia del principio de bilateralidad, la demanda debe ser puesta en conocimiento de las partes del proceso objeto de revisión. El n.º 2 del artículo 443 CPP solo menciona al fiscal o al condenado, en su caso, pero es dable, si las razones de la revisión no son exclusivamente personales, correr traslado a las demás partes: coimputados, agraviados, actor civil y tercero civil. Es evidente la necesidad de este traslado y posibilidad de intervención porque la sentencia de revisión, eventualmente, puede afectarlos –en especial, a las contrapartes–.

El Tribunal no solo correrá traslado de la demanda para determinar si las copartes o contrapartes introducen formal oposición a la misma y deciden participar en las actuaciones –el escrito que, en su caso, presenten debe ser, igualmente, autosuficiente e incluir, si correspondiera, las solicitudes probatorias correspondientes–. Además, desde ya, por razones de economía procesal, solicitará el expediente del que deriva la revisión y pedirá la prueba documental instada por el demandante. La incorporación del expediente del que deriva la revisión permitirá, en su día, analizar la prueba actuada que apreció el Tribunal en cuestión, así como también advertir el concurso de las partes que se constituyeron en el proceso originario para que, previa citación, puedan intervenir en el proceso de revisión.

4.3.2. Actuación probatoria

Cumplido el traslado se abre el momento probatorio del procedimiento de revisión, cuyo plazo es de treinta días improrrogables. Es propiamente una fase instructora [PALACIO] y, por tanto, las reglas de actuación no son las del juicio oral –que exigen audiencia única y concentrada de pruebas–, sino las de la investigación preparatoria –diligencias o actos específicos, reservados y discontinuos, aunque informados por el principio de contradicción–, aunque dirigida por el Supremo Tribunal –la Sala, para esta fase, puede nombrar entre sus miembros a un juez supremo–. La determinación de los medios de convicción corresponde a la Sala y su concreta actuación al juez supremo designado al efecto. De estas actuaciones, tendientes a determinar si las afirmaciones del recurrente en revisión son verdaderas,

se levantará el acta correspondiente, que desde luego deben cumplir los requisitos del artículo 120 CPP.

Las evidencias que deben practicarse no son solo las propuestas y admitidas por el demandante, sino las solicitadas y aceptadas por las demás partes, así como las propuestas de oficio por el órgano jurisdiccional (artículo 443.3 CPP), lo que revela que esta fase está informada por el principio de investigación oficial y no de aportación de parte, cuyo carácter por consiguiente es de instrucción, no de juzgamiento –la Sala Penal, por consiguiente, tiene facultades autónomas de investigación, a cumplir a través de alguno de sus miembros, siempre dentro del ámbito fijado en los distintos dispuestos legalmente previstos [D’ALBORA]–. Justifica esta opción legislativa las exigencias imperativas de justicia material y la suma gravedad institucional que entraña la posible rescisión de un fallo firme.

4.3.3. Audiencia de revisión

Culminada la fase probatoria o de instrucción de la causa –sea por actuación de las diligencias correspondientes o por culminación del periodo fijado legalmente: treinta días–, la Sala deberá dictar el auto de citación a la audiencia de revisión y emplazar a todas las partes apersonas. Es imperativa la presencia del demandante –fiscal o la defensa del imputado, según el caso–, pues si no concurre, salvo que exista motivo justificado, se declara la inadmisibilidad de la demanda.

La instalación de la audiencia está condicionada a la presencia del demandante –del representante técnico en el caso del imputado–. La Ley no impone el concurso de las demás partes para la instalación y celebración de la vista, cuya presencia sin duda es importante pero no condiciona su instalación. La audiencia, en este caso, es el espacio de discusión oral del conjunto de aporte probatorio que se logró reunir y de su relevancia jurídica de cara a la fundabilidad de la revisión impetrada.

La audiencia se inicia con la precisión de los términos de la demanda y de la prueba actuada. A continuación, se procede a la exposición de los alegatos orales, primero, de quien interpuso la demanda, luego de las copartes y finalmente de las contrapartes. Si el imputado asiste a la audiencia o, en su defecto, el familiar más cercano, podrá hacer uso de la palabra. Con ese paso se da por terminada la audiencia para la expedición de la sentencia de revisión, cuyo plazo de emisión es de veinte días. El fallo se lee en audiencia pública, que se citará al efecto, conforme a las reglas del juicio de apelación (artículo 443.5 CPP).

4.4. La sentencia de revisión

La sentencia de revisión puede ser estimatoria o desestimatoria, y se notifica a todas las partes del proceso originario. Es irrecurrible: no hay otra instancia a la que se puede acudir.

4.4.1. Sentencia desestimatoria

Se emite cuando los fundamentos de la demanda de revisión carecen de sustento. Es decir, la actividad de instrucción no ha permitido encontrar “confirmación suficiente” de que la sentencia cuestionada, en función a las actuaciones realizadas *ex post* y bajo una lógica objetiva, presenta serias dudas de corrección jurídica. Esto significa, conforme a la jurisprudencia constitucional alemana (BVerfG NStZ 90, 499), que no es necesaria la prueba plena de las fundamentaciones presentadas [ROXIN]. El motivo en que se basa la revisión ha de quedar justificado con un nivel de seria probabilidad y los elementos de convicción incorporados a la causa deben confirmar que será posible, de realizarse un nuevo enjuiciamiento, un sentido diferente de la conclusión del fallo originario.

La denegatoria de la revisión, o la ulterior sentencia confirmatoria de la anterior –la que se dicte en el juicio rescisorio–, no impide una nueva demanda de revisión, siempre que se funde en otros hechos o pruebas. No hay preclusión, pero se condiciona a que los elementos aportados sean diferentes.

4.4.2. Sentencia estimatoria

Esta rescinde el fallo cuestionado, lo que determina que se declarará sin valor –por la regla de *iura novia curia* no es determinante la calificación del motivo invocado por el demandante pues el tribunal puede derivar su análisis al motivo que legalmente corresponda–. Con esta decisión se agota el *iudicium rescindens*. Sin embargo, es posible que esta misma sentencia incorpore, acumulativamente, un *iudicium rescissorium*, en la medida en que no sea necesario para decidir sobre el fondo del asunto un nuevo juicio oral, el cual por lo demás es la regla general: corresponde al juez de mérito, al juez penal –unipersonal o colegiado– a quien corresponda según las reglas de competencia preestablecidas, realizar el nuevo juicio oral y expedir el juicio rescisorio que corresponda, absolutorio o condenatorio.

La rescisión podrá ser con o sin reenvío. La opción por una u otra alternativa estará en función a la naturaleza de la causal objeto de decisión y/o al nivel o entidad, cualitativa y cuantitativa, de los elementos de convicción acopiados –si la situación probatoria permite inequívocamente renunciar al juicio oral por

superfluo en el caso concreto—. Así, por ejemplo, un caso evidente de sentencia de revisión acumulativamente rescisoria será cuando el condenado ha muerto, en que el juicio oral siempre está excluido.

La fase rescisoria de la revisión, el juicio rescisorio que tiene lugar en el Juzgado Penal competente, por imperio del artículo 444.2 CPP, si bien se tramitará conforme a las reglas respectivas, sin ninguna especialidad derivada del proceso de revisión, se sujeta a una particularidad y una limitación: el ofrecimiento de prueba y la sentencia no podrán fundarse en una nueva apreciación de los mismos hechos del proceso, con independencia de las causales que tornaron admisible la revisión. No se puede desconocer las nuevas actuaciones que dieron lugar a la revisión y estas deben valorarse con el conjunto de la prueba actuada en el nuevo juicio conforme a las reglas que rigen la actividad probatoria.

Son dos los efectos de la sentencia estimatoria: **1.** La condena sufrida se computa cuando en el juicio rescisorio se dicte nueva sentencia de condena. **2.** Si en el juicio rescisorio se dicta sentencia absolutoria, los que fueron condenados y los herederos en su caso, con arreglo al artículo 444.3 CPP, tienen derecho —si lo hubieren pedido en la demanda de revisión— a la indemnización por daños y perjuicios por concepto de error judicial, a la vez que se les que, necesariamente, se les devolverá los pagos hechos por concepto de reparación civil y multa [CORTÉS]. Es evidente que la indemnización procederá si el imputado no contribuyó con su actuación al error judicial, como atinadamente señala, por ejemplo, el artículo 487 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

VI. NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES

1. Presentación

Esta unidad temática aborda tres puntos: **A.** Acto procesal. **B.** Nulidad y clasificación. **C.** Tratamiento procesal. Estas tres nociones están enlazadas e incorporan conocimientos interdisciplinarios, provenientes de la teoría del derecho, del derecho civil y del derecho procesal.

2. Acto procesal

2.1. Regulación legal y concepto

Regulación Legal. Las nociones sobre acto procesal están reguladas: **A.** En el Libro Segundo “La actividad procesal”, Título I “Las Actuaciones procesales”,

Títulos del I al II (las formalidades y los plazos) del Código Procesal Penal: artículos 114/145 (32 artículos); y, específicamente, Título III “La Nulidad” de la Sección I “Preceptos Generales” del Libro Segundo “La actividad procesal”: artículos 149/154 CPP: seis artículos. **B.** Además, en el Título V “Nulidad de los actos procesales” de la Sección III “Actividad Procesal”: artículos 171/178 CPCivil: ocho artículos.

Concepto. Cuatro ideas sustanciales es menester tener presente para la correcta definición del acto procesal.

1. El proceso tiene un carácter dinámico, es decir, se configura como una sucesión ordenada de actos a través de los cuales se pretende satisfacer el derecho a la tutela jurisdiccional. Cada acto es causa del anterior (salvo el primero) y consecuencia del posterior [PÉREZ CRUZ MARTÍN].
2. Acto procesal es el acto jurídico –toda conducta o actividad humana, regulada en la ley (en este caso, la ley procesal), de quien interviene en el proceso– que desarrolla sus efectos principales o primarios, directos y específicos, legalmente previstos, en la constitución, desarrollo y fin del proceso. Mediante los actos procesales el proceso se realiza. Es indiferente que el acto se efectúe en el seno o fuera del proceso. Los actos procesales no están sometidos a condiciones, pues debe existir claridad sobre el comienzo, el estado y la conclusión del proceso, lo que es consecuencia de la naturaleza de derecho público del proceso [VOLK].
3. Para la configuración del acto procesal se necesita de la intervención de la voluntad humana –es determinante para su formación–. El hecho procesal, es otro concepto, pero en él no interviene la voluntad humana; es un acaecimiento natural, que produce efectos dentro del proceso (como por ejemplo: el paso del tiempo, a los efectos de la caducidad).
4. El acto procesal no solo es aquél que conforma el proceso sino también aquel que hace posible una relación o una situación procesal, en cuanto que de todo acto procesal se deduce un derecho, una carga, una facultad o una posibilidad procesales. Empero, el régimen general de los actos jurídicos no es aplicable a los actos procesales, de un lado por el rigorismo formal que les rige, de otro, porque si bien todo acto procesal es producto de una manifestación o declaración de voluntad, la consecuencia procesal es totalmente independiente de ésta [PÉREZ CRUZ-MARTÍN].

2.2. Requisitos del acto procesal

2.2.1. Finalidad de los requisitos del acto procesal

La finalidad de los requisitos es garantizar el efecto que con ellos se quiere lograr. En todo caso, ha de tenerse presente la orientación constitucional de alejamiento de todo formalismo que impida la defensa de los derechos e intereses legítimos en el proceso.

2.2.2. Consideración general de los requisitos

2.2.2.1. Perspectiva aislada

Considerado aisladamente el acto procesal es una manifestación de voluntad y, como tal, consta de dos elementos: la forma y el contenido. **1.** La forma constituye el elemento objetivo, o sea el modo de exteriorización de la voluntad, legislado positivamente; es el modo de actuación de la voluntad. La forma puede referirse no solo al acto individualmente considerado, sino también al conjunto de ellos que se requiere para la validez de otro acto procesal, y asimismo puede relacionarse con la colocación del acto dentro de la relación procesal, y en este caso la forma se refiere a la ordenación del procedimiento mismo [ALSINA]; y, se requiere para la lealtad en el debate, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión—. **2.** El contenido, como todo acto jurídico consta, a su vez, de tres elementos: **(i)** causa (fundamento o fin del acto, lo que es indiferente al proceso), **(ii)** intención (ha de ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad), y **(iii)** objeto (lícito e idóneo) —en lo procesal se tiene una ausencia de reglamentación legal—, por lo que para su valoración ha de estarse a la función que el acto realizado desempeña en el proceso [ALSINA].

2.2.2.2. Perspectiva compleja

Una perspectiva más compleja es ésta. Los requisitos del acto procesal son seis y se incardinan en requisitos subjetivos, requisitos objetivos y requisitos de actividad: **1.** Aptitud, **2.** Voluntad —éste y el anterior, son requisitos subjetivos—, **3.** Posibilidad, idoneidad y causa —son requisitos objetivos—, **4.** Lugar, **5.** Tiempo, y **6.** Forma —son requisitos de actividad—.

1. Aptitud. Se entiende por aptitud las condiciones necesarias que deben concurrir en el sujeto del acto procesal para que éste pueda legalmente realizarlo. Es, en buena cuenta, la posibilidad actual del sujeto de realizar el acto [GUASP]. Está en función a los sujetos procesales:

A. Al órgano judicial. Debe estar investido de jurisdicción y competencia. Se trata de las resoluciones y las actuaciones (artículo 119 CPCivil).

(i) Resoluciones: normalmente los jueces actúan resolviendo la cuestión principal o las cuestiones procesales e incidentales necesarias para alcanzar su fin, y lo hacen a través de las resoluciones que dictan. Como tal, los jueces dictan resoluciones, y tienen encomendado el impulso del proceso (para que el proceso prosiga su marcha); y, materialmente, dan la ordenación del proceso, que se requiere en cada caso –estos últimos requieren una elección entre distintas posibles alternativas y, por ello, normalmente conlleva la resolución correspondiente en forma de decreto–. Mediante la resolución el juez impulsa o decide alrededor del proceso o se pone fin a éste (artículo 120 CPCivil). Las resoluciones se clasifican en decretos, autos y sentencias, bajo el régimen del artículo 123 CPP.

(ii) Las actuaciones (artículo 127 CPCivil): son las diligencias que se realizan bajo la conducción del juez (declaraciones e interrogatorios de imputados y demás órganos de prueba –con o sin intérprete: artículo 115 CPP–, así como las diligencias de prueba y las audiencias –que se protocolizan o documentan en actas levantadas por el Secretario: artículo 120 CPP–).

El CPP unifica bajo la noción de “actuación procesal” los actos procesales y las actuaciones procesales propiamente tales.

B. A las partes procesales, que debe tener los requisitos de capacidad (para ser parte y de actuación procesal), legitimación (especial relación con el derecho discutido) y postulación (asistencia de abogado). Siguiendo a GOLDSCHMIDT, son los actos de postulación y los actos de causación. Los primeros (actos de postulación), se dirigen a conseguir una decisión del juez de contenido determinado: de petición, de producción de prueba, de conclusión. Los segundos (actos de causación) producen directamente efectos en el proceso y crean de forma directa una situación jurídica procesal, v.gr.: conformidad procesal [CORTÉS].

C. A los terceros, que son los que intervienen en el proceso (testigos, peritos y auxiliares jurisdiccionales, promoción de tercería para intervinientes accesorios), y que se debe estar a las exigencias que la ley establece para cada supuesto y acto.

2. Voluntad. Este elemento es característico y consustancial a la idea misma de acto procesal en contraposición a la de simple hecho procesal –sin

voluntad no hay acto—. Hay voluntad interna y voluntad externa. Lo relevante para la realización del acto procesal es la voluntad externa, que se encuentra establecida en la ley; el acto supone en sí mismo la manifestación de la voluntad, de voluntariedad. La voluntariedad se analiza en relación misma del acto realizado, el cual produce sus efectos con independencia de la voluntad humana y son imputables solo a la ley. Un requisito de la manifestación de voluntad es que el acto sea inteligible (su contenido objetivo se basa en su tenor literal y, sobre todo, en el significado que se le puede aludir: la interpretación [ROXÍN-SHÜNEMANN]).

3. Posibilidad, idoneidad y causa

(i) Posibilidad: el objeto del acto ha de ser posible física y humanamente considerado. Es la aptitud genérica del objeto del acto para poder figurar como tal en el proceso.

(ii) Idoneidad: Está referido al concreto acto que se realiza, el cual ha de ser jurídicamente relevante e identificado con el interés en obtener una tutela jurídica; el acto procesal ha de ser el vehículo adecuado para la producción de sus efectos normales —es la aptitud específica del objeto sobre el que recae el acto [PÉREZ CRUZ MARTÍN]—. Los actos procesales son generalmente unilaterales y recepticios, pues se perfeccionan cuando la declaración de voluntad, que es su contenido, llega al conocimiento del destinatario: juez o partes.

(iii) Causa: Es la razón que los justifica o el fin para el que se realiza —el porqué jurídico—, el cual siempre ha de ser jurídicamente relevante e identificado con el interés en obtener la tutela jurídica.

4. Lugar. La regla es que los actos procesales se realizan en la propia sede del órgano judicial, pero pueden realizarse en otros lugares si es conveniente para la buena administración de justicia —cuando sea indispensable conocer directamente elementos de convicción decisivos— (artículo 116 CPP), e incluso puede haber exhorto (artículo 151 CPCivil).

5. Tiempo. Las actuaciones del proceso se practican en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas. Se regula en un doble sentido o dimensión: **a)** en relación con el tiempo apto para que se lleve a cabo; y, **b)** en atención al orden de su ejecución en el seno del procedimiento, en función a la secuencia temporal que la ley establece.

- A.** **Tiempo apto:** el acto se debe realizar en el momento que es considerado hábil por la ley para su realización (penal: todo día y hora es hábil: artículo 117 CPP); y, los días inhábiles pueden ser habilitados.
- B.** **Tiempo como secuencia:** el acto se realiza dentro del plazo o el término fijado por la ley –salvo el caso de falta de previsión legal o por autorización de ésta: artículo 146 CPP–. El plazo es el lapso de tiempo dentro del cual, y en cualquier momento, puede realizarse; y, el término, indica el momento concreto, con expresión de día y hora, en que debe verificarse una determinada actuación.

Reglas generales: (i) plazos son improrrogables, produciéndose la preclusión a su vencimiento. (ii) Conforme al artículo 144 CPP la caducidad es la consecuencia del vencimiento del plazo, salvo el caso de los plazos impropios fijados para la actividad de fiscal y juez. (iii) Los plazos pueden ser objeto de reposición, que se dispone cuando se presentan factores de fuerza mayor o de caso fortuito, o por defecto de la notificación (artículo 145 CPP). (iv) Para el cómputo –solo se tienen en cuenta los días hábiles, salvo medidas coercitivas contra la libertad personal: artículo 143.3 CPP–, se tiene presente el *Dies A Quo* –momento de inicio: día siguiente de la notificación: artículo 143.2 CPP– y *Dies Ad Quem* –momento del fin, y si vencer en día inhábil se prorroga de pleno derecho al día siguiente hábil: artículo 143.4 CPP–.

6. Forma. Se refiere al modo de expresarse o manifestarse los actos procesales al exterior. Tres aspectos:

a) el vehículo para su transmisión (oral o escrito: lo oral en audiencias y allí resoluciones orales, preponderancia en el juicio y en audiencias: lo nuclear; y las videoconferencias).

b) su proyección hacia las partes y la sociedad (publicidad –el juicio oral y las audiencias, incluso las sentencias– y secreto –reserva de la investigación preparatoria y posibilidad de reserva del juicio: artículos 324, de un lado, y 356.1, 357 y 358 CPP, de otro–);

c) lengua o idioma (castellano, lengua oficial de la nación: artículo 114 CPP). Para extranjeros: intérpretes, y documentos se traducen (artículo 114. 2, 3 y 4, CPP).

3. Defectos y nulidades procesales

3.1. Defectos procesales. (I)

3.1.1 Nulidad – definición

La nulidad es el remedio procesal que tiene lugar cuando el acto procesal judicial padece de una falta de aptitud para producir los efectos que le son propios, es decir, presenta un vicio o defecto que se lo impide y es causa de su invalidez. En su virtud, se priva al acto procesal de sus efectos jurídicos normales –la ineficacia se entiende como la incapacidad del acto para producir sus efectos jurídicos [LEONE]–. Para ello, como es lógico, la norma infringida debe ser de tipo invalidante, es decir, de un a naturaleza tal que su infracción conlleve la nulidad.

Propiamente, la nulidad es una técnica de protección del ordenamiento jurídico dirigida a la privación de los efectos producidos por actos en cuya realización se ha cometido infracciones que el ordenamiento considera dignar de tal protección [HERNÁNDEZ GALILEA].

Todo acto procesal requiere el cumplimiento de las formas y es del caso asegurar su propio respeto mediante sanciones adecuadas. En casos graves, esta sanción es la nulidad. No obstante la nulidad tiene que ser declarada en una solución para que produzca efecto; la nulidad debe ser constatada formalmente.

De otro lado, es de precisar que los actos no judiciales que incumplan los requisitos de lugar, tiempo y forma resultarán inválidos y se tendrá por no realizados –solo se anulan los actos judiciales– [GARBERÍ].

El juez debe disponer la reposición del acto nulo –retrotraer la causa a un estado determinado, esto es, al momento o paso en que se produjo el acto nulo, para su enmienda o renovación–.

3.1.2 Identificación

Los actos procesales, al igual que los actos jurídicos en general, pueden presentar defectos –falta derivada de la observancia de las normas procesales–, que tienen diversos grados. Así, los defectos pueden ser determinantes de su (i) nulidad radical o absoluta o de su (ii) anulabilidad o nulidad relativa: artículos 150 y 151 CPP. También existen (iii) actos procesales irregulares, que llevan aparejada una sanción de tipo disciplinario para el sujeto autor del acto, pero permaneciendo

el mismo subsistente y eficaz –son defectos de escasa relevancia que no importan ningún nivel de indefensión o regularidad esencial del procedimiento–. Las dos nulidades son categorías elaboradas en la teoría del derecho. La nulidad ofrece grados: absoluta y relativa; es decir, existen actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa. La primera afecta disposiciones de carácter imperativo –organización judicial, competencia objetiva y funcional, y normas esenciales del procedimiento de carácter imperativo–, mientras que la segunda solo afecta al interés privado –se refiere, a las “[...] otras normas referidas al procedimiento”–.

3.1.3 Diferencias

Son tres las diferencias entre las diversos tipos de nulidad. **1.** La nulidad absoluta es insubsanable, y la relativa es subsanable o convalidable (artículo 152 CPP). **2.** La nulidad absoluta es apreciable de oficio y en cualquier momento (artículo 150, primer párrafo, CPP), y la relativa solo a instancia de parte (dentro del quinto días de conocida: artículo 151.3 CPP). **3.** La declaración de nulidad absoluta produce efectos *extunc* (se entiende que el acto nunca se produjo, hacia el pasado), y la relativa solo *ex nunc* (a partir de su declaración, hacia el futuro) [CORDÓN]. Una aclaración es imprescindible: según ha quedado cierto, el contenido, como elemento del acto procesal, también puede ser objeto de infracción y, por tanto, es posible su nulidad, para lo que debe recurrirse a lo que estatuye la doctrina procesalista sobre la materia –nuestra ley procesal no la regula–.

3.1.4 Reglas para su declaración

El defecto incurrido –producto de la inobservancia de las disposiciones legales establecidas–, que genera la declaración de nulidad del acto procesal, está sujeto a cuatro principios: taxatividad, finalidad, trascendencia y de protección.

1. La nulidad debe estar sancionada expresamente por la ley (artículo 149 CPP). Es el principio de taxatividad. También se le denomina “principio de especificidad” (*pas de nullité sans texte*), en cuya virtud la nulidad como sanción no puede ser establecida sino por la ley. Solo la ley puede pronunciarla. Se acoge, por tanto, el sistema legalista. Su interpretación ha de ser restrictiva para no desvirtuar el régimen legal o deferirlas a una valoración del juzgador (Casación argentina, Sala III, 1997). No se admite nulidades sustentadas en analogía, pero estas pueden resultar de una prohibición o condición legal, por lo que carece de valor legal todo acto que ofenda la ley imperativa -o prohibitiva [LEDESMA].

2. Al principio anterior se agrega el principio de **finalidad**. Fuera del principio de taxatividad, la nulidad también se declarará cuando el acto procesal carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (artículo 171, primer párrafo, CPCivil).

De otro lado, están implícitos los principios de **trascendencia** y de **protección**.

3. El principio de **trascendencia**, exige que el defecto ha de haber ocasionado un concreto perjuicio de indefensión, afectado un interés tutelable, perjuicio concreto y evidenciado. Se entiende que las nulidades absolutas presuponen, en principio un interés afectado, pero es de rigor analizar caso por caso, pues debe llegarse a la convicción que de no haberse producido el vicio el resultado habría sido otro. Además, la declaración de nulidad es inviable cuando se afecta el interés de la parte cuya garantía se ha vulnerado.

4. El principio de **protección**, requiere, como regla de carácter negativa, que el afectado no ha de haber ocasionado la nulidad o concurrido a causarla, lo que se sustenta en el principio de moralidad procesal.

3.1.5. Nulidad absoluta (II)

El artículo 150 CPP, de fuente italiana, identifica taxativamente, aunque con un supuesto abierto, los motivos de nulidad absoluta. Son actos a los que les falta un requisito esencial que lo afecta gravemente. Este defecto es insubsanable [Alzamora]. Son cuatro defectos: tres son motivos de nulidad específicos –1 al 3– y el restante es un motivo genérico –el cuarto–. Así: **1.** Intervención, asistencia y representación del imputado, o de la ausencia de su defensor en casos de defensa obligatoria. **2.** Nombramiento, capacidad y constitución de los jueces o salas. **3.** Promoción de la acción penal y participación obligatoria del MP en las actuaciones procesales. **4.** Inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas en la Constitución –prescindencia de normas esenciales del procedimiento que generen indefensión material–.

Es implícita, desde luego, conforme al régimen general de los actos jurídicos, cuando el acto se realice bajo violencia o amenaza –vicios de voluntad–. Su consecuencia jurídica es la ineficacia, que incluso puede hacerse valer de oficio [VOLK]. Cabe acotar que el error será relevante si es claro y el juez no lo ha puesto en claro, pues viola su deber de asistencia judicial (BGHSt 18, 257). El engaño también puede ser incluido en esta noción, el cual relevante si resulta claro, bajo el mismo criterio de la violación del deber de asistencia judicial [ROXIN–SCHÜNEMANN].

3.1.6. Nulidad relativa (III)

3.1.6.1. Definición

No existe un precepto que fije los motivos de nulidad relativa, pero su referencia –y solo ella– se encuentra en el artículo 151 CPP. En todo caso, se produce cuando el acto procesal contiene genéricamente algún tipo de infracción legal, es decir, contravenciones previstas en la ley procesal, de importancia secundaria; de preceptos no esenciales o que protegen bienes jurídicos e intereses legítimos de importancia menor [DE LA OLIVA]–. Ésta, empero, no produce efectiva o grave indefensión a las partes, bien porque el perjuicio que les ocasionan no es relevante en orden a la alegación y prueba de sus pretensiones, o bien porque es posible subsanar ese defecto. Es pues un defecto leve, que no compromete su existencia, y proviene en la mayoría de los casos de un descuido o error [ALZAMORA].

3.1.6.2. Límites para su declaración

A. Son dos los límites para la declaración de nulidad:

1. **Formal** –positivo o negativo–. El positivo: Solo está legitimado para instarla el afectado y dentro de los cinco días de conocido el defecto –en este último punto, se afirma la vigencia del principio de preclusión procesal–. El negativo: No podrá ser alegada cuando ya se deliberó en la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación en la sentencia de la instancia sucesiva.

Se puede decir, por un lado, que el hecho que el caso juzgado, la sentencia firme, purgue cualquier nulidad, aún las nulidades absolutas, esto es, haga primar la valía del principio del caso juzgado por sobre la disvalía de la nulidad absoluta., hace que –de facto– todo defecto procesal sea de carácter relativo [ALVARADO VELLOSO]. Pero, por otro lado, también es posible afirmar que, como los casos de nulidad absoluta precisan ser judicialmente constatados, al no haber sido verificadas es que jurídicamente no existen, tanto más si no es debido, en general, que el ordenamiento procesal establezca instrumentos determinados para el examen del acierto o desacierto con el que un juez haya apreciado casos de hipotética nulidad; en conclusión, alcanzada la cosa juzgada se puede decir, o bien que ya no hay nulidades absolutas en el proceso cerrado, o bien que no hay medio jurídico para que sean judicialmente constatadas: no pueden valer jurídicamente como casos de nulidad absoluta [ORTELLS].

2. Material: No procede cuando el que la alega ocasionó el defecto, concurrió a causarlo, o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada, o por quien debía conocer la prohibición legal. Los terceros tampoco están legitimados. Es el denominado “principio de protección”, que es una regla negativa que evita el indebido manejo de la sanción, propendiéndose a la moralización de la actividad procesal. Consagra la máxima: *nemo auditur turpitudinem suam allegans; malitiis non est indulgendum* [no se atiende a quien alega su torpeza; no hay que condescender con la malicia]. Se sustenta en el principio de moralidad procesal, de suerte que quien alega el vicio puso en evidencia los elementos indispensables o concurrentes para que se verifique la nulidad [LEONE].

La jurisprudencia constitucional española, asumiendo esta regla, tiene expuesto que aun produciendo indefensión, no son susceptibles de provocar la nulidad de actuaciones, las siguientes: **(i)** cuando dicha situación ha sido buscada intencionadamente por la parte que la invoca, mediante su comportamiento doloso o negligencia (STCE 57/1998); **(ii)** cuando se deba a una actuación desacertada, equívoca, errónea u omisiva de quien pretende la declaración de nulidad; **(iii)** cuando la situación de indefensión hubiera sido provocada por su conducta de ocultamiento, como sucede en aquellos casos en los que el motivo de nulidad invocado fuese la indefensión producida por la falta de emplazamiento (STCE 159/1988); y, **(iv)** cuando quien instase la nulidad no hubiese usado de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico con la suficiente pericia técnica (STCE 109/1985) [GIMENO/DÍAZ].

B. De otro lado, no solo se requiere vulneración objetiva de la ley, sino además que el acto procesal ocasione perjuicio para la defensa, indefensión material –se exceptúan algunos casos de nulidad absoluta en los que no importa el perjuicio, aunque son pocos estos casos, muy raros–. No cabe la nulidad procesal si carece de fin práctico, ha de haber un interés jurídico lesionado.

La indefensión ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (STSE 1574/2001, de 14 de noviembre). Ello determina que la nulidad debe declararse en supuestos muy excepcionales (STSE 1574/2001, de 14 de noviembre), de quiebras procesales esenciales causantes de indefensión en las partes concernidas (STCE 4/2004, de 14 de enero).

3.1.7. Efectos de la nulidad (IV)

3.1.7.1. Ámbito

Comprende tanto la nulidad absoluta (de pleno derecho) como la nulidad relativa (anulabilidad). El artículo 154 CPP no hace diferencia alguna.

3.1.7.2. Extensión

1. Criterio base: la nulidad de los actos procesales ocasiona derechamente la nulidad del proceso, como serie o sucesión de actos encaminados hacia la sentencia, de suerte que a cada acto le precede otro –u otros– y a su vez, este es presupuesto del siguiente –o siguientes–. La extensión de la nulidad se centra en los actos procesales dependientes del acto nulo. Existen, por tanto, exclusiones a la extensión y límites a la misma.

2. Reglas de exclusión. El artículo 154 CPP fija las reglas para evitar las nulidades en cadena, al amparo del principio de conservación, y destaca qué actos no son dependientes [VALENCIA]. El principio de conservación cumple en el proceso jurisdiccional la misma función que en el resto del ordenamiento jurídico: la seguridad y la certeza jurídicas imponen que se conserve la validez de los actos procesales cuando la nulidad de los mismos acarrea o puede acarrear más perjuicios que beneficios –una expresión del mismo se presenta en el caso de las nulidades relativas que permiten su convalidación y su saneamiento, así como en diversas expresiones del principio de preclusión procesal– [CORTÉS]. De la concordancia de los artículos 173 CPCivil y 154 CPP destacan tres reglas conservativas: **A.** La nulidad no se extiende a los actos anteriores y los sucesivos que no dependen del acto nulo –que son independientes de él–. **B.** La nulidad no comprende, asimismo, los actos sucesivos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. **C.** La nulidad de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.

La conservación es una respuesta a la noción de que la nulidad procesal es una sanción que genera sensibles efectos en la progresión de la causa, su declaración solo procede en casos extremos y comprobados, en que se acredita la infracción del ordenamiento procesal, la trascendencia del acto y la efectiva indefensión generada –el vicio ha de generar consecuencias prácticas, consistentes en la privación del derecho de defensa y un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que será del caso apreciar según las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTCE 48/1986 y 145/1986).

3. Límite de la retroacción de actuaciones. Detectado el acto nulo, en relación con el conjunto del procedimiento ya realizado, luego de su emisión, la retroacción no puede alcanzar etapas ya precluidas –es de referirse a las etapas del proceso declarativo de condena: Investigación preparatoria, intermedia y juicio oral, y de ellas se desprende que el Juzgado Penal no puede declarar la nulidad de actos realizados en las etapas previas al juicio–, con excepción de lo que corresponde en el caso de las potestades anulatorias que tengan los órganos jurisdiccionales superiores en sede de recursos de apelación y de casación.

3.1.8. Convalidación y saneamiento de actos procesales (V)

3.1.8.1. Convalidación

A. Concepto: convalidar es confirmar o revalidar un acto jurídico, en este caso un acto procesal. Solo se puede convalidar un acto anulable, que tiene defectos relativos –contravenciones previstas en la ley procesal–. La declaración de nulidad en los casos de anulabilidad, entonces, está limitada a que fuere imposible convalidar o sanear.

B. Base legal: artículo 152 CPP. **C. Casos de convalidación:** **1.** Cuando las partes no solicitaron dentro del plazo su saneamiento. **2.** Cuando las partes concernidas aceptaron, expresa o tácitamente, los efectos del acto. **D. Supuestos de improcedencia de convalidación:** **1.** Cuando, pese a la irregularidad, el acto consiguió su finalidad o no afectó el derecho y las facultades de los intervinientes en él. **2.** Cuando el acto defectuoso no modificó el desarrollo del proceso ni perjudicó la intervención de los perjudicados.

La denominada “convalidación tácita” es un supuesto de convalidación (artículo 172.3 CPCivil). Se da cuando la parte facultada para plantear la nulidad no realiza su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo. Si, en su oportunidad, la parte afectada guarda silencio luego ya no puede alegar afectación a sus derechos (SCivil 733-2008/Moquegua, de 2-4-2008).

3.1.8.2. Saneamiento

A. Concepto: Es un instrumento procesal por el cual se repara o remedia un acto procesal incurso en nulidad relativa.

B. Modos de saneamiento: El saneamiento procesal es una obligación para el juez, y se expresa, siempre que sea posible, de tres modos: **1.** Renovando el acto. **2.** Rectificando el error. **3.** Cumpliendo el acto omitido. No es posible, bajo el

pretexto del saneamiento procesal, retrotraer el procedimiento a un período ya concluido –solo es factible una retroacción a pasos dentro del período, fase o etapa procesal, según los casos, correspondiente–.

C. Procedimiento del saneamiento. Se realiza de oficio o, en todo caso, a instancia de la parte interesada. Si el juez detecta la contravención de las formalidades legales en un acto procesal, lo comunicará al interesado, interesará su saneamiento en un plazo judicial y, vencido el mismo resolverá lo conducente.

4. Tratamiento procesal de la declaración de nulidad procesal

4.1. Control de la nulidad. Medios (I)

Como fundamento de esta institución procesal se tiene que, en puridad, todo sistema procesal está interesado en que no se produzcan actuaciones desviadas, por lo que se articulan oportunidades para enderezarlas. El CPP y el CPCivil solo regulan dos medios para hacer valer la nulidad de un acto procesal:

1. Incidente de nulidad de actuaciones (artículos 151.1 CPP, y 175 y 176 CPCivil).
2. A través de los medios de impugnación regulares (artículos 425.3ª, 433.1 y 2, CPP, y 355 y 382 CPCivil).

Una regla de protección del conjunto del proceso es que no cabe declaración de nulidad absoluta y, menos, de nulidad relativa, cuando el proceso ha terminado por resolución firme. En sede de impugnación no es posible que se decrete de oficio nulidades procesales, salvo las absolutas más graves. Nuestro ordenamiento no cuenta con una regla más dura en este sentido, como por ejemplo la española, que impide las nulidades, salvo las vinculadas a vicios graves de la voluntad y a la falta de jurisdicción o de competencia objetiva y funcional (artículo 227.2.II LECivil).

De otro lado, el que propone la nulidad tiene la carga de probarla, no quien tenga interés en excluir la existencia de la nulidad deducida [MANZINI]. Pero, más allá de esta regla de prueba, es de rigor reconocer, por lo anteriormente expuesto, que el motivo de nulidad del acto debe estar probado acabadamente y, ante la duda, el acto debe considerarse válido. La decisión anulatoria debe sustentarse en un alto grado de certeza, pues de lo contrario ha de mantenerse o conservarse el *statu quo ante*, el estado jurídico vigente [DI GIULIO].

4.2. Incidente de nulidad de actuaciones (II)

4.2.1. Criterio base

Como se indicó, existen actos procesales nulos de nulidad absoluta y actos procesales nulos de nulidad relativa. Los primeros –los actos nulos de nulidad absoluta– no necesitan para su declaración instancia de la parte interesada, pese a lo cual pueden denunciarla. La nulidad absoluta y la nulidad relativa, según se acotó, están sometidas a distintas reglas.

4.2.2. Solicitud

Fuera de una causa de invalidez o nulidad ocurrida en una audiencia, se requiere de una solicitud de nulidad fundamentada por escrito y en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, siempre antes de la deliberación de la sentencia, y, en todo caso, dentro de quinto día de su conocimiento (artículos 176, primer párrafo, CPCivil y 151.3 CPP) –en este último caso, siempre ha de tenerse en cuenta, en orden a la subsanación de los actos procesales, que las dos únicas limitaciones han de ser: que sea realmente posible y que no exista agravio constitucional para la otra parte [RAMOS MÉNDEZ]–. En la solicitud se debe describir el defecto y proponer la solución correspondiente, dice el artículo 151.2 CPP. Ha de sustentarse, por cierto, en una causal prevista en el Código (principio de taxatividad); y, no debe tratarse de una cuestión anteriormente resuelta (principio de preclusión): artículo 175.2 y 3 CPCivil. Luego de la sentencia no cabe incidente de nulidad de actuaciones.

4.2.3. Trámite

Está regulado en el artículo 176 CPCivil. De la solicitud de nulidad, si pasa el examen de admisibilidad y procedencia –supuestos del apartado 4 del artículo 151 CPP o 175. 2, 3 y 4, CPCivil–, se corre traslado a las demás partes por el plazo de tres días; y, con su contestación o sin ella, se resuelve mediante auto fundado; luego de la sentencia, la nulidad se alega con el recurso de apelación y la Sala, indistintamente, puede resolverla previo traslado en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado. Si la solicitud de nulidad se plantea en la Sala Penal Superior por vicios producidos en el trámite de apelación, ésta resolverá de plano u oyendo a la otra parte.

4.2.4. Decisión

La solicitud de nulidad se resuelve mediante auto fundado. Su contenido está regulado en el artículo 177 CPCivil. Si se estima la nulidad, se ordenará la renovación del acto o actos procesales afectados y las medidas efectivas para tal fin.

4.3. Medios de impugnación regulares (III)

Son cuatro los criterios rectores, sobre la base de que la nulidad de los actos judiciales se hará valer a través de los medios normales de impugnación y se conocerá en los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate [CORTÉS]. **1.** Contra toda resolución en la que se ha producido una falta o vicio, procede invocar la nulidad por medio de los recursos legalmente previstos (reposición, apelación y casación): artículo 355 CPCivil. La pretensión impugnativa tendrá como causa de pedir la denuncia de un vicio y como petición la anulación de la resolución impugnada. **2.** Las nulidades absolutas se declaran de oficio por el *Iudex Ad Quem*: artículo 409.1 CPP. **3.** En especial el recurso de apelación tiene una función bivalente: revisora y depuradora, de suerte que, en orden a esta última, procede la nulidad (artículo 425.3.a CPP). Además, el artículo 382 CPCivil estatuye que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos en que se trate de vicios en la resolución impugnada, esto es, cuando se trate de nulidades absolutas por defecto estructural de resolución. **4.** El recurso de casación tiene un motivo de quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429.2 CPP), idóneo para denunciar vicios de ese nivel, y al casar la resolución puede acordar que el inferior resuelva (casación sin reenvío): artículo 433.1 CPP. 409, 419.2 contiene el de nulidad, como señala el artículo 382 CPCivil.

PARTE NOVENA

LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES

LECCIÓN VIGÉSIMA QUINTA

LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES: GENERALIDADES

I. LA ANTERIOR LEY PROCESAL PENAL

1. Clasificación

1.1. Lineamientos básicos

El anterior ordenamiento procesal penal concibió una pluralidad de procedimientos penales. La clasificación de los mismos sería la siguiente:

- A.** Procedimientos ordinarios. Son tres: común –delitos graves–, sumario –delitos de mediana entidad y leves–, y por faltas;
- B.** Procedimientos con especialidades procedimentales. Son cinco: contra altos dignatarios, contra magistrados, contra reos ausentes, por delitos fiscales (aduanero y tributario), y por delito de terrorismo; y
- C.** Procedimientos especiales. Son tres: por delito privado, de terminación anticipada, de colaboración eficaz [MONTÓN REDONDO].

No se incluye en esta clasificación, más allá de reconocer que también importa la dilucidación de la pretensión penal estatal, el procedimiento penal militar y el procedimiento contra adolescentes, porque se trata de sistemas de persecución penal que están al margen de la justicia penal ordinaria.

1.2. Características

1.2.1. Procedimientos ordinarios o comunes

Se denominan así porque están previstos para todo tipo de hechos punibles. Presentan una subclasificación interna en función a la naturaleza o gravedad de la infracción punible: delitos graves, delitos menos graves y faltas. Hoy en día es de

considerar que la diferencia entre delitos y faltas ya no solo se justifica en razones meramente cuantitativas, también existen diferencias cualitativas entre ambas infracciones penales, tal como ha sido insinuado por ejemplo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente la STEDH Belilos, y defendido por un sector de la doctrina penalista: Jakobs, Silva Sánchez, García Caverro, etcétera.

El CPP, sin embargo, entiende que solo existe un proceso ordinario, referido a todo tipo de delitos, que es calificado de *proceso común*. La persecución procesal de las faltas, por estar sometida a un procedimiento especialmente simplificado, que obvia la investigación preparatoria y la legitimación activa del Ministerio Público, así como origina una competencia material y funcional distinta, la califica, justificadamente, de proceso especial.

En todo caso, esquemas como el apuntado determinan la configuración, especialmente en infracciones penales bagatelarias, de procedimientos en que las garantías reconocidas son mínimas –que no inexistentes– y cuya represión exige rapidez en el procedimiento, a diferencia de la plenitud de garantías para el procedimiento común por delitos y el énfasis moderado en la rapidez de la causa [FENECH].

1.2.2. Procedimientos con especialidades procedimentales

Son aquellos procedimientos estructurados sobre la base del procedimiento ordinario –por delitos graves y de mediana entidad–, al que se introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculadas mayormente a la competencia del órgano judicial, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas de derechos, al derecho probatorio y a la incorporación de determinadas instituciones procesales. Están ordenados, principalmente, en atención a la condición de la persona a enjuiciar y al tipo de delito objeto de persecución –en general, se estructuran conforme al procedimiento común, adecuando diversos aspectos o pasos fundamentales a la finalidad que lo determina–.

A ese subsistema pertenece, en todo caso, el proceso por razón de la función pública que el CPP, siguiendo la tradición legislativa nacional, ha reconocido y configurado específicamente con reglas propias. Todo lo no suprimido o modificado expresamente o como consecuencia inevitable del fin específico perseguido, se mantiene previsto conforme a las normas del rito común [CLARIÁ].

1.2.3. Procedimientos especiales

Son aquellos procedimientos establecidos para delitos muy concretos o circunstancias específicas de especial relevancia procesales, que determinan una configuración procedimental *sui generis*, muy distinta del procedimiento ordinario. Las reglas que introduce alteran radicalmente aspectos sensibles del procedimiento, tales como la promoción de la acción penal, la intervención del Ministerio Público y de la víctima, el consenso procesal, las reglas de prueba, etcétera. Sus normas derogan o modifican las que organizan el procedimiento común [CLARÍA].

En un caso se establece un refuerzo de la garantía jurisdiccional —es el caso del procedimiento contra funcionarios públicos—, y en otros se aceleran los trámites —así, los procedimientos inmediatos, de terminación anticipada y por faltas— [FENECH].

II. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. Planteamiento básico

1.1. Necesidad de un nuevo sistema procesal

La pluralidad de procedimientos del ACPP no solo hizo más engorroso el procedimiento penal, sino que introdujo diferencias que en muchos casos hizo muy difícil justificarlos desde la legitimidad constitucional: principios de proporcionalidad y de igualdad; y, además, desde la propia lógica procesal penal: principios de economía procesal o aceleramiento procesal y de disposición o consenso.

La multiplicidad de procedimientos y de normas que los regulaban no podía continuar. Hacía falta un régimen procesal unificador y que incorporara una lógica coherente en la configuración de los procedimientos penales que instaurara, en la medida de lo posible, una adecuada relación entre garantía y eficacia con pleno respeto del principio de proporcionalidad.

1.2. Regulación

El CPP, siguiendo parcialmente el modelo italiano, en un solo Libro, el Quinto: artículos 446-487, acometió esta tarea. En 42 artículos consolidó siete procedimientos especiales, regulados en VII Secciones. Así:

- A. Proceso Inmediato: artículos 446-448 (tres artículos).
- B. Proceso por razón de la función pública: artículos 449-455 (siete artículos).
Se subdivide en tres títulos:
 - (i) Título I. Proceso por delitos de función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos: artículos 449-451 (tres artículos).
 - (ii) Título II. Proceso por delitos comunes atribuidos a Congresistas y otros Altos Funcionarios: artículos 452-453 (dos artículos).
 - (iii) Título II. Proceso por delitos de función atribuidos a otros Funcionarios Públicos: artículos 454-455 (dos artículos).
- C. Proceso de seguridad: artículos 456-458 (tres artículos).
- D. Proceso por ejercicio privado de la acción penal: artículos 459-467 (nueve artículos).
- E. Proceso de terminación anticipada: artículos 468-471 (cuatro artículos).
- F. Proceso por colaboración eficaz: artículos 472-481 (diez artículos).
- G. Proceso por faltas: artículos 482-487 (seis artículos).
- H. Proceso con especialidades procedimentales: Organización Criminal. Ha sido incorporado por la Ley n.º 30077, de 20-08-13, contemplado por los D. Leg. n.º 1180 y 1182, de 26-07-15; 30133, de 20-12-2013; 1342, de 07-01-2016; y 1244, de 29-10-2016.

1.3. Justificación

1.3.1. Alcances

El rasgo definitorio de los procesos inmediato, por faltas y por delitos privados es la simplificación procesal, basada en la economía procesal, cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales –o periodos dentro de las mismas– y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere. Se trata de simplificar la respuesta estatal, ya sea porque la sociedad requiere una decisión mucho más rápida o bien porque la trascendencia de la infracción no justifica el despliegue de mayores recursos [BINDER]. En consecuencia, se reducen –a su mínimo indispensable– las garantías establecidas en el procedimiento común en aras de la celeridad de la obtención del resultado que se pretende con el proceso.

En función a determinadas características de la infracción punible: mínimo contenido de injusto y especiales peculiaridades del bien jurídico objeto de tutela penal –especialmente en los delitos privados y las faltas–, y en las notas singulares que presentan el descubrimiento y averiguación del hecho punible, en la que prima la noción de evidencia delictiva, se delinearán trámites procedimentales simplificados, incluso se eliminan etapas procesales, en particular la investigación preparatoria formalizada y la etapa intermedia. Se trata, en este caso, de los denominados procedimientos acelerados.

Las circunstancias absolutamente extraordinarias, en función (i) a la peligrosidad del agente y su falta de capacidad penal, así como (ii) a su condición funcional, impuesta por la Constitución en este último caso, fundamentan, en el segundo supuesto, el procedimiento contra determinados funcionarios públicos –en puridad, se conforma un procedimiento con “garantía reforzada”, al exigir determinados trámites parlamentarios y/o autorizaciones y, en su caso, la intervención de tribunales penales más elevados que los ordinarios– y, en el primer supuesto, el procedimiento de seguridad.

La idea del consenso, en función a la admisión de cargos del imputado, a su voluntad de someterse a la acción de la justicia y, en su caso, ‘colaborar’ con ella, explica tanto el procedimiento de terminación anticipada cuanto el procedimiento por colaboración eficaz. Sin duda, ambos –más el último que el primero– son los más difíciles de justificar, por los problemas que entrañan a los principios de igualdad de armas y de contradicción procesal, y al eje acusación, defensa y juicio, esto es, a la concepción triádica del proceso.

Finalmente, el proceso contra la criminalidad organizada pretende maximizar la eficacia en la lucha contra delitos de singular gravedad cometidos por individuos adscritos o vinculados al crimen organizado. Las especiales características de ese fenómeno delictivo obligan al Estado a dotar a las agencias de control de mayores capacidades de intervención en las garantías individuales de las personas y a desarrollar nuevas medidas limitativas de derechos, aunque a partir del proceso común con esta finalidad refuerza el rol de la policía y del Ministerio Público; modela las instituciones de la denuncia, del confidente y del colaborador eficaz; y, entre otros cambios intensivos, reconfigura las medidas instrumentales restrictivas de derechos.

1.3.2. Costos y principios

Las tres etapas del proceso común: investigación preparatoria, intermedia –audiencia de control o preparatoria– y enjuiciamiento, tienen un alto costo.

Suponiendo que las investigaciones preparatorias duren aproximadamente lo mismo que las antiguas instrucciones –en tanto no se utilicen las vías deflacionarias que se brinda en sede de investigación preparatoria, así como en el propio juzgamiento: conformidad procesal–, el costo unitario del trabajo aparece aumentado, y ante una estandarización de los recursos económicos y no reducción de la demanda, la reforma solo concebida para un modelo como el ordinario –o común–, sin duda, ante un déficit presupuestal crónico, conduciría al colapso de todo el sistema procesal [CORDERO].

Es de tener presente, sin embargo, que el principio de celeridad, que hace hincapié en el derecho del imputado a un proceso célere, se justifica solo en la medida que se respeten las cláusulas del debido proceso, y que el derecho de defensa, a la inocencia y a la igualdad procesal, no queden mellados en su propia esencia [BARONA].

Por tanto, mínimo contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho, libre voluntad y aceptación del imputado, especiales circunstancias vinculadas al descubrimiento del hecho punible, extraordinarias características del imputado –falta de capacidad penal y relevancia constitucional de la función pública en orden al delito perpetrado– y extraordinaria gravedad del delito y lógica de injusto de organización, son los factores que, sin mengua del contenido esencial de las garantías judiciales, permiten justificar un procedimiento especial y, de ese modo, legitiman un esquema procedimental distinto al común u ordinario.

LECCIÓN VIGÉSIMA SEXTA

LOS DIVERSOS PROCESOS ESPECIALES

I. EL PROCESO COMÚN

1. Planteamiento básico

Desde la perspectiva de los rasgos más característicos del proceso común, en su ámbito declarativo, se tiene que constar de tres etapas centrales, cada una con un cometido propio, que tienen como eje el principio de contradicción: investigación preparatoria, etapa intermedia y enjuiciamiento.

En el ámbito del proceso de declaración o declarativo de condena, y desde la competencia funcional, determina la intervención de dos tipos de jueces: **(i)** el juez de la investigación preparatoria, que interviene, como juez de garantía, en la etapa de investigación preparatoria, y dirige la etapa intermedia; y **(ii)** el juez penal, que dirige la etapa de enjuiciamiento.

2. El procedimiento de investigación preparatoria

Lo conduce el Ministerio Público, pero con control judicial a cargo del juez de la investigación preparatoria. Es una etapa, sin dejar de ser procesal, de naturaleza mixta: **(a)** administrativa, desde la definición, formulación y actuación de los actos de investigación, y **(b)** judicial, por la intervención del juez para garantizar el derecho de los sujetos procesales que intervienen en su desarrollo y afirmar la vigencia de las garantías individuales.

Se divide en dos subfases: **(i)** diligencias preliminares y **(ii)** de investigación formal. La primera, bajo dirección y control exclusivo del fiscal, sin intervención jurisdiccional en su planificación, contenido y alcances, que puede culminar incluso con una resolución de archivo aplicando un criterio de oportunidad, en la que la intervención jurisdiccional –con marcado énfasis garantista en la subfase de investigación formalizada–, a semejanza del modelo germano, está circunscrita a

aquellos supuestos en los que sea menester imponer medidas de coerción, restringir derechos fundamentales para asegurar evidencias, consolidar la intervención de las partes en la causa y tutelar el derecho de los intervinientes en la investigación, en especial del imputado.

Empero, existe una base común en los actos de investigación que se realizan en ambas subfases. La regla es la irrepetibilidad de las diligencias de averiguación, las mismas que no son actos de prueba. El procedimiento de investigación preparatoria, a su vez, puede culminar anticipadamente al ampararse una excepción, cuestión previa o cuestión prejudicial, o porque el imputado decide someterse a la terminación anticipada. Esta etapa, aun cuando escrita, está informada por las notas de flexibilidad, eficacia y racionalización [TALAVERA].

3. El procedimiento intermedio

Lo conduce el juez de la investigación preparatoria. Está inspirado, centralmente, en el principio procedimental de oralidad y en el procesal de contradicción. Tiene como objeto calificar la investigación preparatoria y decidir el sobreseimiento o la apertura del juicio oral: valoración procesal de la investigación preparatoria. Importa la celebración de audiencia de control del sobreseimiento o, en su caso, la audiencia preliminar de control de la acusación. Puede dar por concluido el proceso con el sobreseimiento de la causa e, incluso, por la aplicación de un criterio de oportunidad o por ampararse un medio de defensa técnico.

De igual modo, este procedimiento, como luego se verá, puede ser obviado en los supuestos de evidencia delictiva, a mérito de lo cual se instaura el procedimiento inmediato, que importa dictar acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio por el juez penal, una vez se dicte, por el juez de la investigación preparatoria, el auto que dispone la incoación del proceso inmediato.

4. El procedimiento de enjuiciamiento

Lo conduce el juez penal, Unipersonal o Colegiado, según que el delito acusado tenga señalado o no en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años (artículo 28.1 CPP). Tiene un carácter netamente jurisdiccional y está destinado, bajo el principio de unidad y concentración del debate, a la actuación contradictoria de la prueba –informada, en su esencia, por las reglas de pertinencia y necesidad– y a su debate, donde el juez desempeña un papel de director y de contralor de su adecuado desarrollo y finalidad.

Las partes son las que, primordialmente, llevan a cabo el interrogatorio directo a los órganos de prueba –es palmario el predominio del principio de aportación de parte–. Puede culminar anticipadamente con la aplicación del instituto, de origen hispano, de la conformidad procesal.

Desde su estructura destaca, bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, publicidad y concentración, en primer lugar, la formulación de las pretensiones y la consolidación de la resistencia; en segundo lugar, la actividad probatoria y las alegaciones sobre ella; y, en tercer lugar, la expedición de la sentencia, en función a las pruebas legítimamente incorporadas en el juicio.

II. EL PROCESO INMEDIATO

(CPP originario, D. Leg. 1194 y 1307)

1. Presupuestos del proceso inmediato

1.1. Planteamiento

La noción de evidencia delictiva, conforme al artículo 446.1 CPP, preside la conversión de un procedimiento común en inmediato, que a su vez autoriza la simplificación de sus trámites y el aceleramiento procesal –se concentra en los primeros momentos de la investigación probatoria, en especial en la subfase de diligencias preliminares, y se elimina la etapa intermedia–; por tanto, la característica definitoria de este proceso es su celeridad, consecuencia del recorte de la actividad probatoria por falta de necesidad de la misma [REYNA]. Su configuración legal no está en función a la entidad del delito ni a la idea del consenso, sino a la presencia desde un primer momento de una circunstancia objetiva referida a la notoriedad y evidencia de elementos de cargo, que permiten advertir con visos de verosimilitud la realidad del delito objeto de persecución procesal y la intervención del imputado.

Para su incoación no se requiere la aceptación del imputado, solo que el fiscal –y solo él– inste este procedimiento al juez de la investigación preparatoria. Con esta finalidad es necesario que se cumplan dos presupuestos: 1. Alternativamente: **(i)** flagrancia delictiva, **(ii)** confesión o **(iii)** evidencia delictiva propiamente dicha. 2. Declaración del imputado –de su posición procesal frente al interrogatorio depende en gran medida, en relación con las circunstancias objetivas de la causa, la incoación de este procedimiento acelerado–.

1.2. **Flagrancia delictiva**

Está sujeta a una definición legal, establecida por el artículo 259.2 CPP –de clara influencia italiana–. La flagrancia delictiva exige las notas de inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente de la intervención policial: el sujeto es sorprendido realizando actos de ejecución del delito. La flagrancia es lo opuesto a la clandestinidad de la comisión de un delito. El delincuente debe estar en el teatro de los hechos, o muy cerca de él, y en una relación inmediata con los bienes delictivos o con la ejecución del delito, de modo que siendo observado por la autoridad policial se torne imprescindible su intervención para poner fin a la situación delictiva que ha creado por su propia conducta. Esa misma lógica opera para la cuasiflagrancia, que abarca al individuo que logra huir de la escena del delito, pero es perseguido e inmediatamente detenido después de cometerlo o intentarlo –no se exige la percepción directa de la comisión delictiva–.

Como ha quedado explicado, la norma citada fue modificada por el D. Leg. n.º 983, de 22-07-07, que amplía notoriamente tanto el supuesto de cuasiflagrancia, al punto de justificar la detención sin orden judicial cuando el imputado huyó del teatro de los hechos y tras ser identificado es encontrado dentro de las 24 horas de producido el delito; cuanto el supuesto de flagrancia presunta, en cuya virtud el sujeto es detenido, sin que su presencia en el teatro de los hechos conste de modo directo, es encontrado ;dentro de las veinticuatro horas; de la comisión del delito con bienes delictivos en su poder que denoten su probable autoría o participación criminal –de la evidencia se pasa, cualitativamente, a la probabilidad, ciertamente lejana y de dudosa base convictiva–. Esa norma, lamentablemente, en su esencia, ha sido ratificada por la segunda reforma de dicho artículo, mediante Ley n.º 29372, de 09-06-09.

1.3. **Confesión**

Está definida legalmente por el artículo 160. 1 CPP. Desde una perspectiva funcional debe entenderse como el reconocimiento del imputado de la participación en el hecho objeto de imputación. El procesado debe admitir los cargos o imputación formulada en su contra, es decir, reconocer la comisión de los hechos incriminados. Por lo demás, ese testimonio debe ser intrínsecamente válido, es decir, prestado libremente y en estado normal de las facultades psíquicas del declarante ante el fiscal en presencia de su abogado. En efecto, la confesión es el acto procesal que consiste en la declaración personal, libre, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado durante la investigación o durante el juicio oral, aceptando los cargos que se le atribuyen [NEYRA]. Por las características del enjuiciamiento

no hace falta la presencia de una prueba corroborante categórica –aunque sí de mínimos elementos que le concedan cierta verosimilitud o solvencia probatoria–, pues para ello está el debate oral, que no se elimina con este procedimiento; por tanto, es plenamente factible la posibilidad de una absolución.

Constituye doctrina procesalista mayoritaria concebir una limitación respecto de los alcances de la confesión. No se acepta como tal la llamada confesión calificada, en cuya virtud el imputado agrega circunstancias justificantes o exculpatorias. Se entiende que en ese caso no se trataría propiamente de la admisión del hecho atribuido [LLOBET], y apartaría el caso de la lógica de simplicidad y facilidad probatoria que aconseja este procedimiento.

El beneficio de la confesión es la disminución de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal. Este beneficio no es aplicable en el supuesto de flagrancia –obviamente aceptable en función al fundamento político-criminal de la institución– ni de reincidencia y habitualidad –de dudosa legitimidad de la objetividad de las reglas de distinción en relación con el motivo de justificación del beneficio instituido–, conforme lo estipula el artículo 161 CPP, modificado por Ley n.º 30076, de 19-08-13.

1.4. Evidencia delictiva

Fuera de los supuestos de flagrancia y confesión, deben presentarse actos de investigación o actos de prueba preconstituida que permitan establecer, de modo cierto, claro, patente y manifiesto, la realidad del delito y la vinculación del imputado con su comisión. Debe existir en la causa, con independencia de la posición procesal del imputado y como consecuencia de las diligencias preliminares, datos sólidos que produzcan convicción razonable de la realidad del delito y de la vinculación del imputado con su comisión. Desde luego, se trata de un estado de conocimiento del hecho y de su autor especialmente claro en esta fase del procedimiento de averiguación, que no se preste a polémicas fundadas o que adolezca de ciertas lagunas que determine la necesidad de actos de investigación adicionales o de corroboración.

El juez de la investigación preparatoria ha de poder revisar el mérito de las actuaciones de investigación y llegar a un estándar de suficiencia razonable, que permita comprobar, a través de la presencia de determinados antecedentes, los elementos esenciales de la imputación, tanto en lo que se refiere al delito imputado, la participación y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal atribuidas al hecho o al autor [HORVITZ].

1.5. Declaración del imputado

El segundo presupuesto, concurrente, con una de las alternativas anteriores, es la declaración del imputado –concebida, básicamente, como un acto de defensa material, si bien puede igualmente proporcionar datos probatorios [BERTOLINO]–. Este presupuesto se enfatiza específicamente en el supuesto de evidencia delictiva –artículo 446.1c CPP–, aunque es obvio que debe estar presente –siempre lo está– en los casos de confesión y puede estarlo en los casos de flagrancia delictiva, que presuponen la presencia del imputado y su posible declaración. Como quiera que el CPP reconoce como derecho fundamental la libertad de declaración y, por ende, que el imputado tiene derecho al silencio, es posible que este no se someta al interrogatorio, por lo que cabe preguntarse si dicho obstáculo procesal impide la incoación del procedimiento inmediato. Tal obstáculo puede ocurrir tanto en los casos de flagrancia delictiva como en los de evidencia delictiva. Así las cosas, no es dable rechazar la incoación del procedimiento inmediato, pues basta que el imputado esté presente y que se le haya dado la posibilidad de que ejerza su defensa material, que se le emplace para que responda a los cargos y que aporte lo que corresponda a su defensa material. La esencia de esta posibilidad procesal no está en la actitud del imputado frente a los cargos –de ser así solo sería viable en el supuesto de la confesión–, sino en la entidad de los elementos de convicción que rodean al caso y que hacen viable estimar que existen datos patentes del hecho delictivo y de su autor.

1.6. Proceso inmediato y causas con pluralidad de imputados

Lo antes expuesto rige claramente para los procesos simples. Empero, tratándose de un procedimiento con pluralidad de imputados se requiere, conforme al artículo 446.1 CPP, que todos ellos se encuentren en una de las situaciones previstas anteriormente: flagrancia común, confesión o evidencia delictiva; todos los encausados pueden estar incurso en uno de los tres supuestos o, indistintamente, en alguno de ellos. Además, se exige que los encausados estén implicados en el mismo delito o, con mayor amplitud, hecho punible: unidad procesal del hecho. Esta permisión tiene la misma justificación del propio proceso inmediato: está reservado para ser aplicado a hechos delictivos de índole sencilla y de fácil solución, por lo que no sería funcional aplicarlo a causas con pluralidad de imputados en diversa situación jurídica y de cierta complejidad [NEYRA].

El extremo final del apdo. II del artículo 446 CPP contiene, en puridad, una regla de acumulación para delitos conexos (artículo 31 CPP) o, mejor dicho, una

regla de prohibición de acumulación por conexión procesal de cara a la incoación de este procedimiento. Esa es la regla general, pero que puede excepcionarse en dos supuestos, cuando: **a)** no hacerlo perjudique el debido esclarecimiento de los hechos; y **b)** la acumulación resulte indispensable.

El citado apdo. 2 del artículo 446 CPP, sin duda, pudo incorporarse en el artículo 50 CPP porque introduce un supuesto adicional de improcedencia de la acumulación. En todo caso, rige el artículo 51 CPP que prescribe, para estos casos, la separación de imputaciones conexas. Un criterio de corrección, incluido para evitar perjuicios efectivos al entorno procesal del imputado, a la meta del esclarecimiento –que es el norte de esta institución–, sería que la separación pueda entrañar un peligro para el esclarecimiento del hecho delictivo objeto del proceso penal.

2. Incoación del procedimiento inmediato

2.1. El requerimiento fiscal

El proceso inmediato no se instaura de oficio –por lo demás, de imposible configuración porque la investigación preparatoria está a cargo del Ministerio Público–. Se requiere que el fiscal, y solo él, formule por escrito el requerimiento correspondiente al juez de la investigación preparatoria. Como este procedimiento no incorpora mecanismos premiales, no existe incentivo alguno para que sea propuesto por el imputado. El fiscal ha de formular un requerimiento de proceso inmediato, sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, acumulativamente o por cuerda separada. Este debe cumplir las exigencias formales estipuladas, de modo general, en el artículo 122.5 CPP; sustancialmente debe ser autosuficiente.

El requerimiento fiscal se presenta, como mínimo, luego de culminar las diligencias preliminares –antes de la formalización de la investigación preparatoria– o, en su defecto, como plazo máximo, hasta antes de los treinta días de formalizada esta. Es un plazo de caducidad, que una vez vencido ya no corresponde instarlo.

El fiscal debe acompañar a su requerimiento de proceso inmediato el expediente fiscal, formado en cumplimiento del artículo 134 CPP. Las actuaciones sumariales son esenciales porque el juez de la investigación preparatoria no solo carece de capacidad de investigación autónoma, sino que su decisión no está sujeta a una posibilidad de actuación de actos de investigación o de instrucción en su presencia. El juez se limita a examinar la fundabilidad del requerimiento y

la correspondencia de los presupuestos legales que informan el procedimiento de proceso inmediato con los recaudos investigativos correspondientes.

2.2. Trámite inicial

El requerimiento fiscal es objeto de un trámite de traslado por el juez de la investigación preparatoria a las demás partes procesales debidamente personadas. El plazo para absolverlo es de tres días. El juez, vencido este plazo, con la contestación o no del traslado efectivamente corrido, resolverá inmediately. La solicitud de proceso inmediato no se decide en audiencia ni, por lo anterior, se requiere trámite de vista de la causa o informe oral.

Es evidente, en atención a los poderes regulares del juez, que el trámite de traslado puede obviarse en los supuestos de manifiesta inadmisibilidad o improcedencia del requerimiento en cuestión. Es obvio que, si ya venció el plazo para incoar el procedimiento inmediato o si ostensiblemente no se cumplen con los requisitos para su instauración, el juez puede rechazar liminarmente –de plano– la solicitud fiscal.

2.3. Decisión judicial

El auto, siempre motivado, que emite el juez de la investigación preparatoria es apelable. Obviamente, por la naturaleza jerárquica del recurso de apelación, el efecto es devolutivo. La pregunta es si el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo o no. La respuesta se encuentra en la regla del artículo 418.1 CPP; en consecuencia, como la resolución judicial no pone fin a la instancia, la apelación no es suspensiva. Rige también el artículo 412.1 CPP, que dispone la ejecución provisional de toda resolución impugnada, en tanto no existe al respecto una disposición legal en contrario.

3. Características del proceso inmediato

Expedido el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el fiscal formulará acusación, que será remitida por el juez de la investigación preparatoria al juez penal, quien a su vez dictará acumulativamente el auto de enjuiciamiento y el de citación a juicio, una vez –como no podía ser de otro modo– que se asegure del cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 349 CPP.

Ello significa que se está ante un procedimiento especial que, ante el requerimiento fiscal y el cumplimiento de los presupuestos vinculados a

la evidencia delictiva, obvia tanto la investigación preparatoria –o lo que resta de ella si el trámite se instó antes de los treinta días luego de su instauración–, cuanto la etapa intermedia, con sus trámites de control de la acusación y todos los actos procesales que ella entraña. Es muy claro que el auto de enjuiciamiento, en esas condiciones, es inimpugnable, porque deriva directamente del auto de incoación del proceso inmediato. No hay cómo recurrirlo, pues ningún motivo de procedencia es aplicable.

La simplificación del procedimiento solo se expresa en la eliminación de parte de la investigación preparatoria y de la totalidad de etapa intermedia. Es decir, el trámite “salta” del artículo 336 al 355 CPP. Constituye una celebración anticipada del juicio oral [NEYRA]. Se produce una alteración de la competencia funcional, pues el juez de la investigación preparatoria ya no dicta el auto de enjuiciamiento, sino que lo hace el juez penal, unipersonal o colegiado según el caso; y, el auto de enjuiciamiento, regulado en el artículo 353 CPP, se adapta a las exigencias del proceso inmediato.

Por otro lado, es de aplicación el artículo 136 CPP, pues dictado el auto de enjuiciamiento el juez penal debe ordenar la formación del expediente judicial. Rigen lo dispuesto en dicho artículo y los subsiguientes (artículos 137 y 138 CPP).

Es importante aclarar que según el artículo 373 CPP en el acto oral las partes ofrecerán la prueba que corresponda, pero la interpretación de los alcances de esta norma debe adaptarse a las exigencias del juicio que saltó la etapa intermedia. Siendo así, no rige la limitación que prevé el extremo final del apdo. 1 de dicho artículo: “solo se admiten aquellas pruebas que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación”, dado que esta última no ha tenido lugar. Prima, en consecuencia, el derecho instrumental de formular de solicitudes probatorias y de que estas se acepten en tanto se trate de proposiciones pertinentes y necesarias. Este derecho, como es sabido, integra la garantía constitucional de defensa procesal, cuya plena operatividad debe ser afirmada por el órgano jurisdiccional.

Por último, es por entero factible, en atención a la independencia funcional del proceso de protección o de coerción, que el fiscal inste, paralela o sucesivamente, la dictación de medidas de coerción personales o reales [ROSAS].

4. Desestimación del requerimiento de proceso inmediato

El requerimiento fiscal puede ser desestimado por el juez de la investigación preparatoria o, mediante recurso de apelación defensivo –en caso lo promueva el

imputado—, por la Sala Penal Superior. Dictada la resolución de desestimación, reza el artículo 448.4 CPP, el fiscal deberá dictar la Disposición que corresponda, esto es, la de formalización de la investigación preparatoria o, en su caso, la de continuación de la investigación preparatoria.

Como es obvio, el requerimiento del fiscal no vincula al órgano jurisdiccional. Su aceptación está condicionada a un juicio estricto de legalidad, vinculado a la presencia de los presupuestos que condicionan su incoación: evidencia delictiva, como criterio material, y que se presente dentro del plazo de ley anexando el expediente fiscal, como criterio formal.

5. Decreto Legislativo 1194 y 1307

5.1. Aspectos generales

El Congreso delegó en el Poder Ejecutivo, mediante la Ley n.º 30336, de 01-07-15, la facultad de legislar, entre otras materias, en Seguridad Ciudadana. Bajo la finalidad de consolidar el valor eficacia de la persecución penal, promulgó el D. Leg. n.º 1194, publicado el 30-08-15, que optó por modificar íntegramente la Sección Primera del Libro Quinto Procesos Especiales dedicada al denominado, bajo inspiración italiana, “proceso inmediato”. Asimismo, se promulgó el D. Leg. n.º 1307, publicado el 30 de diciembre de 2016, que entró en vigencia a noventa días de su promulgación, que modificó algunos artículos del referido proceso inmediato.

Tal vez, el propósito más evidente del cambio normativo se orienta en tres perspectivas. Primera, disponer la obligatoriedad de este proceso especial, antes meramente facultativo para el fiscal, a fin de garantizar su aplicabilidad—la normativa anterior, como se recordará, disponía que el requerimiento del procedimiento inmediato era simplemente facultativo, aunque sujeto a requisitos legales muy precisos, de modo que frente al juicio de admisibilidad, procedencia y fundabilidad del juez para aprobarlo, el fiscal optó por evitar su incoación—. Segunda, completar la configuración especial del proceso inmediato, regulando incluso el modelo de enjuiciamiento y, antes, profundizar la oralidad del procedimiento penal afirmando la necesidad de las audiencias. Tercera, facilitar, en suma, la aplicación de sus normas, haciéndolas más claras y con un definido acento en su utilidad práctica, de suerte que se consiga la incoación de estos procesos y, con ello, que las Fiscalías y los Juzgados puedan dedicarse con más ahínco a las causas más complejas.

Con este firme propósito, de perseguir con la mayor celeridad y rapidez los delitos asociados a la denominada evidencia delictiva, que se reputan, por lo

anterior, de simple y fácil acreditación, la I Disposición Complementaria Final instituyó que sus normas se apliquen inmediatamente a nivel nacional, con lo que expresamente se incluyó a los distritos judiciales en los que aún no rige el CPP. En estos casos ha de entenderse que la decisión sobre la incoación del proceso corresponde al juez penal—antiguo juez instructor—y el enjuiciamiento propiamente dicho es de competencia de la Sala Penal Superior, sin que sea posible diferenciar, según el antiguo ordenamiento procesal, entre procesos sumarios y ordinarios, pues esa clasificación, con motivo del CPP, perdió vigencia. No obstante ello, será del caso, por razones orgánico-procesales, estimar que contra la decisión de dicha Sala procede recurso de nulidad, en los términos del artículo 292 del ACPP. No es posible estructurar un esquema propio del CPP pues la organización judicial acorde con el ACPP no lo permite.

5.2. De la definición del nuevo proceso inmediato

El nuevo artículo 446 CPP establece, parcialmente, los mismos presupuestos de la norma originaria para que el fiscal inste el proceso inmediato: flagrancia delictiva, confesión y evidencia delictiva. Empero, elimina el otro presupuesto alternativo y obligatorio: necesaria declaración del imputado o, en todo caso, oportunidad proporcionada al imputado para que pueda declarar sobre los hechos atribuidos preliminarmente. Tal eliminación se explica por el hecho de privilegiar el presupuesto de flagrancia delictiva, que presupone, como actuación inevitable y urgente, la declaración del imputado. En los casos de confesión y evidencia delictiva se estima que el plazo para incoar el procedimiento será “luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria” (artículo 447, último párrafo, CPP), por lo que es obvio que en estos casos ya medió declaración del imputado, que en el modelo de investigación preparatoria tal actuación es inmediata e indispensable, como expresión del derecho a ser oído.

El apdo. 2 del artículo 446 CPP dispone que los casos complejos, según las reglas estatuidas por el artículo 342.3 CPP, están excluidos del proceso inmediato. Sin embargo, la expresión final, en cuando prescribe: “sean necesarios ulteriores actos de investigación”, sugiere, pese a que en tan corto tiempo de actuación de los órganos públicos de investigación es muy difícil tener completo el cuadro fáctico de intervención punitiva de los imputados, que muy excepcionalmente será posible incoar tal procedimiento. Desde luego es una posibilidad de “laboratorio”, de nula aplicación práctica y, además, inconveniente, pues en esos casos los procesos siempre demandan actos de esclarecimiento y de consolidación probatoria.

Desde la perspectiva contraria, de incoación obligatoria del proceso inmediato, se cuentan los delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o drogadicción (artículos 149-150 y 274 CP), en los que se excluye los presupuestos de flagrancia, confesión y evidencia delictiva (artículo 446.4 CPP). En pureza, desde la propia configuración de tales delitos –salvo el caso del artículo 150 CP–, se tiene que se trata de ilícitos penales, el primero, de evidencia delictiva –por la resolución judicial proveniente del proceso civil de alimentos, que es un elemento del tipo objetivo–; y, el segundo, de flagrancia, pues la acreditación de la drogadicción o de la ebriedad consta en la pericia de alcoholemia (dosaje etílico) o toxicológica correspondiente, realizada inmediatamente luego de la intervención del imputado. Tal connotación acreditativa permite entender, como configuración implícita, que en su constancia fluyen las notas de evidencia delictiva o de flagrancia. Por consiguiente, en atención a las bases que lo informan, si no se presentan estas circunstancias en el requerimiento de proceso inmediato, el juez de investigación preparatoria no puede aceptar la incoación de dicho proceso especial.

De existir pluralidad de imputados, será posible el proceso inmediato si todos los encausados se encuentran en la misma situación jurídica: flagrancia, confesión o evidencia delictiva (artículo 446.3 CPP), que presupone en principio prueba acabada del delito y, a su vez, simplicidad material de la causa.

La nueva norma introduce, a propósito de este proceso especial, una regla específica en relación a la acumulación procesal. Si concurren delitos conexos en los que intervienen otros imputados –si son los mismos imputados se está en la primera frase de la norma comentada– la acumulación no es viable –si se produjo tal cosa es obvio que procede la separación de imputaciones (artículo 51 CPP), pero ¿en tan corto tiempo?–. La acumulación, sin embargo, será necesaria cuando está de por medio el debido esclarecimiento de los hechos o esta resulta indispensable, siempre en aras de apreciar integralmente y en una sola causa los hechos objeto de procesamiento y ulterior enjuiciamiento, en la medida en que su análisis aislado niegue viabilidad u oscurezca el descubrimiento de la verdad.

Planteado el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, cuya oportunidad, como quedó explicado, es al término del plazo de detención policial de oficio o de la preliminar –hasta 24 horas en delitos comunes y hasta 15 días en delitos exceptuados–, salvo el supuesto de confesión y evidencia delictiva en que la oportunidad procesal para presentar el requerimiento se extiende al término de las diligencias preliminares y hasta antes de los 30 días de iniciado la investigación preparatoria formalizada, el juez de la investigación preparatoria debe señalar la denominada audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las 48

horas siguientes al requerimiento fiscal. El plazo de la detención, de esta manera, se extiende automáticamente hasta la realización de la audiencia, prolongación que no puede reputarse inconstitucional porque el reo ya fue puesto a disposición judicial y desde esa perspectiva el juez debe tener, y tiene, un plazo razonable, por lo demás, muy breve, para decidir su situación jurídica.

El requerimiento de incoación del proceso inmediato hace las veces, en caso de flagrancia, de Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria –por tal razón está sujeto a los mismos presupuestos formales que fija el artículo 336.2 CPP–. Por consiguiente, si se cumplen los presupuestos materiales del artículo 268 CPP, el fiscal deberá solicitar la prisión preventiva y, acumulativamente, otra medida de coerción personal o real contra el imputado. Cabe preguntarse si el fiscal no pide la prisión preventiva, situación que importa asumir que no se dan los presupuestos materiales que la justifican, ¿la situación de detención seguirá estable? Una primera respuesta, en aras de la eficacia del procedimiento, será afirmativa pues se requiere cumplir con los plazos reducidos que prevé. Otra respuesta, proclamando la superioridad del derecho a la libertad y del valor justicia material, así como del principio de proporcionalidad, será optar por la inmediata libertad del detenido. Es de inclinarse por esta segunda opción, que está en consonancia con los valores claves del Estado constitucional.

La audiencia tiene, acumulativamente, tres finalidades, en el orden siguiente: **1)** definir la incoación del proceso inmediato; **2)** pronunciarse ante un pedido realizado en la misma audiencia acerca de un criterio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada; y, **3)** dictar, si corresponde, las medidas de coerción solicitadas, previamente y por escrito, por el fiscal –no podrá plantearse en la audiencia no solo porque la ley no lo permite sino porque su planteamiento, dada la restricción que las medidas de coerción suponen, lesionarían la garantía de defensa procesal–. Resulta incuestionable que si prospera un criterio de oportunidad o la terminación anticipada –para su dilucidación se aplicarán en lo pertinente tanto las reglas del artículo 2 CPP, pero por decisión judicial y no por criterio del fiscal, de modo que lo más cercano resulta lo dispuesto en el apdo. 7 de dicho precepto, cuanto las pautas del artículo 468 CPP–, no será del caso, por substracción de materia, pronunciarse sobre la incoación del proceso inmediato.

En cumplimiento del principio de aceleramiento procesal, la audiencia única es inaplazable. De conformidad con el artículo 85 CPP, si el defensor no concurre será reemplazado con uno que en ese acto designe el imputado o, en su defecto, por uno de oficio. Se entiende que, si el imputado está privado de libertad, su concurrencia a la audiencia es inevitable. Igual será la opción si el

imputado decide guardar silencio o, en todo caso, no concurra adoptando una posición rebelde ante el emplazamiento judicial. La audiencia irremediablemente se lleva a cabo con la sola concurrencia del defensor. La pauta normativa implícita es lo inaplazable de la audiencia y el aseguramiento del derecho de defensa con el concurso obligatorio de un defensor, de confianza o público. Lo que sí será imposible si el imputado no concurre dolosamente es la continuación del procedimiento, en el periodo de enjuiciamiento.

El apdo. 5 de la norma establece, primero, que las resoluciones que se dicten son orales y se profieren en la misma audiencia, luego de la conclusión del debate. Se entiende que las resoluciones aludidas se refieren a los autos interlocutorios sobre el requerimiento de incoación del proceso inmediato y respecto de la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, no así cuando se trata de emitir una sentencia anticipada, la cual por su propia naturaleza será escrita –el auto de desestimación de la solicitud de terminación anticipada también se dicta oralmente–. Segundo, la apelación contra lo decidido, en tanto se trata de un auto, se concede con efecto devolutivo, lo cual es evidente. Se interpone y fundamenta en el mismo acto. No es necesario que se formalice por escrito. La apelación seguirá lo establecido en el artículo 278.2 CPP. Lo esencial, dada la intención de la norma, es el efecto no suspensivo de la apelación (artículo 418 CPP). En caso se dicte el auto oral de aprobación de la incoación del proceso inmediato, el fiscal tiene un plazo de 24 horas, bajo responsabilidad, para formular acusación. El apdo. 6 del artículo 447 CPP, al hacer mención a un efecto disciplinario en caso de incumplimiento del plazo, lo define como un plazo impropio, es decir, su vulneración no acarrea la caducidad para formular acusación y, por ende, no autoriza el archivo de la causa por la supuesta presencia sobrevenida de un impedimento procesal.

Recibida la acusación fiscal, el juez de la investigación preparatoria remitirá lo actuado al juez penal competente –según la entidad del delito, al Juzgado Penal Unipersonal o Colegiado (artículo 28.1 y 2 CPP)–. Se entiende que lo que el fiscal enviará será no solo el requerimiento acusatorio, sino también el expediente fiscal respectivo –este lo acompaña incluso cuando pide la incoación del proceso inmediato (artículo 447.2 CPP)–.

En caso de rechazo del procedimiento inmediato, el fiscal deberá dar trámite a la investigación conforme al proceso común respectivo. A estos efectos dictará la Disposición que corresponda o la de formalización de la investigación preparatoria.

5.3. Del juicio inmediato

La realización del enjuiciamiento inmediato tiene, en puridad, dos periodos definidos, pero sin solución de continuidad, que deben realizarse, inmediata y oralmente, de ahí el acento en la denominación de audiencia única. El primer periodo está destinado a que el juez penal puede sanear el proceso y dictar sucesivamente, sin suspensión alguna, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio. El segundo periodo está circunscripto al juicio propiamente dicho, informado siempre por el principio de aceleramiento procesal, que es el límite de aplicación supletoria de las reglas del proceso común (frase final del apdo. VI del artículo 448 CPP).

Recibido el expediente fiscal con la acusación fiscal, el juez penal señalará día y hora para la audiencia única, plazo que no debe exceder de las 72 horas –plazos tan cortos son peligrosos pues su cumplimiento está sujeto al calendario de audiencias de los órganos jurisdiccionales, siendo de recordar que un presupuesto de la eficacia de la oralidad es que existan el número suficiente de jueces para acometer con prontitud las tareas de juzgamiento–. Acto seguido, luego de afirmar, conforme al principio de aceleramiento procesal que rige este proceso especial, que la audiencia es siempre pública –lo que es evidente pues ya se formuló acusación– y, sobre todo, inaplazable, y en atención al principio de colaboración de las partes respecto a los órganos de prueba, que la responsabilidad de su concurrencia recae en ellas –no en el órgano jurisdiccional, que desde esta norma no tiene injerencia alguna en la citación y convocatoria de aquellos–, se instala la audiencia, destinada en este primer periodo, a examinar si la acusación presenta defectos formales –que se subsanarán en ese mismo acto– y, luego, a definir todas las peticiones que las partes puedan formular conforme a lo dispuesto en el artículo 350.1 CPP, las cuales previo debate oral serán resueltas oralmente por el juez penal. La norma, a su vez, encarga al juez a plantear la posibilidad de que se planteen convenciones probatorias.

El auto que declara fundado el sobreseimiento o algún medio técnico de defensa, es impugnabile con efecto suspensivo (apelable). El recurso se interpone y fundamenta en el mismo acto. En tal caso rige la impugnación diferida de conformidad con el artículo 410 CPP.

Una vez cumplido el trámite de contradicción, esto es, de planteamiento y debate de las mociones de las partes –planteamiento de pruebas, objeciones a la reparación civil, exclusiones probatorias, deducción de excepciones, cuestiones previas (artículo 7.2 CPP) y cuestiones de competencia y otros–, el juez penal debe

resolverlas mediante resolución oral y, en su consecuencia, siempre oralmente, emitir los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio.

El segundo periodo, y final del proceso inmediato, es propiamente el juicio inmediato. El auto de citación a juicio señalará, obligatoriamente, en la misma fecha y hora, la realización del acto oral. Lo inmediato se entiende como la necesidad que el juicio oral se lleve a cabo en ese mismo acto, no en fecha posterior, así sea para el día siguiente, salvo claro está que por la hora sea imposible continuar con la audiencia única.

Se entiende que la tendencia de este proceso estriba en que la audiencia se realice en la misma sesión –la simplicidad del asunto así lo ameritaría–. El receso de la sesión, en todo caso, por razones de tiempo o prolongación del debate, determinará que esta se reanude indefectiblemente al día siguiente o, a más tardar, al subsiguiente (artículo 360.1 CPP)–¿su vulneración implica la nulidad de lo actuado? No será así, desde luego, si no se produce efectiva indefensión material o no se vulneren los derechos del garantizado–. Las sesiones, en este último caso, serán continuas e ininterrumpidas y, entre sesión y sesión, sin excepciones, no se podrá abrir otro juicio oral –en el proceso común se permiten excepciones aunque con una perspectiva restrictiva: artículo 360.5 CPP–. En lo demás, se aplican supletoriamente las reglas del proceso común.

6. Ley 31960 y Decreto Legislativo 1605

6.1. Supuestos de aplicación

Como ha quedado indicado, el artículo 446 del CPP regula los supuestos de aplicación del proceso inmediato. La nueva disposición (Ley 31960, de 21-12-2023), que fundamentó la reforma en la necesidad de garantizar la prestación efectiva de alimentos, a través de la aplicación del proceso inmediato, simplificado y célere, así como de permitir que el alimentista acceda de manera afecta a lo necesario para su subsistencia [Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de 26-06-2023], insistió en la obligatoriedad de incoación del proceso inmediato en cuatro supuestos. Tres son los supuestos clásicos asociados a la noción de evidencia delictiva: flagrancia delictiva, confesión sincera y evidencia acreditativa de los hechos desde los primeros momentos de la investigación. El cuarto, de carácter específico, centrado en hechos punibles concretos, se refiere (*i*) al delito de omisión de asistencia familiar, cuya acreditación evidente fluye de haberse allegado copias certificadas de las piezas procesales del proceso de alimentos –son exigencias de prueba documental que dan cuenta del hecho

delictivo evidente, no requisitos de procedibilidad, como equivocadamente se señaló en la Casación Civil 1977-2019/Lima Norte, de 14-07-2021–, que en este caso el juez de familia de oficio debe remitirlas al fiscal (artículo 566-A del Código Procesal Civil, modificado por esta misma Ley), conforme al artículo 149 del Código Penal –es un supuesto clarísimo de evidencia delictiva–; y, **(ii)** al delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción (artículo 274 del Código Penal), en cuya virtud la evidencia delictiva fluye de la actividad pericial respectiva (examen de alcoholemia: artículo 213 del Código Penal) –respecto de este delito no consta en el dictamen de la Comisión de Justicia argumento diferenciado alguno–. La reforma, primero, separó en dos apartados distintos los supuestos vinculados a los delitos de omisión de asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad o drogadicción; y, segundo, señaló, para el caso de este segundo delito, que si la imputación es contra varios imputados –que no puede presentarse en el delito de omisión de asistencia familiar por estar dirigido contra el obligado o deudor alimentario, una persona determinada– debe tratarse de una sola imputación y han de estar implicados en el mismo delito, al punto que si concurren delitos conexos en los que están involucrados otros encausados, no cabe la acumulación, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable (se sigue, en este caso, la lógica relativa del artículo 51 del CPP).

6.2. Audiencia única de incoación del proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva

La amplitud de pretensiones que pueden dilucidarse en la audiencia única de incoación del proceso inmediato ha sido ratificada por la reforma examinada. A la propia pretensión fiscal de incoación del proceso inmediato, se pueden unir las referidas a la aplicación del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de formación del proceso especial determinación anticipada, así como de la medida de coerción planteada por el fiscal y –aunque no se modificó el apartado 3 del artículo 447 del CPP– la constitución en partes (específicamente del agraviado), que como tal fue incluida en el apartado 4. El principio de aceleramiento procesal se expresa en el hecho de que **(i)** en la misma audiencia, mediante resolución oral, se resuelven estas cuatro posibles pretensiones, **(ii)** el recurso de apelación, planteado necesariamente en la audiencia, se concede con efecto devolutivo, no suspensivo, el cual se interpone oralmente, sin formalización por escrito, **(iii)** así como el procedimiento para la absolución del grado es el acelerado, similar al de la prisión preventiva.

Cabe destacar que el nomen iuris del artículo no refleja la amplitud de su contenido, desde que el proceso inmediato nacional no solo está referido al supuesto de flagrancia delictiva, sino también a los de confesión sincera y de evidencia delictiva, como prescribe el último párrafo de este precepto. Es de insistir que la fuente de este proceso es el Código de Procedimiento Penal Italiano, pero se unificó en uno solo los procesos directísimo e inmediato (artículos 449 a 458 CPPI).

III. EL PROCESO DE SEGURIDAD

1. Objeto del proceso de seguridad

1.1. Proceso penal y medida de seguridad

La doble vía de nuestro derecho penal material –que además de la pena represiva también reconoce las medidas de seguridad (artículos 71 y ss. CP) a propósito de la comisión por una persona de un hecho penalmente antijurídico, apreciado desde su dimensión fundamentalmente objetiva [GARCÍA CAVERO]– ha conducido, en el ámbito procesal, a que el CPP, junto al proceso común, regule un proceso especial llamado proceso de seguridad (Sección III, Libro V, artículos 45b-458) [ROXIN], cuya fuente es el Código Proccsal Penal Tipo para Iberoamérica y la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

Ambas sanciones: pena y medida de seguridad –así consideradas por la Corte Suprema, Ejecutoria Suprema n.º 104-2005/Ayacucho, de 16-03-05–, significan un mal para el imputado y lo coartan en sus derechos [VIVES] –más allá de entender que persiguen fines preventivos especiales, de corrección del autor y de protección de la colectividad frente a él [STRANTENWERTH]–, por lo que resulta imperativo homologar en lo posible las garantías procesales para su dilucidación y eventual imposición –el eje común es el hecho penalmente antijurídico cometido–, sin perjuicio de destacar, en lo pertinente y necesario, aquellas especialidades intrínsecas a la peligrosidad criminal del sujeto que justifican instituciones procesales adaptadas a esa condición.

Con el ACPP de 1940 no estaba claro cómo se aplicaban las medidas de seguridad –en concreto la de internamiento para los delincuentes peligrosos eximidos de pena o de responsabilidad restringida (artículos 89 y 90 ACP)–. Es de considerar, al respecto, que el artículo 191 ACPP estaba concebido como una medida transitoria, básicamente de seguridad y protección, de carácter procesal,

en cuya virtud se ingresaba al imputado que padece de enajenación mental a un asilo de insanos, y que conforme al artículo 225.3 ACPP la elevación a juicio importaba el previo agotamiento de los actos de averiguación—, lo que no impedía la acusación, el juicio oral y la sentencia, la misma que —al igual que la acusación— puede comprender la imposición de una medida de seguridad, acorde con el artículo 285 ACPP.

Sin embargo, esta situación ha cambiado con el CPP, pues el proceso de seguridad, en cuanto a su objeto, comprende con toda propiedad la medida de seguridad privativa de libertad de internación, circunscrita a los anormales psíquicos graves —en pureza, las personas que padecen anomalías psíquicas, alteraciones en la conciencia o en la percepción que alteren gravemente el concepto de la realidad (artículo 20.1 CP)— y aplicable según el principio de proporcionalidad —que atiende a la peligrosidad del agente, a la gravedad del hecho cometido y al delito que probablemente cometiera si no fuese tratado [GARCÍA CAVERO]—. Las reglas de aplicación de la indicada medida de seguridad fluyen de la concordancia de los artículos 74 y 75 CP. La imposición de la medida de seguridad requiere la demostración procesal de que el imputado realizó un injusto penal; por ello en el proceso de seguridad no puede observarse la demostración del hecho atribuido [LLOBET].

La incoación del proceso de seguridad presupone que no se puede llevar a cabo un proceso común debido a la inimputabilidad —falta de capacidad penal o capacidad para delinquir— o a la incapacidad procesal del procesado, siempre que, según el resultado de la investigación preparatoria, sea de esperar la imposición de una medida de seguridad de internación [ROXIN], que importa un pronóstico negativo fundado tanto en diagnósticos médico legales a partir de los defectos sicosomáticos del autor como en las características del hecho y condiciones de su autor. No es necesario, para determinar su instauración, que el órgano jurisdiccional tenga certeza del estado de inimputabilidad del encausado y de la necesidad de la medida de internación. El BGH alemán, por ejemplo, considera que solo se requiere que, en todo caso y *prima facie*, no pueda ser excluido ese estado.

A este respecto el artículo 456.1 CPP postula dos situaciones más o menos claras para la incoación del proceso de seguridad: **1.** Que al imputado se le haya dictado la resolución prevista en el artículo 75 CPP, esto es, que previo informe pericial y debate en audiencia preliminar el juez de la investigación preparatoria entienda acreditado el estado de inimputabilidad del procesado; y, **2.** Que al culminar la investigación preparatoria el juez de la investigación preparatoria estime que corresponde imponer al imputado exclusivamente una medida de seguridad y que son aplicables las disposiciones del Título IV del Libro I del CP.

1.2. Proceso de seguridad e inimputabilidad

Las relaciones entre medidas de seguridad y proceso de seguridad generan, a tenor del apdo. 1 del artículo 456 CPP, un problema hermenéutico importante en orden a determinar si el proceso de seguridad solo es aplicable al inimputable. Al respecto, el artículo 456.1 CPP precisa “Cuando el Fiscal [...] al culminar la Investigación Preparatoria considere que solo corresponde imponer al imputado una medida de seguridad y que son aplicables las disposiciones del Título IV del Libro I del CP [...]”.

El artículo 71 CP, siguiendo al CP brasileño, prevé dos medidas de seguridad: internación y tratamiento ambulatorio. El artículo 74 CP estatuye que la internación se impone al inimputable, mientras que el artículo 76 CP estipula que el tratamiento ambulatorio se aplica conjuntamente con la pena al imputable relativo (Ejecutoria Suprema n.º 4344-97, de 28-10-97); es decir, el tratamiento ambulatorio no es una reacción penal única, siempre se aplica conjuntamente con la pena –aunque disminuida en función de su culpabilidad–, sin perjuicio que se cumpla en primer término y que sea posible que la pena ya no se ejecute o que se disminuya en su extensión (artículo 77 CP). El CP, entonces, opta por un sistema dual: penas para los culpables de un delito y medidas de seguridad para los realizadores inimputables de un tipo penal; a la vez que sigue el sistema vicarial para el caso de los imputables relativos o semiimputables: el tratamiento ambulatorio se aplica conjuntamente con la pena [VILLA STEIN].

Siendo así, como el supuesto de hecho del artículo 456.1 CPP es que solo o exclusivamente se imponga una medida de seguridad, ello únicamente es posible en el caso de la medida de internación –la internación, que es una medida de seguridad privativa de la libertad y, como tal, afecta la libertad ambulatoria, implica el ingreso del sentenciado y permanencia del condenado en un establecimiento hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia [PRADO SALDARRIAGA]–. Como la norma no indica, en plural, medidas de seguridad y se refiere, en general, a las disposiciones del Título IV del Libro I CP, se entiende que no son aplicables todas ellas sino las pertinentes a la medida de internación. Por tanto, el proceso de seguridad está circunscrito a los inimputables y a la medida de internación. Es más, el presupuesto de dicho procedimiento es el artículo 75 CPP, y este requiere de un estado de inimputabilidad, a la que está asociada, exclusivamente, la medida de internación conforme al artículo 74 CP. Por tanto, este procedimiento especial no comprende a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o drogas que también pueden ser afectados por las medidas de seguridad

de internación, para los cuales se aplican siempre las reglas y ritos del proceso común [PRADO SALDARRIAGA].

Esta conclusión es similar al caso de sistemas legislativos semejantes al nuestro, como Costa Rica, donde la doctrina procesalista expresó que: “No procede la aplicación del procedimiento cuando lo que se estima es que el imputado actuó en estado de imputabilidad disminuida, ello a pesar de que conforme al CP podría imponérsele además de la pena correspondiente una medida de seguridad” [LLOVET]. De igual manera se tiene el caso del modelo germano, fuente evidente de este procedimiento, cuya doctrina puntualizó que: “La apertura del proceso de seguridad presupone que no puede llevar a cabo un procedimiento penal debido a la inimputabilidad o a la incapacidad procesal del autor y, según el resultado de las investigaciones, es posible esperar que sean ordenadas medidas de seguridad” [ROXIN].

2. Incoación del proceso de seguridad

El proceso de seguridad se inicia, exclusivamente, a instancia del fiscal. La Ley no prevé que lo solicite la representación técnica o el curador del imputado. Esto último, por cierto, no elimina la posibilidad que se dirijan al fiscal para que inste ese procedimiento, aunque descarta que pueda hacerlo directamente ante el juez de la investigación preparatoria.

El fiscal requerirá el proceso de seguridad en dos supuestos:

- A. Cuando el juez, de oficio o a pedido de parte, haya dispuesto el examen pericial del imputado y, en audiencia, el perito, previo informe pericial, haya explicado el estado de inimputabilidad del encausado, y se haya dictado la resolución que así lo declara –en rigor, corresponde al juez, con mero apoyo pericial; descartar o acreditar la afectación grave del concepto de realidad y no indagar acerca de una determinada patología mental o biológica; vale decir, si la capacidad de comprensión de la persona encausada está gravemente afectada y ya no le exige comprender ni inhibirse [MEINI]-instando la incoación del proceso de seguridad (artículo 75 CPP).

Es de aclarar, empero, que el juez de la investigación preparatoria no ordena la iniciación del procedimiento de seguridad, solo insta su incoación, pues la legitimación para hacerlo la ostenta el fiscal.

- B. Cuando al culminar la investigación preparatoria considere que solo corresponde imponer al imputado una medida de seguridad. En este

caso realizará las investigaciones indispensables –si corresponde hacerlo– o directamente requerirá la apertura de juicio oral y formulará el correspondiente requerimiento de imposición de medidas de seguridad, aplicando en lo pertinente las reglas que fijan los requisitos de la acusación fiscal –estos se enumeran en el artículo 349 CPP–.

Si se trata de un proceso con pluralidad de imputados, la regla es la desacomulación y la formación de un proceso autónomo con la única inclusión del imputado presuntamente inimputable. En esa misma línea, el artículo 457.5 CPP prohíbe la acumulación de un proceso de seguridad con otro común.

El requerimiento fiscal no solo consiste en pedir la incoación del proceso de seguridad, sino que importa la solicitud de apertura del juicio oral y la petición de imposición de una medida de seguridad específica, siguiendo en lo aplicable las normas que regulan la acusación fiscal. Rige en lo pertinente los artículos 343 y 349 CPP. El juez de la investigación preparatoria, según el artículo 457.4 CPP, podrá rechazar ese requerimiento si considera que corresponde la aplicación de una pena. Contra esta resolución procede recurso de apelación, con efecto suspensivo.

3. Particularidades del proceso de seguridad

La regla general, que guía la relación entre el proceso común y los procesos especiales, determina que, en tanto no esté dispuesto algo específico, rigen los preceptos del proceso común (artículo 457.1 CPP).

El proceso de seguridad reconoce dos reglas particulares.

- A.** Una primera regla específica está vinculada a la representación del imputado durante la etapa de investigación preparatoria. Establecida, aun cuando preliminarmente, la anomalía síquica grave –la norma erróneamente señala el n.º 2 del artículo 20 CP, cuando el dispositivo pertinente es el n.º 1 de dicho artículo del CP–, luego de procederse con arreglo al artículo 75 CPP, el juez de la investigación preparatoria debe nombrar un curador procesal del acusado –artículos 61 y 66.2 CPC– o, si ya lo ha designado, la causa debe entenderse con el curador del imputado. Con el curador procesal se entenderán todos los actos procesales, salvo los de carácter personal (declaraciones, careos, exámenes periciales, cuando es objeto de reconocimiento, etcétera). Asimismo, en esta sede el interrogatorio del imputado se realizará solo si lo permite su estado de salud.

Es de preguntarse si, formulado el requerimiento de imposición de medida de seguridad, cabe realizar una audiencia de control de la acusación. ¿La

etapa intermedia ha sido eliminada o no? La respuesta es negativa. La regla general no se ve alterada pues no existe precepto alguno en contrario. Lo que entraña el artículo 457.4 CPP es la incorporación de una causal adicional de rechazo: no aceptar el requerimiento de medida de seguridad si el juez de la investigación preparatoria considera que corresponde la aplicación de una pena.

- B.** Una segunda regla privativa está vinculada al juicio oral. Se trata, en rigor, de cinco disposiciones particulares. Es de aclarar que el órgano competente es el Juzgado Penal, que será Unipersonal o Colegiado, según la pena que el delito acusado tiene conminado.
- i.** Las audiencias pueden realizarse con exclusión del público y sin la presencia del imputado, siempre que su estado de salud imposibilite su concurrencia, o si ello pone en riesgo el orden o la seguridad –se tendrá en cuenta las características personales de su enfermedad–. En este caso el imputado será representado por su curador. La justificación pasa por la consideración a la dignidad de la persona, de salud –la presencia del público puede generar daños psíquicos adicionales al imputado– o por la presencia de intereses vinculados al orden o a la seguridad de las personas, derivado de la peligrosidad del sujeto.
 - ii.** De no ser posible la concurrencia del imputado a la Sala de Audiencias, podrá realizarse el interrogatorio en acto aparte, siempre que sea factible –con arreglo a la opinión del perito–, con la necesaria intervención y orientación de un perito.
 - iii.** Si no se puede contar con la declaración del imputado, se leerán sus declaraciones sumariales y, en su caso, la declaración reservada actuada conforme al supuesto anterior –siempre, claro está, que en algún caso haya sido posible recibir algún tipo de testimonio del imputado–.
 - iv.** Es indispensable el examen al perito que se pronunció sobre el estado de salud mental del imputado. De ser el caso puede ordenarse una ampliación del informe pericial por el mismo u otro perito.
 - v.** La sentencia presenta una exigencia singular: debe versar sobre la absolución o sobre la aplicación de la medida de seguridad de internación. El Tribunal, como es obvio, deberá adquirir plena convicción, más allá de toda duda razonable, de que el imputado cometió el hecho penalmente antijurídico imputado. No se puede imponer pena –tampoco la medida de tratamiento ambulatorio,

porque esta presupone imputabilidad disminuida y la aplicación conjunta de una pena, artículo 76 CP–, pues existen, al respecto, otros mecanismos que es del caso aplicar, como la transformación al proceso común (artículo 458.1 CPP).

4. Transformación del proceso

4.1. Auto de transformación del proceso

En el transcurso del debate es posible que se arribe a la convicción que el imputado cometió el hecho con capacidad de culpabilidad. En este caso el juez penal debe dictar la resolución de transformación del proceso –ello es consecuencia del principio de legalidad procesal: el proceso de seguridad no se instaura en función al principio del consenso, por lo que, si se configuran sus presupuestos materiales, lo correcto será transformarlo al proceso común [NEYRA]–. Acto seguido, debe advertir al imputado la modificación de su situación jurídica, a la vez que le dará la oportunidad de defenderse, y permitirá la intervención de las demás partes personadas. La resolución dará lugar a la suspensión del acto oral, que deberá reiniciarse antes de ocho días hábiles. La audiencia, por consiguiente, no se interrumpe o quiebra.

De igual modo, el fiscal puede solicitar la transformación y solicitar acusación ampliatoria; y, si se ha deliberado en ausencia del reo, esos actos deben repetirse. Desde luego, se restaurará la publicidad del debate.

Una pregunta final es si el auto de transformación del proceso es apelable. Las normas que integran el Título analizado no dicen nada al respecto. Por tanto, debe acudirse a las reglas sobre el recurso de apelación de autos. El apdo. 1, literal e), del artículo 416 CPP concede dicho recurso contra los autos que causen gravamen irreparable; y, sin duda, definir que no corresponde una medida de seguridad de internación sino una pena tiene entidad para estimar que ocasiona perjuicio definitivo al imputado; y, como la lógica del juicio, en especial su concentración, no permite su paralización, no puede entenderse que se trata de un recurso suspensivo, tanto más si el artículo 371 CPC solo autoriza el efecto suspensivo cuando se trata de autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, que no es el supuesto que nos ocupa.

4.2. Proceso común y medida de seguridad

Un supuesto contrario al anteriormente analizado es si en un juzgamiento derivado de un proceso común se puede imponer una medida de seguridad. En

principio, cabe resaltar que el artículo 387.2 CPP autoriza al fiscal a pedir oralmente una medida de seguridad, siempre que sobre ese extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente. El abogado defensor del acusado, conforme al artículo 390.2 CPP, puede formular otro pedido que favorezca a su patrocinado –allí estaría incluido sin duda el pedido de una medida de seguridad–. El juez penal, según el apdo. 3, literal e, del artículo 393 CPP puede imponer una medida de seguridad que sustituye o concurra con la pena. Si duda el límite está informado, de un lado, por el principio de contradicción: no se aceptan fallos sorpresivos; y, de otro lado, por el principio acusatorio, de correlación entre petición y decisión. Tiene que mediar un debate sobre ese punto, introducido por el fiscal o el imputado en la estación oportuna del juicio, no una vez culminado el periodo probatorio. Es claro, además, que el juez puede instar la posibilidad de imponer una medida de seguridad acudiendo, extensivamente, al artículo 374.1 CPP, generando con ello el imprescindible debate e, incluso, la posibilidad de excepcional de actuación probatoria adicional sobre la capacidad penal del imputado. En este supuesto, desde luego, no es del caso obligar al fiscal que formule una acusación ampliatoria –el artículo 374.2 CPP solo la impone a iniciativa del propio Fiscal y siempre que la nueva circunstancia importe una modificación de la calificación legal del hecho–, en tanto que la propia institución del planteamiento de la tesis no lo impone; se trata de una circunstancia que no importa una modificación del tipo legal, sino una modalidad alternativa de reacción penal, en consecuencia, que el fiscal esté o no de acuerdo con ella, no limita la posibilidad del juez de aplicar la medida de internación si así lo considera legalmente.

IV. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

1. Aspectos generales

1.1. Notas distintivas

La fuente de este procedimiento está en los artículos 444 a 448 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 y en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal colombiano. Este procedimiento, sin duda, tiene una marcada influencia del *Pateggiamento* italiano o aplicación de la pena a instancia de las partes, aunque el modelo nacional tiene sus propias particularidades. Es uno de los exponentes, conjuntamente con el proceso de colaboración eficaz, de la justicia negociada en el sistema procesal penal peruano. Es, además, una forma o mecanismo de simplificación proce sal [NEYRA].

Puede ser definido como aquel proceso especial en virtud del cual el imputado y el fiscal solicitan al juez de la investigación preparatoria que, tras el reconocimiento de la responsabilidad penal por el delito, imponga la pena prevista en el Código Penal reducida en una sexta parte [DOIG]. Es un mecanismo premial en virtud del cual el imputado obtiene la reducción de la pena y otros beneficios. Este proceso pretende una mayor eficiencia de la justicia penal y atiende a razones de política criminal, de descongestión procesal –es, pues, una respuesta que apunta a la simplificación procesal y busca responder a la dilación excesiva de los procesos, con lo que beneficia no solo al imputado sino también a la víctima; el proceso judicial termina rápidamente descongestionándose el sistema, con los efectos económicos de reducción de costes que ello genera [REYNA]– a través del consenso entre acusación y defensa, y, por tanto, es una alternativa al juicio oral.

Si bien el proceso de terminación anticipada es una alternativa al proceso común, que hace del consenso entre las partes el eje de sus posibilidades aplicativas, ello en modo alguno afirma su inconstitucionalidad. Los filtros que realiza el Ministerio Público, las condiciones objetivas y subjetivas que permiten su incoación y, esencialmente, el control judicial al acuerdo, que incide en varios ámbitos del mismo, acredita la amplitud, aunque modulada, de la intervención judicial y el respeto al contenido esencial de la potestad jurisdiccional. Además, los principios de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal y de legalidad penal deben ser objeto de control judicial, por lo que el contenido esencial de la potestad jurisdiccional no se ve limitado irrazonablemente. La aceptación o promoción de este procedimiento por el imputado expresa una modalidad del derecho de defensa con el cual el acusado obtiene una pena mínima y consigue sustraerse a la incertidumbre del juicio (Corte Constitucional Italiana, Sentencia n.º 116, de 19-03-92).

1.2. Ámbito de aplicación

Comprende cualquier delito. No está sujeto a límites de ninguna naturaleza en función a las características personales del imputado o de las otras partes.

Es un mecanismo que tiene por objeto agilizar el curso del proceso gracias a la limitación de la etapa de investigación preparatoria y a la supresión de las etapas intermedia y del juicio oral. Su finalidad funcional es reducir los tiempos de la causa, cuyo presupuesto es el acuerdo de las partes sobre procedimiento y pena, todo ello en función a la exigencia de actos de investigación, por lo menos, en sede de diligencias preliminares (artículo 330 CPP), sin que se requieran pruebas

plenarias para la formación de la convicción judicial. El efecto del procedimiento no solo es evitar dos etapas procesales, en especial el juicio oral, sino su lógica premial, porque concede al imputado una rebaja de pena si la causa culmina por esa vía.

2. Legitimación activa y competencia

2.1. Legitimación activa

El proceso se incoa a pedido de parte; y, dentro de las partes procesales, el fiscal y el imputado (acto de postulación). El actor civil, el tercero civil y, en su caso, la persona jurídica, no están legitimadas para proponerla e, incluso, para oponerse, en el sentido de impedir la iniciación del proceso.

La explicación a la no intervención de la víctima o el perjudicado por el delito se debe al hecho que nuestra Constitución y el CPP atribuye con carácter de exclusivo al Ministerio Público la titularidad de la acción penal [DOIĆ].

2.2. Competencia

El conocimiento del proceso corresponde al juez de la investigación preparatoria.

3. Iniciación del proceso

3.1. Oportunidad

Se puede instar después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículo 336 CPP) y hasta de formularse acusación fiscal (artículos 343.3 y 349 CPP).

Se discute si este procedimiento, como consecuencia de entender que se trata de la plasmación del principio de oportunidad, al ser un criterio más que lo expresa, puede ser instado en sede intermedia con arreglo al artículo 350.1e CPP. Este procedimiento, sin embargo, es la plasmación del principio de consenso procesal y como se trata de un procedimiento especial, legalmente establecido en función a sus propias reglas, no es posible derivarlo a la audiencia de control de la acusación; existiendo acusación no es posible una negociación para variar sus términos, aún fuere de modo accesorio [SÁNCHEZ]. Así consta, además, en el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de 18-07-08.

3.2. Postulación procesal

La solicitud, como acto de postulación, debe fundamentarse, aunque mínimamente. Esta motivación parte de la aceptación de los cargos que fluyen de la Disposición Fiscal; en rigor, se circunscriben al núcleo central del hecho procesal atribuido al imputado. Es posible que como consecuencia de las negociaciones se altere, en algo, las denominadas circunstancias del hecho, tal vez incluso el juicio de tipicidad dentro de ese marco. Empero, esos cambios, controlados judicialmente, estarán sujetos a la aceptación del fiscal, lo que se verá en el escrito de traslado o en la audiencia de terminación anticipada.

3.3. Efectos e impedimentos

3.3.1. Efecto principal

La solicitud de terminación anticipada no tiene carácter suspensivo de la investigación preparatoria, por lo que se forma cuaderno aparte. Es, propiamente, un proceso distinto, cuya incoación no perturba el avance de la investigación preparatoria, en particular la realización de las diligencias imprescindibles para confirmar los cargos plasmados en la Disposición Fiscal. Como no es un incidente del proceso principal y va paralelo a él, debe concluir antes y, como tal, de dictarse la sentencia anticipada, influye en su continuación al determinar su clausura por falta de objeto [SÁNCHEZ].

3.3.2. Impedimento

Solo puede intentarse una sola vez. Este impedimento, sin embargo, puede ser matizado cuando se levantan las objeciones que se derivan de los supuestos de pluralidad de hechos y de imputados. Así, se tiene, por ejemplo: **1.** Cuando el coimputado no respondió al traslado ni asistió a la audiencia de terminación anticipada –cuya presencia es facultativa–; **2.** Cuando el coimputado que inicialmente no aceptó –y, por ello, se frustró la posibilidad de continuar el procedimiento–; **3.** Cuando el coimputado opositor se retracta ulteriormente y acepta los cargos; y **4.** Cuando también el coimputado opositor es excluido del proceso por ampararse una excepción o cuestión previa o prejudicial.

Se requiere, entonces, que la desestimación anterior no se deba a la propia instancia del imputado requirente, que el obstáculo se debió a la actitud procesal de un coimputado, y que este se retracte ulteriormente de su inicial postura. Es evidente, por lo demás, que como el trámite importa el concurso de los demás

coimputados, estos ya no pueden intentar en forma independiente el proceso, salvo que sea posible un acuerdo parcial que los involucre.

Cabe puntualizar que la preocupación porque, en casos de procesos con pluralidad de imputados, exista unanimidad en la postura de todos ellos y por todos los cargos, está en función a que el CPP establece que tal unanimidad es imprescindible para el éxito del proceso, salvo los supuestos de acuerdos parciales, que admiten la ruptura de la continencia de la causa, y que se presenta en los supuestos de conexidad procesal (artículo 31 CPP) y en relación con los otros imputados, salvo que tal ruptura pueda traer aparejada un perjuicio a la investigación o si la acumulación resulta indispensable.

3.4. Modalidades de solicitudes de terminación anticipada

- A.** Puede tratarse de una solicitud individual –de uno o varios imputados, o exclusivamente del fiscal, en cuyo caso se denomina “requerimiento de terminación anticipada” – o de una solicitud bilateral. La solicitud puede ser conjunta de varios coimputados (algunos o todos los imputados). También puede ser una solicitud bilateral, del imputado (s) con el fiscal.
- B.** La solicitud, individual o bilateral, sin perjuicio de su fundamentación mínima –cuyo eje es la aceptación de los cargos–, requiere, además, como es obvio, que se precise la pretensión de incoar el proceso de terminación anticipada, en función a lo anterior.
- C.** La Ley también reconoce la denominada solicitud negociada. Se le anexa un Acuerdo Provisional sobre la pena, reparación civil y, de ser el caso, las demás consecuencias accesorias. En la perspectiva de una solicitud negociada la ley permite a las partes a sostener reuniones preparatorias informales (no se requieren actas, no están sujetas a plazos, no se necesita la presencia personal del imputado).

La provisionalidad del acuerdo determina que puede ser revocado sin precisión de causa, por lo que, sobre esa base, es que la ley, en primer lugar, solo requiere la no oposición inicial de alguna de las partes, para lo cual es evidente que hasta la celebración de la audiencia puede comunicarlo al juez de la investigación preparatoria –lo que determinará el rechazo liminar de la solicitud de terminación anticipada–. En segundo lugar, admite que en el curso de la audiencia cualesquiera de las partes pueda expresar su oposición al procedimiento de terminación anticipada,

oportunidad en que el juez de la investigación preparatoria, igualmente, archivará las actuaciones.

El artículo 342 CPC estipula, al efecto, que el desistimiento del acto procesal se interpone antes de que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto, en consecuencia, el juez debe dejar sin efecto la situación procesal que determinó el acto desistido: la incoación del trámite y convocatoria a la audiencia (artículo 343 *in fine* CPC).

4. Etapas del procedimiento

4.1. Calificación de la solicitud

Presentada la solicitud, el juez de la investigación preparatoria debe calificarla desde la perspectiva formal. Analizará (i) si cumple los requisitos legales de modo, forma y plazo, así como de precisión y completitud del petitorio –juicio de admisibilidad–. También examinará (ii) la legitimación del solicitante, que solo se trate de la primera solicitud, o que sea evidente que no se dé el supuesto de unanimidad exigido por la Ley ni la posibilidad de ruptura de la continencia de la causa –juicio de procedencia–. En el primer caso ordenará su subsanación, si es posible, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad; y, en el segundo caso, la rechazará de plano, motivadamente.

Si la solicitud pasa el examen de admisibilidad y procedencia se pone en conocimiento de las demás partes procesales: los demás coimputados si es del caso, del actor civil –como no supone extinción ni suspensión de la acción penal, no se comunica el pedido al agraviado, artículo 95 CPP; solo puede recibir información sobre estas actuaciones que incluye la propia petición de terminación anticipada, siempre que lo solicite (artículo 95.1, a) CPP)–, tercero civil y persona jurídica. Estas se pronunciarán o alegarán acerca de la procedencia del procedimiento y formularán sus pretensiones o solicitudes dentro del plazo de cinco días. En todo caso no es necesario para el paso a la siguiente fase procesal que las partes se pronuncien al respecto: se trata, pese a la dicción de la norma, de una mera posibilidad procesal. Empero, si lo hacen y se niegan o cuestionan el procedimiento, en el caso de coimputados, cuya posición torne imposible la terminación anticipada por imperio del artículo 469 CPP, el juez de la investigación preparatoria, de plano, podrá declarar la improcedencia de la solicitud de terminación anticipada.

Vencido el plazo, con la absolución del traslado o no, superado el juicio de procedencia, se citará a la audiencia de terminación anticipada.

4.2. Audiencia de terminación anticipada

4.2.1. Características

Dictado el auto de citación a la audiencia de terminación anticipada, que deberá comprender a todas las partes personadas, cuya asistencia, salvo las que instaron el procedimiento, es facultativa. El imputado solicitante y su defensor, así como el fiscal, están obligados a asistir; sin su concurrencia no se podrá instalar la audiencia. El archivo del proceso de terminación anticipada se dictará cuando las partes necesarias dolosa o culposamente no asistan a la audiencia. Será del caso, en cambio, reprogramar la audiencia frente a un error u omisión en las notificaciones o cuando la inasistencia se deba a una causa justificada: enfermedad, imprevisto inevitable, caso fortuito o fuerza mayor [REYNA].

La audiencia tiene carácter privado. Ello es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la etapa de investigación preparatoria; además, uno de los efectos benéficos, desde la perspectiva del imputado, es que su caso no se ventile públicamente. Es, pues, una excepción razonable a la garantía de publicidad absoluta que informa el enjuiciamiento penal.

La característica esencial de la audiencia, signada por la oralidad en su desarrollo, es su vocación de concreción de acuerdos, a partir de la exposición del caso. El acuerdo se logra en función a los argumentos y alegaciones que en su seno se produzcan. Está prohibida la actuación probatoria.

Rige además el principio de concentración procesal. Se realiza en acto único. Solo se admite la suspensión de la audiencia, y por breve término, con la condición de que se reanude el mismo día, luego de los debates que se produzcan, a efecto de que se pronuncien definitivamente para consolidar el acuerdo buscado de propósito y que es la razón de ser de la audiencia.

4.2.2. Pasos de la audiencia

Son los siguientes:

- A.** Presentación de los cargos. Corresponde hacerlo al fiscal, y tienen como base el resultado de la investigación preparatoria. Se limitará a la Disposición Fiscal cuando no se han actuado diligencias con posterioridad a ella; y, por ende, pueden modificarse motivadamente si nuevas actuaciones permiten una variación de sus contornos, en orden a su dimensión, entidad e, incluso, tipicidad. En este último caso el fiscal, acorde a las diligencias realizadas, justificará su cambio de posición.

- B.** Advertencias del juez de la investigación preparatoria. Antes de iniciar el traslado, el juez de la investigación preparatoria debe explicar al imputado concernido los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad, una vez producido el mismo. Esto último es la concreción de un derecho fundamental de defensa procesal que asiste al imputado y que el juez de la investigación preparatoria debe cuidar que se respete. La aceptación de los cargos y consecuente renuncia al juicio y a la actuación probatoria, requiere de un consentimiento libre, asesorado por Letrado e informado además por el propio juez, en tanto está disponiendo del proceso—realiza un acto de disposición procesal—, de su defensa material. Por lo demás, el juez de la investigación preparatoria está ante la oportunidad de revisar o examinar si el imputado interviene voluntariamente, sin presiones o amenazas, con pleno conocimiento de lo que hace—de lo que deja de hacer, de las consecuencias de su declaración de culpabilidad (en sentido procesal)— y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.
- C.** Contestación del imputado concernido y posición de las demás partes. El imputado tendrá en ese acto la oportunidad de aceptar los cargos, en todo o en parte, o de rechazarlos. A continuación lo harán las demás partes asistentes a la audiencia. La lógica de este paso es que se promueva lógicas consensuales; por consiguiente, el debate se limita a la propia dimensión de los cargos, a lo que se acepta y a lo que se rechaza. Se trata, es preciso aclararlo, de la primera postura de las partes, que va a delimitar el curso de la audiencia, y sobre la cual se centrará el debate ulterior.
- D.** Debate consensuado. Fijadas las posiciones iniciales de las partes, el juez de la investigación preparatoria las instará a que se llegue a un acuerdo. A estos efectos, puede suspender la audiencia por breve término, que no puede dejar de reanudarse el mismo día, para que ellas se pongan de acuerdo. Se busca la realización de conversaciones informales que faciliten un acuerdo.
- E.** Acuerdo. Reanudada la audiencia, es posible que exista acuerdo o que no se llegue al mismo. El acuerdo comprende las circunstancias del hecho punible—en orden a la antijuricidad y culpabilidad como categorías del delito, siempre que subsista la imposición de una pena—, así como la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias que deben imponerse, incluso si la pena privativa de libertad puede ser suspendida condicionalmente. El acuerdo debe constar, en esos términos, en el acta de

la audiencia. Se debe indicar con precisión la pena propuesta, el monto de la reparación civil y las consecuencias accesorias. En cuanto a la pena debe indicarse qué circunstancias modificativas se asumen y sus efectos sobre la pena. Si no se llega a un acuerdo, así constará en el acta.

Es evidente que el juez de la investigación preparatoria, en función a su rol de director de la audiencia y de contralor del acuerdo, está autorizado a requerir o plantear *ex officio* se complete una omisión o se subsane un error, en función a las penas, reparación civil y/o consecuencias accesorias. El error –a partir de estrictos cánones legales–, cuya subsanación se inste, podría recaer incluso en el propio quantum de la pena y de la reparación civil; también podría tratarse de un error numérico del montante de la pena en función a las disminuciones propuestas.

- F.** Deliberación y decisión. En ambos casos: se llegue a un acuerdo o no, se suspenderá la audiencia para la deliberación y expedición de la decisión final: sentencia anticipada o auto de desaprobación del acuerdo. Rige análogamente el artículo 392.2 CPP, de suerte que la deliberación no podrá extenderse más allá de dos días –así lo dice expresamente el artículo 468.5, extremo final, CPP–, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez. Si transcurre ese plazo sin la decisión respectiva, se anulará todo lo actuado y debe repetirse la audiencia. Es obvio, por razón del principio de concentración, que antes de la suspensión para la deliberación secreta deberá anunciarse en ese mismo acto la fecha de la reanudación de la audiencia, salvo que por enfermedad deba extenderse el plazo de suspensión tres días más, en cuyo caso inmediatamente se notificará a las partes para la reanudación de la audiencia de terminación anticipada. Es de advertir que la cita del artículo 392.2 CPP es válida en tanto que permite una alternativa en caso de enfermedad del juez, y además rechaza la posibilidad de estimar que el plazo de cuarenta y ocho horas es un plazo impropio, que solo acarrea consecuencias disciplinarias para el juez.

Para la lectura de la decisión no se requiere la presencia de las partes principales, menos ante las partes contingentes. Se lee ante quienes asistan.

- G.** Auto de archivo. Si las partes no arriban a un acuerdo, el juez de la investigación preparatoria dictará el auto de archivo de actuaciones, que ponga fin al proceso de terminación anticipada. Declarará, en este caso, que no hubo acuerdo y dispondrá el archivo definitivo del proceso de terminación anticipada.

- H.** Decisión sobre el acuerdo de las partes. Si se llega a un acuerdo, el juez de la investigación preparatoria podrá dictar: **1.** Una sentencia anticipada, de contenido condenatorio (la norma aplicable para su conformación estructural es el artículo 399 CPP, que se refiere a la sentencia condenatoria; por error se citó el artículo 398 CPP, que se refiere a la sentencia absolutoria). **2.** Un auto de desaprobación del acuerdo, que se expedirá cuando no corresponda la sentencia anticipada, esto es, cuando el acuerdo no es legal o razonable desde la perspectiva de las reglas de la medición de pena.

Si se desaprueba el acuerdo o, antes, se archiva las actuaciones por suponer falta de acuerdo; y, ambas resoluciones adquieren firmeza, el efecto procesal será, según el artículo 470 CPP, que la declaración formulada por el imputado se considere como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

5. Sentencia anticipada

5.1. Ámbito de la sentencia anticipada

La sentencia anticipada siempre es aprobatoria del acuerdo, homologa su contenido. Sin embargo, el juez no está vinculado al acuerdo. Le corresponde realizar un juicio de legalidad y un juicio de razonabilidad desde los fines de la pena, que debe plasmar en la motivación del fallo.

5.1.1. Juicio de legalidad

Incluye tres niveles de análisis jurídico:

- A.** El primero, comprende la compatibilidad de las circunstancias del hecho punible indicadas en el acuerdo: la tipicidad del hecho consensuado y su respectiva correlación con los recaudos de la causa –los hechos expuestos, desde luego, podrán aceptar íntegramente lo indicado en la Disposición Fiscal o, en su caso, variarlos en función de las actuaciones realizadas–.
- B.** El segundo, abarca el examen de la legalidad de la pena –que respete el margen la pena legal abstracta y concreta–, de la reparación civil –que incorpore los extremos que fija el artículo 93 CP– y de las consecuencias accesorias, cuando corresponde.
- C.** El tercero, involucra el control de la suficiente actividad indiciaria –inserto en el juicio de legalidad–, que es propio de un modelo consensual garantista. Exige que de las actuaciones de la investigación preparatoria – tanto

las diligencias preliminares como las actuaciones de la investigación preparatoria, realizadas luego de la Disposición Fiscal—, se advierta *prima facie* la realidad de los hechos acordados, tal como han sido expuestos, y de la vinculación del imputado con ellos. Debe descartarse que el imputado se someta a un acuerdo sin bases mínimas que justifiquen una aceptación de cargos.

A esto último la Corte de Casación Italiana lo ha denominado *control negativo*: el juez ha de comprobar que no concurren los presupuestos determinantes del sobreseimiento; en un nivel preliminar comprobará la voluntariedad de la solicitud o del consenso, que el acuerdo plasme la negociación [Sentencias, Secciones Unidas, de 21-06-00, 22-11-00, 2511-98, 25-03-98 y 28-05-97]. Si no concurre este requisito, el juez se limitará a desaprobando el acuerdo, no a sobreseer la causa, pues el proceso en su conjunto supone en su esencia una respuesta punitiva, de derecho penal, en función a la posición favorable de la defensa, la cual por cierto no es vinculante al juez.

5.1.2. Juicio de razonabilidad

Superado el juicio de legalidad, el juicio de razonabilidad está centrado en el *quantum* de la pena y de la reparación civil. No se trata de reemplazar la voluntad de las partes ni de buscar que el acuerdo se modifique en función a lo que el juez estime exacto, por lo demás imposible de concretar porque carece, dado el momento procesal en que se produce la petición, de dato alguno —prueba, en sentido estricto— relativo al hecho, a sus circunstancias, o a la personalidad del acusado que le permita motivar el ejercicio del arbitrio judicial —control de congruencia—. El juez debe evitar que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, o se lesione la finalidad de la pena (Sentencia de la Corte Constitucional Italiana n.º 313, de 02-07-90). En consecuencia, solo se podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se acuerde una pena o reparación civil desproporcionada, que en el caso de la pena vulnere el principio preventivo —las pautas básicas o esenciales de la individualización de la pena— o, en su caso, el principio del daño causado.

5.2. Estructura de la sentencia anticipada

La estructura formal de la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, es la que, en lo pertinente, establece el artículo 399 CPP —por error se consignó el

artículo 398 CPP, referido a la sentencia absolutoria—. Pero se limitará a los juicios de legalidad y razonabilidad. El análisis de los actos de investigación y de prueba preconstituida está circunscrito a consolidar la realidad de los hechos consensuados; la subsunción normativa constatará la posición de las partes; y, la cuantía de la pena y de la reparación civil, así como la dimensión de las consecuencias accesorias, advertirá su correspondencia con la ley y los factores de medición respectivos.

6. Beneficio premial

El beneficio típico es de reducción de la pena de una sexta parte. Tiene un criterio tasado, no sujeto a modulación judicial. Como el acuerdo debe precisar la pena consensuada, será del caso que determine si incorpora o no la circunstancia atenuante excepcional de confesión sincera —controlable judicialmente—, en tanto que por imperio del artículo 161 CPP la disminución de la pena puede llegar hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal—. Sobre la base del referido acuerdo, según los alcances ya anotados, es que el juez de la investigación preparatoria debe reducir la pena en un sexto. La reducción, desde luego, no se extiende a la reparación civil ni a las consecuencias accesorias.

Si en el acuerdo existe algún error numérico como consecuencia de las atenuantes excepcionales incorporadas es obvio que el juez de la investigación preparatoria puede corregirlo sin necesidad de anularlo o disponer su devolución. La corrección de errores materiales es posible siempre que no introduzca elemento jurídico novedoso alguno y se esté dentro de la pena procedente, de acuerdo con la calificación aceptada.

La Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley n.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, estableció que este beneficio premial no se aplica a los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ellas o que actúan por encargo de la misma. Esta modificación, si bien no excluye el proceso de terminación anticipada, en puridad por este mecanismo de “desactivación por desincentivo” llevará indefectiblemente a su no aplicación en la praxis forense por ausencia del incentivo principal [REYNA]. Por su parte, la ley 30962, de 18 de junio de 2019, estableció que este beneficio tampoco se aplica cuando se trata del delito previsto en el artículo 108-B o por cualquiera de los delitos comprendidos en el capítulo I (violación de la libertad personal): artículos del 153 al 153-J y capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo), XI (ofensas contra el pudor) del título IV del libro secundop del Código Penal (delitos contra la libertad).

7. Terminación anticipada y pluralidad de hechos e imputados

Se entiende que cuando existe pluralidad de hechos e imputados se da un supuesto de conexión procesal, regido por el artículo 31 CPP. Esta comprende:

1. La conexidad subjetiva, que se presenta cuando un individuo comete varios delitos, o varios individuos perpetran el mismo delito. **2.** La conexidad mixta o analógica, que tiene lugar cuando varios individuos con una misma voluntad criminal cometen diversos delitos en tiempo y lugares diferentes, y en los supuestos de imputación recíprocas. **3.** La conexidad objetiva, que se produce cuando se comete un delito para facilitar otro delito, o para asegurar la impunidad.

La regla básica estriba en que no cabe la ruptura de la continencia de la causa. En consecuencia, todos los imputados deben aceptar los cargos comunes en su integridad, y cada uno debe, asimismo, confesar la totalidad de los cargos que individualmente se le han atribuido. Todos por todo. Ello implica apostar por un mayor grado de acierto que importa el proceso completo, contradictorio, con juicio oral; y, por otro lado, evitar fallos contradictorios.

No obstante ello, el CPP admite excepciones. Así, el Acuerdo Parcial será posible, siempre y cuando:

- A.** Comprenda al imputado concernido, parte activa en este procedimiento especial, y haya aceptado todos los cargos que se le atribuyan.
- B.** El impedimento no se refiera a delitos conexos en el que están involucrados los imputados opositores o que no son parte activa en el procedimiento especial (por ejemplo: **1.** Receptadores frente a ladrones, **2.** Encubridores respecto de autores del delito antecedente, y **3.** Otros delitos acumulados a uno o varios imputados, en los que no están involucrados los imputados concernidos, parte activa en este procedimiento).
- C.** Si se refieren a delitos conexos sea posible la separación de imputaciones, en tanto ello no “perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable”. Debe quedar claro que el analizado artículo 469 CPP utiliza el vocablo ‘indispensable’, mientras que el artículo 47 CPP utiliza los vocablos “obligatorio” y “facultativo”, por tanto, no puede estimarse que se está ante sinónimos o que rigen por analogía. Es sí aplicable el artículo 51 CPP sobre separación de procesos o de imputaciones, que radica la separación en que “existan elementos suficientes para conocer con independencia [...]”.

Se debe analizar caso por caso. Se requiere que, atendidas las circunstancias del caso, existan en autos elementos suficientes para decidir la situación jurídica del imputado concernido –si su responsabilidad fuera posible individualizarla–, parte activa en el procedimiento de terminación anticipada, con independencia de los imputados opositores, esto es, que no sea necesaria la declaración del opositor, en función a los recaudos de la causa, para formar criterio suficientemente fundado sobre aquello de que se imputa al acusado que aceptó el acuerdo –aquí es de valorar los recaudos de la causa, si existen testimonios, otras pruebas personales o pruebas materiales que concretan o avalan el acuerdo de pena.

8. Recurso impugnatorio

Desde luego, el auto que desaprueba el acuerdo puede ser impugnado por todas o cualesquiera de las partes activas y principales en el procedimiento: imputados concernidos y Ministerio Público. Es una resolución que define el objeto del proceso, tiene carácter definitivo; y con ella, además, se excluye al imputado del beneficio premial correspondiente, por lo que, adicionalmente, el gravamen que ocasiona es irreparable [TAPIA CÁRDENAS]. El hecho que en la Sección V, que regula este procedimiento, no se precise la posibilidad de impugnación contra esa decisión no significa que no se aplique la regla general del artículo 446.1b CPP en concordancia con el literal e de dicha norma.

La sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, en principio, puede ser impugnada por las partes opositoras, que verían en ella una lesión a sus derechos e intereses legítimos, a sus expectativas respecto al futuro fallo que recaería contra ellas. Es especialmente obvio el caso del actor civil, quien puede cuestionar la extensión y la cuantía de la reparación civil, al punto que en este caso –y solo en este– el acuerdo puede ser variado por el Tribunal Superior dentro de los límites de la pretensión del actor civil –ello va a significar, en cuanto a la oportunidad procesal, que el actor civil haya fijado su pretensión en el momento oportuno de la audiencia o, antes, cuando se le corrió traslado de la solicitud de incoación de la terminación anticipada–. No será posible que se emitan fallos de vista sorprendivos ni se comprendan ámbitos no planteados previamente en la audiencia o en la causa.

Respecto al fiscal o al imputado, la impugnación es admisible si es que la sentencia vulnera el sentido del acuerdo. El recurso carecerá del presupuesto subjetivo necesario, de agravio o gravamen, si lo que se cuestiona es el propio acuerdo, si expresa sorprendivamente una retractación. No cabe alegar ignorancia,

error o asesoramiento deficiente si el imputado estuvo asesorado por su abogado y el juez le explicó acabadamente los alcances del acuerdo; rige el principio *nemo contra proprias actos ire potestad*. En estas condiciones el recurso implica una vulneración de la buena fe procesal.

9. Aspectos problemáticos de la terminación anticipada y conformidad procesal (Excursus)

9. 1. Planteamiento general

Se ha destacado que el proceso penal plantea costos ineludibles al erario público y además un despliegue de recursos y de tiempo que el legislador debe tomar en cuenta. Al respeto indispensable de las garantías y principios constitucionales, propios del Programa Procesal de la Constitución –que se erige en un límite infranqueable–, el legislador debe tomar en consideración un conjunto de perspectivas que permitan conseguir un reparto equitativo de los recursos presupuestarios en función a varios criterios sistemáticos esenciales. La necesidad de utilizar “vías deflacionarias”, en palabras de CORDERO, se asume ante el convencimiento de que el proceso común u ordinario, con sus procedimientos internos o etapas procesales, duraría cada vez más tiempo por una estandarización de los recursos y una expansión de la dinámica criminal que se traduce en más causas que ingresan a la Fiscalía y al Poder Judicial, conduciría al colapso del sistema procesal. Hemos seguido, de modo preponderante, el sistema italiano de procesos especiales (terminación anticipada), así como en aspectos puntuales, el sistema español (conformidad procesal) y el sistema alemán (principio de oportunidad).

Uno de los ejes asumidos para implantar el principio de aceleramiento procesal –que no de celeridad procesal: en cuanto es el mero cumplimiento de los plazos legalmente previstos– está centrado en la libre voluntad y aceptación de los cargos de parte del imputado, que se denomina “principio del consenso”. Aquí se encuentran, entre otros, (i) el proceso de terminación anticipada (*patteggiamento* de Italia) –que, afirma PADOVANI, opera como un filtro selectivo consensualmente aceptado, con base en el principio acusatorio–, (ii) el principio de oportunidad de base germana y (iii) la conformidad procesal de base hispana, que más allá de sus fuentes tiene regulaciones propias que los distancias de aquellas.

Un aspecto trascendental que envuelve el proceso de terminación anticipada y el procedimiento de conformidad procesal es el rol que le corresponde al órgano jurisdiccional y a la denuncia, ya superada, de determinadas limitaciones

supuestamente irrazonables a las garantías de defensa procesal, presunción de inocencia y tutela jurisdiccional (sentencia motivada fundada en Derecho).

Dada la amplitud del proceso de terminación anticipada resulta atendible precisar lo que, en su día, estipuló la Corte Costituzionale Italiana, en cuatro sentencias emblemáticas (313, de 3-7-1990; 251, de 6-6-1991; 443, de 12-10-1990; y, 116, de 19-3-1992). Son ocho argumentos relevantes, de aplicación a nuestro sistema procesal. Así: **1.** La terminación anticipada no es una atribución del imputado, sin más, sino una mera posibilidad de solicitud de pena, con el consentimiento de la Fiscalía –lógica consensual– que se presenta ante el juez. **2.** El juez tiene el poder-deber de controlar la realidad de la existencia de las circunstancias que las partes han alegado, así como de otras que aparecen de autos (atenuantes o agravantes). **3.** El juez desarrolla un control de legitimidad, es decir, no deja sin justificación la exactitud de la calificación jurídica, hace una valoración de la subsunción normativa y determina si las afirmaciones de las partes son correctas. **4.** La Constitución garantiza las condiciones a partir de las cuales los derechos a la libertad y de defensa pueden ser ejercitados en toda su legítima extensión, pero no impone un ejercicio absoluto de ejercitarlos; además, el planteamiento del imputado de solicitar la terminación anticipada importa un instrumento válido, derivado de esta garantía, para adquirir con seguridad una pena mínima o reducida, y resulta ser una modalidad del ejercicio del derecho de defensa –la pena reducida está determinada por el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de 18-7-2008, para el caso de la conformidad procesal, y el artículo 471 del CPP para el proceso de terminación anticipada–. **5.** La presunción de inocencia no se ve alterada en su contenido esencial, desde que el imputado solo renuncia a la facultad de contestar la acusación, y para que el juez condene necesariamente debe acreditarse su responsabilidad sobre la base de un mínimo de elementos incriminatorios en relación a su responsabilidad, la que se sustenta en elementos investigativos acopiados por la Policía y la Fiscalía. **6.** La motivación no se ve afectada porque implícitamente le está impuesto al juez evaluar la congruencia de la pena solicitada en orden al principio de legalidad y en su orientación al principio de prevención con el límite del principio de proporcionalidad, de suerte que rechazará el pedido si el juicio de congruencia es desfavorable (la Corte de Casación lo denominó “control negativo”: Sentencia, Secciones Unidas, de 21 de junio de 2000). **7.** La limitación del principio de publicidad se da sobre la base de que el procedimiento supone un reconocimiento de responsabilidad, basado en el contradictorio entre las partes y el acuerdo que alcanzan; además, la publicidad es un derecho disponible, aunque condicionado que permite al imputado evitar la publicidad, la cual representa uno de los elementos incentivantes o premiales a

favor de esa elección del acusado. **8.** La limitación de intervención al actor civil no niega su derecho de acción sobre el objeto civil pues su interés resarcitorio se respeta, al punto que en nuestro sistema el actor civil, más allá del acuerdo de las partes, puede pedir y lograr en apelación una suma superior.

Estas consideraciones, *mutatis mutandis*, pueden extenderse a la conformidad procesal. Queda claro, desde la presunción de inocencia, que la existencia de sospecha suficiente ya está garantizada, desde este estándar, por el mérito del procedimiento intermedio, de base contradictoria; y, el derecho de defensa se respeta, en primer lugar, al exigirse al juez que la aceptación de cargos fuera libre e informada por parte del imputado; en segundo lugar, el juez controla la pena y ésta siempre se reduce; en tercer lugar, el juez realiza un juicio de subsunción normativa y de legalidad en la medición de la pena, todo lo cual debe ser motivado en la sentencia de conformidad, al punto que puede dictar una absolución si el hecho examinado no resulta típicamente antijurídico y culpable. Así se ha contemplado en el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, de 16 de noviembre de 2007.

Diferente es el caso del objeto civil del proceso penal, vinculado a la posible generación de un daño en la esfera patrimonial de la víctima o perjudicado. Aquí no está en discusión los principios informadores del objeto penal; se trata de un asunto de derecho civil en el que prima el principio dispositivo y la voluntad de las partes, quienes tienen el control absoluto del objeto civil, de la reparación civil. Como el actor civil y, en su ausencia, el Ministerio Público en cuanto sustituto procesal de la víctima o perjudicado, no tiene legitimación para impedir la concreción del principio del consenso, el órgano judicial tiene libertad para fijar la reparación civil –ello, sin embargo, en el proceso de terminación anticipada, de existir acuerdo, el JIP no puede cuestionarla, pero la víctima, al no serle vinculante, puede impugnarlo y el Tribunal Superior puede aumentar la reparación civil [Casación 2325-2021/ Nacional, de 26-4-2023]–. Incluso la víctima puede recurrir este extremo y el Tribunal Superior puede modificar en su favor la cuantía de la reparación civil, tal como estipulan los artículos 372, apartado 5 [“...no vincula al juez penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el Fiscal o que han sido objeto de conformidad], y 468, apartado 7, del CPP [“...los demás sujetos procesales, ..., pueden cuestionar...el monto de la reparación civil. En este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil”].

9.2. Conformidad procesal

En pureza, es un paso dentro del periodo inicial del procedimiento principal o plenario. Es el quinto paso o penúltimo. No se acepta su incoación, como en las reformas españolas, en sede intermedia.

El artículo 372 del CP, que es el precepto que la regula, ha soportado dos modificaciones: Decreto Legislativo 1352, de 7 de enero de 2017, y Ley 30963, de 18 de junio de 2019. La modificación más destacada ha sido la última, pues dispuso una excepción a la reducción de la pena para un grupo de delitos: feminicidio, trata de personas (artículos 129-A al C, Ñ, D al H, K y L), violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público, en el que si bien en nuestro sistema punitivo existen otros delitos igual o más graves –lo que desde ya presenta dudas de legitimidad en relación con el principio de igualdad–, se centra en el hecho de que estos delitos afectan mayormente –no únicamente– a la mujer y a los niños, como personas vulnerables. Así lo ha declarado, por lo demás, la Casación 1997-2019/Lambayeque, de 6-8-2021, reiterada en la Casación 994-2021/Lambayeque, de 28-2-2023, que incluso rige para el proceso especial de terminación anticipada.

Es patente que no tiene nada que ver un determinado delito, su contenido de injusto y culpabilidad por el hecho, con las reglas procesales de resolución de casos y el modo de solucionarlos, afincados en lógicas del consenso y de pronta solución de los procesos, en los que la Fiscalía ya agotó las pautas de esclarecimiento de los delitos. La conformidad procesal, como enseñaba GIMENO SENDRA, tiene como pauta directiva la colaboración con la justicia, de suerte que el imputado, voluntariamente, pone fin a un proceso penal ya iniciado reconocimiento responsabilidad penal y civil (acto de disposición de la pretensión) y, como efecto material, el beneficio material que conlleva la reducción de la pena (Casación 1147-2022/Callao, de 20-6-2023). El derecho penal premial por colaboración con la justicia –este es su fundamento político criminal– y el ejercicio de los derechos fundamentales procesales, con la lógica de alcanzar una pena atenuada –que, en buena cuenta, permite en lógica ponderativa, limitaciones al derecho de defensa–, en modo alguno se relaciona con la naturaleza del delito objeto del proceso penal. Resulta, pues, irrazonable autorizar, sin límite alguno, una lógica propia del principio del consenso y, en paralelo, excluir su aplicación en determinados delitos, afincados en la sola vulnerabilidad de la víctima, más aún si el Código Penal ya prevé una agravante genérica en estos casos (artículo 46, numeral 2, literal 'n', del CP), y lo que hace el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, de 16 de noviembre de 2007, solo estriba en disminuir –que no excluir– la

pena concreta. En línea similar, el Acuerdo Plenario 4-2016/CJ-116, consideró inconstitucional la exclusión de la confesión sincera de la imposición de una pena atenuada por razones premiales.

Un punto básico de la conformidad procesal es la aceptación de los hechos narrados por la Fiscalía (artículo 372, apartado 2, primera oración, CPP) –sin este presupuesto no existe conformidad procesal–; y, éstos, cuando involucran varias personas, también deben ser aceptados (no solo es respecto de la intervención del conformado sino de los hechos en que intervino con otros). El juez debe ser activo en este punto: no solo debe cuidar que el imputado está plenamente informado de los hechos, que no está intimidado o que no fuera ignorante de lo sucedido, sino también debe cuidar que asuma el conjunto de los hechos acusados (centro del juicio), no una parte de ellos –los hechos, como tales, incluyen el concurso de varias personas, tal como señala la acusación–. Entonces, la aceptación fáctica debe ser total o íntegra, nunca parcial. Otro punto es, y solo en este ámbito, el juicio de medición de la pena y de la reparación civil, desde lógicas cuantitativas nunca cualitativas, respecto del cual cabe una cesura del juicio y una delimitación del juicio a estos dos extremos, con la determinación de la prueba respectiva, siempre con pleno respeto del principio de contradicción. La ausencia de esta delimitación determina la nulidad de la sentencia conformada, como señaló la Casación 1147-2022/Callao, de 20-6-2023.

Corresponde al juez, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, realizar el juicio de subsunción normativa jurídico penal del hecho fijado por la conformidad del imputado. Tal examen de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad –en tanto categorías analíticas del delito– se realiza exclusivamente desde el *factum* planteado por la Fiscalía en la acusación, de suerte que, si de ello se desprende falta de tipicidad, de antijuricidad o de culpabilidad, dictará sentencia absolutoria. De otro lado, si concurre algún supuesto de atenuación o de disminución de punibilidad, así se pronunciará disminuyendo la pena pedida por el fiscal. La libertad del juez tiene un límite: nunca puede imponer una pena mayor a la solicitada por el Fiscal.

Como quiera que ya existe acusación, tras agotarse los actos de investigación, es posible, absolutamente, la emisión de una sentencia parcial. El artículo 372, apartado 4, del CPP no da lugar a una decisión contraria, pues con respecto a los acusados que no aceptan la conformidad continuará el proceso en su contra. Recuérdese que si bien el artículo 51 del CPP permite la separación de procesos acumulados o de imputaciones o delitos conexos, si y solo si existan elementos suficientes para conocer con independencia, tal precepto está delimitado, en todo

caso, por el citado artículo 374.4 del CPP que no autoriza juicio de ponderación alguno, bajo el entendido de que la acusación ya se planteó, consta el autos el conjunto del material investigativo y los medios de prueba ofrecidos que se van a actuar judicialmente y, por tanto, no se tiene que tener reparo alguno en que la posición de los conformados se debatirá en el juicio en la medida en que se está ante coimputados o llamadas de correo que será del caso esclarecer, siempre bajo la regla del artículo 158.2 del CPP: pruebas objetivas, distintas de su versión, que corroboren lo que expusieron.

9.3. Proceso especial de terminación anticipada

Este proceso especial, que fue estudiado en el Acuerdo Plenario 5- 2009/ CJ-116, de 13-11-2009, tiene algunas diferencias con la conformidad procesal. La más saltante de su vocación de consenso es que se define en el curso del procedimiento de investigación preparatoria, explicitando una perspectiva de simplificación procesal como señalara la Casación 936-2017/Ayacucho, de 3-7-2020. Por tanto, no existe previamente el control de la acusación, en el sentido de examen del umbral de prueba (sospecha suficiente) en que se sostiene. Tal umbral, por respeto a la garantía de presunción de inocencia, debe ser preservado, aunque en un sentido menor que la alta verosimilitud objetiva (como sostiene la jurisprudencia alemana). La exigencia, propia del proceso del civil law, es siempre acreditar los hechos realmente sucedidos (*veritas delicti*), obliga a que el juez, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, controle el cumplimiento de este estándar de prueba.

En la línea de lo expuesto inicialmente, el juez realiza un control multinivel del acuerdo celebrado entre fiscal e imputado: juicio de voluntariedad y consenso, juicio de legalidad y juicio de razonabilidad, secuencialmente realizados, todo lo cual, además, es expresión del principio de interdicción de la arbitrariedad (Casación 936-2018/Ayacucho, de 3-7-2020).

En el primer nivel, el juez cuidará que el imputado tenga una información precisa de los alcances de la institución y que acepta voluntariamente el acuerdo —no está sujeto a amenazas u otras causales que vician su voluntad—; debe haber, pues, un acuerdo con cláusulas precisas.

En el segundo nivel, (1) desde el *factum*, el juez analiza si los hechos acordados son los mismos recogidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria o planteados en el curso de la investigación —control de congruencia fáctica—, y si los hechos constituyen un injusto típicamente

antijurídico, es decir, son penalmente relevantes: determinación del objeto proceso procesal y sus presupuestos. (2) Desde la *quaestio iuris*, el juez examina la corrección de la tipicidad concreta y de la legalidad de la pena –dentro de los parámetros legales estipulados, hoy muy acotados por las reformas legales al Código Penal y por lo definido por el Acuerdo Plenario 1-2023/CIJ-112, de 28-11-2023, publicado en El Peruano el 20-2-2024–. (3) Y desde el control de la presunción de inocencia –que también es un juicio de legalidad para definir la *quaestio facti*–, fiscaliza si los medios investigativos llegan al estándar de sospecha suficiente.

En el tercer nivel el juez supervisa si la pena y la reparación civil acordadas son razonables, esto es, si atento a los hechos descritos y a las características personales del imputado la pena impuesta o la reparación civil fijada son patentemente desproporcionadas con clara lesión al principio preventivo de la pena o al principio de reparación integral del objeto civil, sin mayores digresiones, es decir, que no sean manifiestamente indebidas: superiores o inferiores.

Lo más resaltante, en relación con la conformidad procesal, son las limitaciones existentes en materia de acuerdos parciales. El artículo 469 del CPP impone como regla la siguiente: si existen varios delitos o varios imputados éstos han de aceptar todos los delitos o cargos que se le imputan y por cada delito todos los involucrados también han de hacerlo: todos por todo. Es, pues, el acuerdo integral o total.

∞ Pero también es posible el acuerdo parcial. Éste no es abierto, sino que está jurídicamente condicionado. Los requisitos son dos (uno positivo y otro negativo):

1) El acuerdo debe estar referido a delitos conexos (definidos legalmente por el artículo 31 del CPP), no al delito en el que se acogió o acogieron los imputados concernidos; y, en relación con los otros imputados, no vinculados al delito acogido –la pauta normativa es incide en una constatación entre hechos y preceptos–, luego, basta realizar un juicio de subsunción simple. (2) El segundo requisito estriba en que el acuerdo parcial no pueda perjudicar la investigación o si acumulación resulta indispensable, lo que obliga a tomar en consideración el artículo 51 del CPP: necesidad de diligencias especiales para su esclarecimiento y unidad inexcusable para acreditar los hechos –la pauta normativa es concreta, pues ha de analizarse caso por caso, pues no tiene un contenido abstracto– [vid.: Apelación 81-2021/Suprema, de 13 de julio de 2022].

La jurisprudencia suprema zanjó un tema recurrente en relación (i) a los denominados, desde el Derecho penal sustantivo, “delitos de encuentro”, v.gr.: delitos de cohecho activo y pasivo, así como (ii) a los tipos ampliados de autoría y de participación, específicamente en relación con la instigación.

∞ Respecto de los delitos de encuentro, cada delito, señala ABANTO VÁSQUEZ, tiene su propio injusto y cada sujeto es punible como autor de su propio tipo delictivo (el cohecho activo es de infracción de deber, mientras que el cohecho pasivo es de dominio). Procesalmente, son “delitos conexos” (ex artículo 31, apartado 3, del CPP).

En el caso del instigador (por ejemplo, delito de tráfico de influencias), se ha afirmado, siguiendo a GARCÍA CAVERO, que el instigador realiza un hecho distinto del realizado conjuntamente por autores y cómplices, tiene autonomía y solo se vincula con el hecho del autor únicamente a efectos del castigo.

De igual manera, la jurisprudencia, respecto del segundo requisito, afirmó que este proceso penal especial tutela el principio de aceleramiento procesal sin mengua del principio de la veritas delicti. Apuntó: (1) que han de existir elementos suficientes para definir con claridad la situación jurídica del acogido, sin necesidad de la declaración plenaria de sus coimputados. (2) Que el hecho delictivo ha de estar perfectamente delimitado respecto del acogido, de suerte que los demás imputados continúan con el proceso –si la causa ya tiene incorporada medios de investigación material y preconstituido, documental y personal (declaración de los involucrados), se tiene que el acuerdo parcial no compromete el debido esclarecimiento de los hechos–. (3) Que, en lo penal, siguiendo a DÍAZ PITA, no existe la figura civil de litis consorcio pasivo necesario y no hay comunidad de suerte entre los acusados –la responsabilidad penal es siempre individual, cada individuo comete un delito en base a la ejecución de un hecho delictivo– [Apelación 117-2021/Suprema, de 19-7-2022, que ratificó la doctrina jurisprudencial sentada en la citada Apelación 81-2021/Suprema, así como Apelación 117-2021/Suprema, de 19-7-2022, y Apelación 100-2021/Suprema, de 3-10-2022].

Finalmente, el juez de la Investigación Preparatoria, frente al acuerdo, lo aprueba o lo desaprueba –emite una sentencia anticipada o un auto de desestimación del acuerdo–; no puede alterarlo –puede, eso sí, para resolver, disponer se amplíe o subsane–. La sentencia anticipada ha de imponer una reducción adicional acumulable fija: una sexta parte de la pena concreta, que sería la pena final reducida. Se trata de una regla de reducción por bonificación procesal.

V. EL PROCESO POR DELITO PRIVADO

1. Aspectos generales

1.1. Introducción

Este proceso –que unifica el tratamiento procesal de los delitos que involucra– está previsto en la Sección IV del Libro Quinto “Procesos Especiales” del CPP. Consta de nueve artículos: 459-467. Globalmente puede afirmarse que se trata de un procedimiento de tipo acusatorio en el cual el Estado tiene interés en la punición dentro de la medida en que la pretenda el particular ofendido en su consideración objetiva, vale decir en cuanto al delito en sí, y no en cuanto a los perseguidos y al grado de la responsabilidad penal [CLARIÁ]. El fundamento de este proceso especial ha de buscarse en el intento de tramitar abreviadamente este tipo de delitos [HINOJOSA]. Es un proceso especial por la materia que constituye su objeto: los delitos contra el honor, contra la intimidad y lesiones culposas leves.

El proceso por delito privado no es un procedimiento de partes, a semejanza del proceso civil. El querellante, que es el activamente legitimado, no dispone de su propia punición pues la pena es un instituto público [D’ALBORA] y el Estado tiene interés en ella, claro está, dentro de la medida en que la pretende el querellante en su consideración objetiva (Casación Argentina, causa n.º 4122, Sentencia de 10-07-03). No obstante ello, tiene algunos componentes del proceso de partes, tales como que el querellante –en contraposición al Ministerio Público– no tiene el deber de perseguir ni el de objetividad, y tampoco puede interponer recursos a favor del imputado; además, puede desistirse del proceso y disponer de su objeto bajo la máxima dispositiva [ROXIN]. Esto significa que la voluntad de las partes condiciona de tal manera la actuación jurisdiccional –desde el principio, en su desarrollo e, incluso, en su finalización– que en esta clase de proceso se está muy cerca de los principios procesales que inspiran el proceso civil [CALDERÓN/CHOCLÁN].

En comparación con el ACP, el procedimiento previsto en el CPP introduce un orden regulatorio único o común para todos los delitos privados, precisión de conceptos, explicitación y límites a las medidas de coerción personal, auxilio policial, acabada ordenación de la caducidad y reglas de culminación anormal del proceso por inactividad o inasistencia injustificada del querellante particular.

Los delitos privados se caracterizan porque tienen unas condiciones de procedibilidad diferentes, ya que en ellos el ejercicio de la acción penal no es pública, sino que pertenece con exclusividad al ofendido por el delito que recibirá la denominación de querellante particular, y bajo ninguna circunstancia interviene el Ministerio Público. En este proceso, además, exigen los principios dispositivos y de impulso de parte. El querellante particular debe impulsar el procedimiento en todos sus trámites, para que no se le tenga por desistido [FERREIRO BARAMONDE].

1.2. Notas esenciales

- A. La nota característica más relevante de este proceso, desde el punto de vista del procedimiento, amén de su mayor rigor técnico, es la vigencia de los principios procedimentales de oralidad y concentración (artículo 462.3 CPP). En consecuencia, no impone ni regula la etapa de investigación y se inicia en la etapa de juicio, cuya continuación está condicionada a la superación de una conciliación entre las partes [MORAS MOM]. También asume la efectividad de la garantía de publicidad (artículo 462.3 CPP).
- B. Como se trata de delitos privados —que, en puridad, no afectan al interés público o social, sino exclusivamente al directamente ofendido por el delito—, su ámbito de aplicación, su régimen procesal, es muy distinto, pues existe un poder de disposición del proceso por la parte acusadora. Se excluye la intervención del Ministerio Público. El objeto de estos procesos es de carácter privado y tiene un marcado carácter dispositivo que, sin asimilarlo, lo acerca mucho al régimen de un proceso civil; apreciación que se advierte con claridad si se tiene en cuenta: (i) el criterio de oportunidad que determina el inicio del procedimiento, dejado a la voluntad discrecional del ofendido, a través de la querrela, así como su intervención activa en todo momento, instando el curso de las actuaciones; (ii) la posibilidad de renuncia a la pretensión de condena o de la extinción de la acción por perdón del ofendido triunfante; y (iii) la exigencia del intento de conciliación [CLARIÁ]. Todo el procedimiento depende de la actuación del querellante [ESER].
- C. La contrapartida de los poderes reconocidos al querellante es que su inactividad se sanciona con el abandono de la acción penal privada y la consiguiente resolución de sobreseimiento definitivo [HORVITZ], además si no asiste a la audiencia o se ausenta durante su desarrollo también se sobresee le causa (artículo 462.5 CPP). El abandono, que incluso puede

declararse de oficio, impide la posterior incoación de otra querrela (artículo 464.1 y 3 CPP).

- D. Consolida una tutela intensificada de la víctima, que se expresa en dos instituciones: 1. Reconoce la posibilidad de una investigación preliminar a cargo de la policía, previa a su incoación formal, como una fórmula de auxilio procesal de la autoridad ante una víctima (artículo 461 CPP) —se sigue el código modelo procesal penal iberoamericano—. 2. Autoriza la publicación o lectura del fallo cuando el delito se comete mediante la palabra oral o escrita o la imagen mediante un medio de comunicación social (artículo 467 CPP) —es, en puridad, una norma material referida al ámbito de la reparación civil, de reparación del daño—.
- E. El enjuiciamiento corresponde al juez penal unipersonal (artículo 459 CPP). No interviene el juez de la investigación preparatoria. No se alteran las reglas de competencia material. Funcionalmente conoce del recurso de apelación la Sala Penal Superior. En atención a la noción de simplificación procesal y al principio economía procesal no cabe recurso de casación, por lo que, desde la competencia funcional, está excluida la intervención Sala de Casación de la Corte Suprema (artículo 466.2 CPP).
- F. En atención al principio de estricta proporcionalidad, habida cuenta de la escasa gravedad o lesividad social de estos delitos, se limita sensiblemente la intensidad de las medidas de coerción personal (artículo 463 CPP).
- G. Por último, una especialidad de este proceso, impuesta por la ley material, es la limitación, en determinados casos, de los hechos que pueden constituir su objeto. Así, el artículo 134 CP solo autoriza la *exceptio veritatis* en el delito de difamación y solo en cuatro ámbitos determinados. Por otro lado, conforme al artículo 135 CP, no se admite la prueba frente a imputaciones por delitos objeto de absolución y ante imputaciones referidas a la intimidad personal, delito de violación sexual y de proxenetismo.

2. El derecho de acción penal y legitimación activa

2.1. Derecho de acción penal

El derecho de acción penal, según está expuesto en el capítulo correspondiente, se expresa en nuestra Constitución a través de la norma que reconoce la garantía genérica de la tutela jurisdiccional —en el que está previsto—: artículo 139.3 de la Constitución. Es

un derecho fundamental de carácter procesal que asiste a todos los sujetos del derecho –esto se aplica específicamente en los delitos privados, en los que la legitimación del Ministerio Público está excluida–, que se ejercita mediante la puesta en conocimiento al juez penal de una *noticia criminal*, de suerte que hace surgir en el órgano jurisdiccional la obligación de dictar una resolución motivada, fundada en derecho y congruente sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal. En nuestro ordenamiento, a través de la querrela no solo se ejercita la acción penal sino también, concurrentemente, se introduce la pretensión penal y civil. No existe investigación preparatoria ni auto de procesamiento; el juez penal se circunscribe a calificar la viabilidad de la querrela para admitirla y, luego, con la posición del imputado, dictar el auto de citación a juicio. La ley procesal penal asume un supuesto de acción penal privada “exclusiva” o absoluta (artículo 1.2 CPP), típica para este procedimiento, que surge de un delito privado, de modo que el ofendido goza del monopolio, no solo de la acción penal, sino también de la pretensión punitiva: su objeto es de carácter privado, disponible, por lo que se organiza con ciertas similitudes con el proceso civil [MORENO CATENA]. Sin perjuicio de ello, el artículo 1.3 CPP reconoce la denominada acción penal “relativa”, que surge de la comisión de un delito semipúblico, en cuyo caso el monopolio del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal, pero una vez instaurado el procedimiento el ofendido no goza de la disponibilidad de la pretensión penal.

Si bien, como se ha expuesto, desde el punto de vista formal toda acción penal es pública, desde una óptica material, como se derogan parcialmente los principios de oficialidad y legalidad en el ejercicio de la acción penal, es posible hablar de acciones privadas, informadas por el principio de oportunidad, que otorgan al ofendido un derecho a la no perseguibilidad del delito y, en supuestos especiales, un derecho también a erigirse en única parte acusadora dentro del procedimiento e incluso a provocar, mediante el perdón, la extinción de la responsabilidad penal y a decidir sobre la aplicación o no de la pena (artículos 78.3 y 85.4 CP). También puede desistirse en cualquier estado del procedimiento (artículo 110 CPP). Todas estas manifestaciones son una consecuencia directa de la ley penal de fondo; el delito privado da una plenitud de disposición al ofendido, un derecho exclusivo para intentar la acusación penal, de allí que estos delitos se hallan condicionados a la presentación de querrela [VIADA/ARAGONESES].

La exacta relación entre delito privado y querrela determina, asimismo, dos consecuencias centrales: **1.** El objeto procesal se fija por la querrela, de suerte que el juez solo examina y juzga el hecho descrito en ella –principio de querrela formal–.

2. Rige el principio de la divisibilidad de la querrela, en cuya virtud solo se examina el hecho en cuanto significa un ataque contra el querellante [BELING]. La querrela es un requisito de procedibilidad (STSE de 15-02-84).

2.2. Legitimación activa

Los únicos delitos privados que reconoce el Código Penal son los de difamación, injuria y calumnia, de un lado, y los delitos contra la intimidad y lesiones leves culposas, de otro lado (artículos 138, 158 y 124, § 1, CP). La legitimación activa es especial, la posee el “ofendido por el delito” (artículos 1.2 y 107 CPP); esto es, al sujeto pasivo del delito, al titular del bien jurídico vulnerado por la conducta delictiva –el *ius procedendi* no corresponde al *civis ex populo*– [BELING]. Distinta es, como se sabe, la figura del perjudicado, que es quien ha sufrido en su esfera patrimonial o moral los daños producidos por la comisión del delito, siendo su titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito.

El ejercicio de la acción penal se hace por el propio ofendido o por su representante legal o apoderado (artículo 109.2 CPP), nombrado con las facultades especiales según el CPC –apoderado judicial según el artículo 75 CPC–, y que se lleva a cabo ante el juez o por escritura pública sin que en este último caso requiera estar inscrito en los Registros Públicos.

Si fallece el ofendido una vez iniciado el proceso –incluso si queda incapacitado–, cualquiera de sus herederos puede asumir el carácter de querellante particular, siempre que comparezca dentro de los treinta días siguientes de la muerte o incapacidad (artículo 465 CPP). Rige, en lo pertinente, el artículo 108 CPC sobre sucesión procesal. Una justificación interesante a la sucesión procesal está en la STCE n.º 190/1996, que entendió que “la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación”.

Es interesante destacar, de un lado, que es posible en delitos contra el honor que el ofendido sea una persona jurídica, pues el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Incluso cuando se trata de colectividades y aun cuando el derecho al honor tiene un significado personalista –referible a personas individualmente consideradas– los ataques pueden trascender a sus miembros o componentes siempre que estos sean identificables como individuos dentro de la sociedad. De otro lado, en el caso de fallecidos es posible la intervención de sus herederos –se incluye la incapacidad del

ofendido— pues la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación (artículo 465 CPP). El artículo 138 CP incluye a los muertos presuntos y a los declarados judicialmente ausentes o desaparecidos.

3. El procedimiento preparatorio de incoación de la causa

Esta etapa del procedimiento por delito privado —de las dos que existen: incoación y enjuiciamiento— consta de dos momentos singulares, cuya nota más saltante es la eliminación del procedimiento de investigación preparatoria o de instrucción y todo régimen inquisitivo y secreto: **1.** La querella y su control sucesivo de admisibilidad y de procedencia, que incluye una particularidad referida a la querella preliminar y al auxilio judicial. **2.** La decisión de apertura del juicio.

3.1. La querella

El primer paso es la presentación de la querella. La iniciación del proceso por delito privado corresponde al directamente ofendido por el delito y por medio de una querella constituyéndose en querellante particular (artículo 459.1 y 2 CPP). La querella es un presupuesto procesal de perseguibilidad del delito. No es suficiente la simple denuncia. Es la primera manifestación del carácter privado de esos delitos, e importa la formulación de la acusación en contra del querellado (Casación Argentina, Sala III, causa n.º 6033, Sentencia de 07-07-05).

La querella se presenta por escrito. Según el artículo 108 CPP debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad, amén de la identificación del querellante y del relato circunstanciado del hecho punible con indicación del sujeto pasivo de la acción —datos precisos y domicilio del querellado—, la pretensión motivada de carácter penal y civil que deduce y el ofrecimiento de medios de prueba. Rige en lo pertinente lo dispuesto por los artículos 424 y 425 CPC.

Si bien corresponde a las partes indicar el domicilio de los órganos de prueba y, en su caso, contribuir a la efectividad de su concurrencia, la notificación, en cuanto acto oficial, de autoridad, corresponde al órgano jurisdiccional. Solo el emplazamiento judicial genera los efectos jurídicos correspondientes sobre la realidad de la notificación y los apercibimientos correspondientes.

La querella, de un lado, exige una acusación clara, precisa y circunstanciada del hecho acotado en su circunstancia histórica —se impone una concreta imputación delictiva y no una mera narración de hechos [D'ALBORA]—; y, de otro

lado, requiere del pedido de pena y reparación civil —lo que fortalece su calificación de erigirse en una acusación—, y el ofrecimiento de pruebas.

3.2. El control de admisibilidad

El artículo 460 CPP —homólogo del artículo 426 CPC— impone al juez penal unipersonal —órgano competente para el conocimiento de estos delitos— revisar el escrito de querrela y, en su caso, ordenar la subsanación de omisiones o defectos cuando advierta que la querrela está incompleta; es decir, si no acompaña copias del escrito y del poder si litiga el representante legal, o los datos que contiene no cumplen todas las exigencias del artículo 108 CPP o cuando el petitorio es impreciso o el mismo relato de los hechos. Se trata de un juicio de admisibilidad, de carácter formal, de mero cumplimiento de los requisitos legales impuestos a toda querrela. El plazo para la subsanación o aclaración es de tres días.

Como toda norma sancionadora, prevé la declaración de inadmisibilidad de la querrela si no se subsana o aclara el defecto. Acumulativamente, se asume que la no subsanación equivale a un desistimiento de la pretensión, en cuya virtud “se prohíbe renovar la querrela sobre el mismo hecho punible” (artículo 460.2 CPP); esto es, tiene efectos de una desestimación de la querrela con la autoridad de cosa juzgada (artículo 344 CPC).

El auto que dispone la subsanación no es impugnable porque no pone fin al procedimiento. Solo será apelable el auto que inadmita la querrela y la dé por no presentada.

Si se presenta una querrela que indebidamente acumula al delito privado uno de persecución pública, se calificará como corresponde el delito privado y se excluirá el otro delito, que será puesto en conocimiento del Ministerio Público. Rige en este caso el artículo 50 CPP [ROSAS].

3.3. El control de procedencia

El artículo 460.3 CPP establece que si el hecho no constituye delito, la acción ya prescribió o verse sobre hechos punibles de acción pública, se rechazará de plano la querrela. En este caso, el control de procedencia incide sobre la idoneidad del objeto procesal y la viabilidad, en abstracto, de la punibilidad y perseguibilidad del hecho materia de querrela.

Una primera nota esencial que permite una desestimación liminar es la noción de lo “manifiesto” o lo “evidente”. Se trata de una apreciación judicial

que descansa en la idea de lo obvio o patente, que no necesita debate alguno y es de suyo claro para el juez. Si el hecho no constituye un injusto penal o el injusto penal denunciado tipifica un delito público, distinto del que habilita el proceso en cuestión, la acción penal no puede aceptarse.

Una segunda nota esencial es que está referido a aspectos específicos de la tipicidad del hecho, de su vigencia punitiva y de la estricta persecución privada del hecho. Se trata de un juicio de compatibilidad entre hecho imputado y correspondencia con el tipo legal privado que habilita el procesamiento especial.

Como es obvio, esta resolución desestimatoria tiene el carácter de cosa juzgada respecto de la atipicidad y prescripción del hecho imputado; es decir, ya no podrá intentarse una segunda querrela por los mismos. En cambio, en el caso del rechazo porque el hecho no puede ser calificado de delito privado, habilitador del procedimiento especial, sino que configura un delito público; como se pronuncia sobre el fondo mismo del hecho atribuido, no lo rechaza por no integrar el ámbito del Derecho penal, base del proceso penal, se podrá intentar una denuncia en la sede competente.

3.4. La querrela preliminar y solicitud de auxilio judicial

El auxilio judicial consiste en una prestación que, por excepción, concede el órgano jurisdiccional al querellante para contribuir a que pueda ejercer en debida forma la garantía de tutela jurisdiccional. Ante un pedido de auxilio, el juez se limita exclusivamente a facilitar el acceso al órgano de investigación oficial del Estado. El CPP exige que la querrela cumpla rigurosamente requisitos determinados y el procedimiento por delito privado carece de la etapa de investigación preparatoria, ante las exigencias de identificación del querrellado, conocimiento y enunciación de su domicilio, y un relato circunstanciado del hecho típico atribuido –sin lagunas ni imprecisiones–. Así las cosas, es factible que en casos determinados el querellante no pueda, por sí, agenciarse de esos datos básicos e imprescindibles para el ejercicio de la tutela jurisdiccional, ya sea por imposibilidad material o por imposibilidad legal (por ejemplo, necesidad de medidas instrumentales, de citaciones forzosas, de acceso a internet o de registro de datos, etcétera).

En tal virtud, el artículo 461 CPP prevé dos supuestos vinculados al sujeto activo del delito y al objeto del proceso: **1.** Desconocimiento del nombre o domicilio del posible querrellado; **2.** Descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho que pretende atribuir a una persona determinada. En esos casos, en el escrito de querrela, que podemos denominar preliminar o preparatoria, debe incluir un tal pedido de auxilio judicial.

La solicitud debe integrar la querrela preliminar que se plantee al juez. El querellante debe incorporar todos los datos que disponga y, sobre esa base, justificar la imposibilidad en que se encuentra y requerir el auxilio judicial. Si la solicitud está incurso en los dos supuestos de habilitación –si es pertinente–, el juez penal ordenará a la Policía Nacional que realice una investigación, a la vez que fijará el plazo y comunicará la orden al Ministerio Público –se entiende para su seguimiento y supervisión, mas no para su intervención al no ser un delito público–.

Recibida la orden judicial, la Policía está obligada a realizar las investigaciones y elevar –dentro del plazo otorgado– un Informe Policial. Su intervención se ha de limitar estrictamente a realizar todas aquellas diligencias de investigación circunscriptas a lo pedido por el querellante, sin comprender otros temas aun cuando fueran conexos –para tales efectos, en todo caso, se requerirá al juez la ampliación del objeto investigativo–. El juez penal, a su vez, notificará al querellante la recepción del documento policial y, de ser el caso, deberá completar la querrela dentro del quinto día de notificado.

El plazo fijado al querellante es de caducidad del derecho de ejercicio de la acción penal. Si el juez no advierte la presentación de una querrela complementaria tardía, la parte puede presentar una excepción de caducidad, aplicando analógicamente el artículo 446.11 del CPC.

3.5. La admisión del proceso

Si la calificación de admisibilidad y procedencia es favorable, el juez penal dictará el auto admisorio de la instancia (artículo 462.1 CPP). Esa resolución no implica un prejuzgamiento de cara a la realización del juicio y emisión de la sentencia, pues el control es de meros requisitos legales sin contener un pronunciamiento acerca de la realidad del hecho atribuido o de la autoría y punibilidad del querellado. Además, la medida de coerción posible es tasada: solo cabe la comparecencia y circunscrita a un juicio de peligrosismo procesal centrado en dos motivos: riesgo de fuga y riesgo de entorpecimiento de la actividad probatoria. No se vulnera, pues, la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional.

El auto admisorio importa correr traslado al querellado por el plazo de cinco días hábiles para que conteste la querrela y ofrezca la prueba que le corresponde. Si se contesta la querrela –que puede incluir medios de defensa técnicos: excepciones, cuestiones previas y prejudiciales– es posible realizar un juicio de admisibilidad en orden a los requisitos que debe contener, en rigor, enunciación de medios de prueba, acompañamiento de copias, identificación y asistencia letrada, entre otros.

El traslado, respecto del querrellado, solo importa una carga procesal, que puede o no realizar (artículo 462.2 CPP). Por ello aún si no contesta la querrela, el juez penal dictará el auto de citación a juicio. Este auto no solo define la fecha de la audiencia, que tiene un plazo prefijado, no menor de diez ni mayor de treinta días, sino que además contiene un pronunciamiento acerca de las pruebas ofrecidas por el querrellado.

4. El procedimiento de enjuiciamiento

4.1. Periodos del enjuiciamiento

El procedimiento de enjuiciamiento está sometido a las reglas del juicio oral del proceso común (artículo 462.3 CPP). Destaca, en principio, el sometimiento a las reglas del proceso común. Pero, como es obvio, se reconocen varias particularidades procedimentales.

El procedimiento del juicio oral consta de un periodo preliminar, dedicado a la instalación de la audiencia en sesión privada, y a la posibilidad de conciliación y acuerdo, lo que se explica por el carácter dispositivo de su objeto procesal y constituye un mecanismo que tiende a dar respuesta procesal a la voluntad de las partes. También comprende los periodos probatorio y final.

4.2. Particularidades del juicio

Las particularidades procedimentales son las siguientes:

- A.** La audiencia se instala con la presencia obligatoria de las partes. Es posible, sin embargo, suspender el juicio ante la falta de concurrencia de los órganos de prueba –fuerza mayor o caso fortuito–. Se aplica la regla del artículo 379 CPP.
- B.** Si el querellante no asiste injustificadamente o se ausente durante su desarrollo se sobreseerá la causa. Solo cabe ausencia, condicionada legalmente del querrellado: artículo 359.3 y 4 CPP–. Es un sobreseimiento por abandono del querellante, que hace cosa juzgada.
- C.** Si el querrellado no asiste, pese a estar debidamente notificado, se le declarará reo contumaz y se dispondrá su conducción compulsiva, reservándose el proceso hasta que sea habido. La captura del mismo determinará el auto de citación a juicio y el desarrollo del juicio en calidad de detenido; el artículo 79.6 CPP establece que debe realizarse las diligencias que requieran su intervención para que cese esa condición. La defensa letrada es necesaria en todo el curso del procedimiento (Sentencia de la I Sala de Apelaciones La Libertad, de 09-04-08. Causa n.º 011-2008).

- D.** La audiencia en esta primera parte es privada. Se insta, imperativamente, la conciliación –institución que se funda en una conveniencia social de facilitar el acuerdo de las partes en este tipo de procesos (Casación Argentina, Sala II, causa n.º 670, de 19-04-96), persigue el restablecimiento de la paz jurídica quebrantada y descongestionar los tribunales [LLOBET], y apunta a lograr el avenimiento entre querellante y querellado [BERTOLINO]–. Si se logra se sobreseerá la causa, pero de no ser posible, se sigue la audiencia por sus propios cánones en sesión pública. La proposición de nueva prueba, acorde con el artículo 373 CPP, solo se admite cuando se trata de prueba conocida con posterioridad a la presentación del escrito de contestación de la querrela.
- E.** Se asimila el querellante a las facultades y obligaciones del Ministerio Público, con el expreso reconocimiento que puede ser interrogado.
- F.** Los medios de defensa que se aleguen con el escrito de contestación o en el curso del juicio oral –en este último caso se entienden cuestionamientos a la legalidad de la prueba o cuestiones incidentales, pero no a proposición de excepciones, cuestiones previas o prejudiciales, por prohibirlo los artículos 8.1 y 350.1b CPP– se resolverán conjuntamente con la sentencia (artículo 462.4 CPP).

Como se trata de un proceso por delito privado informado por el principio dispositivo, el juzgador habrá de estar siempre al resultado de la iniciativa de las partes en el desarrollo del juicio, por eso no cabe planteamiento de tesis cuando estima que el querellante calificó los hechos con manifiesto error [MORENO CATENA]; tampoco cabe, por la naturaleza privada de la acción, que se ordene de oficio la recepción de nuevos medios de prueba [D’ALBORA]. Rige, además, la congruencia civil, por lo que el Juez Penal Unipersonal no puede otorgar más de lo pedido en la pretensión civil y penal [GIMENO].

5. Otras particularidades procedimentales

Son las siguientes:

5.1. La coerción personal

Contra el querellado, se entiende que, al dictar la resolución admisorio, solo puede dictarse comparencia, simple o restrictiva (artículo 463.1 CPP), lo que constituye una derivación del principio de estricta proporcionalidad. Para dictar comparencia restrictiva, con arreglo al principio dispositivo, el querellante debe solicitarla, y el juez puede concederla o llanamente acordar la comparencia sim ple. El motivo para

dictarla solo obedece a dos peligros: fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, lo que no significa que deba obviarse el presupuesto de indicios de criminalidad delictiva, obligatorio en función al principio de intervención indiciaria. No cabe, por ningún concepto, dictar mandato de detención y de prisión preventiva.

La inasistencia del querrellado al juicio oral justifica declararlo reo contumaz y disponer su conducción compulsiva, reservándose el proceso hasta que sea habido (artículo 463.2 CPP).

5.2. El abandono

Se reconoce la institución del abandono del proceso —se denomina *caducidad de la instancia*—, como una forma especial de conclusión del mismo. Es la terminación de un proceso, que se halla en estado de paralización, por el transcurso de unos plazos legalmente fijados y por la falta de realización, durante los mismos, de un acto de parte necesario para la reanudación del proceso. Opera desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución. Se castiga la negligencia manifiesta del querellante, que con su inactividad deja paralizado el proceso; procura, en consecuencia, evitar la inactividad del querellante. El plazo es de tres meses. Como la pretensión queda imprejuizada puede interponerse en un posterior proceso.

Los presupuestos, en función a la influencia del impulso oficial, son: **1.** Paralización del proceso por causa dependiente de la voluntad de las partes, no por una paralización atribuible a la potestad jurisdiccional de impulso. **2.** Transcurso de los plazos legales sin que las partes realicen el acto de impulso necesario para reanudar el procedimiento paralizado. **3.** Inexistencia de la eficacia obstativa de la fuerza mayor o de otra causa ajena a la voluntad de las partes, siempre que concurren en el momento final del plazo. La inactividad relevante que pueda dar lugar a tan grave sanción procesal no puede ser otra que la falta de realización de diligencias útiles para dar curso al procedimiento, que son de cargo del querellante [HORVITZ].

5.3. El desistimiento y la transacción

El desistimiento y la transacción constituyen sendas manifestaciones del poder dispositivo de las partes.

5.3.1. El desistimiento

Corresponde al querellante. Se define como el acto procesal del querellante en virtud del cual hace dejación del proceso iniciado a su instancia, provocando su

terminación. El propio apdo. 2 del artículo 464 CPP entiende que la pretensión es la que está comprometida con el desistimiento, por lo que, conforme al artículo 344 CPC, produce los efectos de una absolución con la autoridad de la cosa juzgada. En rigor, es una renuncia, porque la pretensión queda desestimada, y su efecto en sede penal es la extinción de la acción penal y el consecuente sobreseimiento de la causa.

El desistimiento requiere escrito preciso y legalización de firma del proponente ante el secretario judicial. Es incondicional y solo perjudica a quien lo hace (artículo 341 CPC). La oportunidad para presentarlo es antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto (artículo 342 CPC); si bien el artículo 464.2 CPP precisa que el desistimiento tiene lugar en cualquier estado del proceso, es obvio que, si la situación procesal que intenta solucionar ya fue decidida jurisdiccionalmente, ya no resulta posible hacerlo.

5.3.2. La transacción

Es un negocio jurídico bilateral, mediante el cual las partes sacrifican recíprocamente intereses implicados en una situación litigiosa, con la causa de extinguir ese estado de litigiosidad: atribución de un hecho punible privado. La transacción judicial es la referida en el artículo 464 CPP: se realiza pendiente el proceso y además se concluye dentro de las actividades del mismo; como tal, está sometida a la aprobación judicial. Su efecto es terminar el proceso. La aprobación judicial—homologación judicial—está limitada a comprobar si la transacción reúne los requisitos respectivos (aptitud de los sujetos o capacidad, objeto circunscrito a delitos privados, y presentada en el tiempo y forma legalmente prevista: por escrito y firma legalizada), si existen causales de nulidad en sentido estricto. La resolución que se profiere tiene la forma de auto. El efecto que produce es definitivo: no puede formularse un nuevo proceso por los hechos transigidos. La estimación de la transacción determina la no condena en costas (artículo 503.1 CPP).

5.4. Sucesión procesal

La muerte o incapacidad del querellante antes de concluir el juicio, autoriza a sus herederos a incorporarse. El artículo 465 CPP fija un plazo de caducidad para hacerlo: dentro de los treinta días siguientes de la muerte o incapacidad. Es importante precisar que los herederos del querellante solo pueden continuar la causa, no pueden instaurarla.

5.5. Publicidad de la sentencia

Publicación, en delitos contra el honor por medio de palabra o imagen por cualquier medio de comunicación social, a pedido de parte, la publicación o lectura del mismo. Es una posibilidad vinculada o integrante de la reparación civil. El artículo 467 CPP permite interpretarla en el sentido que la publicación o lectura puede solicitarse con posterioridad, siempre a pedido de parte, a partir de la cual el Tribunal decidirá mediante auto fundado, previo traslado. La publicación está condicionada a razones de conveniencia, dado que se trata de una reparación específica, ordenado a favor del querellante.

6. Impugnación

Contra la sentencia del juez penal unipersonal procede recurso de apelación. Es competente la Sala Penal Superior. No cabe recurso de casación (artículo 466 CPP).

Rigen las reglas comunes del recurso de apelación contra sentencias. Son aplicables, entonces, los artículos 421 al 426 CPP. Así:

- A. El plazo para interponer el recurso es de cinco días (artículo 414.1, b CPP).
- B. El efecto del recurso es suspensivo. Si se impuso pena privativa de libertad efectiva se ejecuta provisionalmente, pero puede ser suspendida por la Sala Superior “atendiendo a las circunstancias del caso”.
- C. El poder de revisión de la Sala Penal Superior está limitado a la pretensión impugnativa –solo se extiende ante la presencia de nulidades absolutas y siempre que causen indefensión material–. La alzada comprende, según el ámbito del recurso, el examen de cuestiones fácticas y/o jurídicas. El Tribunal *Ad Quem* puede condenar al absuelto.
- D. El concesorio del recurso de apelación por el juez penal se notifica a todas las partes, luego de lo cual se eleva la causa a la Sala Penal Superior (artículo 405.3 CPP).
- E. La Sala Superior da traslado del escrito de fundamentación a la parte recurrida por el plazo de cinco días. Acto seguido, le corresponde el control de la admisibilidad del recurso concedido por el juez penal –la declaración de inadmisibilidad puede ser objeto de reposición–. Si la Sala Superior declara bien concedido el recurso de apelación, corre traslado a las partes para ofrecimiento de prueba por el plazo de cinco días.

- F.** El ofrecimiento de pruebas está sometido a dos presupuestos: **1.** Que se ofrezcan pruebas desconocidas, pruebas indebidamente denegadas y que hubieron sido objeto de protesta, o pruebas no actuadas por causas no imputables al proponente. **2.** Que solo se refiera a la impugnación del juicio de culpabilidad o inocencia o a factores fácticos que incidan en el juicio de medición de la pena. La decisión del Tribunal *Ad Quem* no es recurrible.
- G.** La audiencia de apelación se realiza con la asistencia obligatoria de las partes. Si el recurrente no concurre, se declarará la inadmisibilidad del recurso. La inasistencia de la parte recurrida no impide la continuación de la audiencia.
- H.** La Sala Penal Superior, en cuanto a la apreciación probatoria, no realiza una valoración independiente de prueba personal, salvo la actuada en segunda instancia. Puede hacerlo de la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada.
- I.** La sentencia de apelación debe respetar la interdicción de reforma peyorativa y dentro de ese límite, y en el ámbito del propio recurso, puede variar la pena y la reparación civil, así como condenar al absuelto indebidamente –con las previsiones expuestas en la parte referida a la impugnación–.

VI. EL PROCESO POR FALTAS

1. Caracteres generales

Dentro de la clasificación bipartita de la infracción punible, establecida por el CP, el proceso por faltas está destinado al conocimiento de las infracciones tipificadas como tales, caracterizadas por su escasa lesión social y una mitigada penalidad, que no entrañan pena privativa de libertad, solo restrictivas de derechos y multas (artículo 440.3 CP).

El proceso está informado por el principio de oralidad, así como por sus principios-consecuencia: inmediación, concentración y publicidad, así como simplificación de trámites, rapidez del procedimiento y doble instancia. Rige, asimismo, el principio acusatorio: *ne procedat iudex ex officio*, derecho al conocimiento de la acusación –base del principio de contradicción–, derecho a no ser condenado por un hecho distinto ni por una calificación “heterogénea” distinta

a la sostenida en el escrito de acusación, así como el derecho a la interdicción de la *reformatio in peius* en la segunda instancia [GIMENO].

No se requiere de un acto de imputación formalizado para la apertura del juicio oral, basta la mera noticia de los hechos constitutivos de falta atribuidos a una persona, bajo cualquier forma legalmente prevista (denuncia ante la policía, querrela, informe policial), lo que se explica por el carácter menos formalista de este proceso [HINOJOSA]. Empero, es imprescindible una acusación en el acto oral para dar paso a la sentencia –debe existir acusación previa, cierta y expresa desde fuera del Juzgado, que exige al respecto una posición incriminatoria del agraviado [CALDERÓN/CHOCLÁN]–, y tal exigencia se cumple con la mera declaración en sentido incriminatorio del agraviado; de no ser así el emplazamiento no es viable, porque el juez no puede acusar de oficio ni en primera ni en segunda instancia (SSTSE 56/1994, de 24 de febrero, y 115/1994, de 14 de abril). Ello no obsta considerar que si la víctima decide denunciar los hechos ante el Juzgado está obligada a constituirse en querrelante particular, siguiendo en lo pertinente las reglas del artículo 108 CPP.

Es un procedimiento de doble instancia, simple y rápido, en función a la escasa gravedad de las infracciones de faltas [MONTÓN]. No existen las etapas de investigación preparatoria ni intermedia, lo cual es expresión de la escasa lesividad social de las faltas [PRIETO CASTRO]. En consecuencia, sus notas características son la simplificación, la concentración, la celeridad y la ausencia de las etapas de investigación preparatoria e intermedia [ARMENTA]. El legislador dotó a este procedimiento, en razón a su escasa importancia punitiva, de celeridad y economía procesal [RIFA/GONZÁLES/RIAÑO], empero es de afirmar la vigencia del principio estructural de contradicción y los procedimentales de oralidad y publicidad, sin perjuicio de reconocer la voluntad del legislador de incrementar el principio de oralidad y el de inmediatez temporal en la celebración del juicio.

La concentración se expresa, en el proceso por faltas, en la supresión de etapas preclusivas en la realización de los actos procesales que integran el proceso cognitivo ordinario o común en el orden penal; la causa por faltas se desenvuelve en un solo acto procesal, la vista oral, en el que se llevan a cabo conjuntamente todos los actos de alegación y prueba [FENECH].

2. Ámbito de aplicación, competencia y partes

2.1. Modalidades de juicio de faltas

El proceso por faltas está regulado en la Sección VII del Libro V. Consta de seis artículos: 482-487 CPP. Existe una modalidad de juicio rápido: 483.4

CPP, cuando: están presentes en la Sala Judicial imputado y agraviado y demás órganos de prueba, si no corresponde la presencia de órganos de prueba porque son prescindibles o innecesarios, y en los casos de admisión de los cargos en sede policial. La modalidad de juicio común es, por tanto, subsidiario del procedimiento rápido, cuando este último no sea posible.

2.2. Competencia

La competencia objetiva para su conocimiento corresponde al juez de paz letrado. Excepcionalmente, en los lugares donde no exista juez de paz letrado, el conocimiento corresponde al juez de paz (artículo 482.1 y 2 CPP) –carácter residual de la intervención del juez de paz—. Para la competencia territorial rigen las reglas comunes: lugar de comisión de la infracción (artículo 21.1 CPP). En materia de competencia funcional las sentencias son recurridas ante el juez penal (artículo 482.3 CPP).

2.3. Partes

Por lo que se refiere a las partes, la especialidad procedimental consiste en la exclusión absoluta del Ministerio Público. El régimen de postulación no cambia: las partes se presentan con la intervención de letrado, más aún si una de las partes se personó con abogado. No está contemplado que estas puedan acudir sin ser asistidas por letrado.

Desde las partes acusadoras solo puede incoar el proceso e intervenir en su trámite el ofendido por el delito, quien además ha de constituirse en querellante particular (artículo 483.1 CPP), con las facultades que le reconoce el artículo 109 CPP. No se admite denuncia por acción popular; denunciante solo puede ser el ofendido por el delito, se excluye al perjudicado por las consecuencias del delito.

Por otro lado, es posible, conforme a las reglas generales, la intervención como partes acusadas del responsable civil y de la persona jurídica.

3. Iniciación del proceso

3.1 Incoación

La noticia criminal puede provenir de una denuncia de la parte ofendida. La comunicación se formulará ante el juez –en cuyo caso se constituirá en querellante

y se tratará de una querrela— o ante la policía —en cuya virtud se tratará de una denuncia—. No cabe iniciación de oficio. El órgano jurisdiccional ha de conocer de los hechos por denuncia de parte o por Informe Policial —que se erige en el órgano de investigación que comunica al juez de la comisión de una falta—.

El proceso por faltas también podría iniciarse ante la transformación de un procedimiento por delito a uno por falta, como consecuencia de la remisión de las actuaciones por el juez —de la Investigación Preparatoria o Penal— o el fiscal, según el caso.

La calificación positiva de la imputación está en función a que el hecho constituya falta, la acción no haya prescrito y existan fundamentos razonables de su perpetración y de la vinculación del imputado en su comisión —sospecha inicial simple o indicios reveladores de la existencia de una falta (artículo 336.1 CPP)—. Si la comunicación de los hechos se hace a través de una querrela del ofendido, y el juez advierte que resulta indispensable completar los recaudos o esclarecer los hechos e indagar preliminarmente, ordenará a la Policía que realice las investigaciones correspondientes. Se trata, propiamente, de la realización de diligencias preparatorias del juicio, en las que el juez no juega papel inquisitivo alguno que comprometa su imparcialidad, pues no presuponen actos que importan que este se ya se formó una opinión sobre la culpabilidad del imputado.

Con el Informe Policial —devuelto luego de la orden judicial de indagaciones o formulado por denuncia del ofendido—, realizará la calificación de lo actuado. Puede denegar el procesamiento y archivar lo actuado: si el hecho no es falta, la acción penal ya prescribió y no existan indicios de criminalidad. Por extensión, es posible incorporar como presupuestos los fijados en el artículo 336.1 CPP, en especial, la necesaria individualización del imputado. También la decisión puede importar la derivación del hecho al Ministerio Público porque el hecho constituye delito y no falta.

Se está, en los casos reseñados, ante un juicio de procedencia, pero también es posible introducir el juicio de admisibilidad, conforme al artículo 426 CPC: requisitos legales, anexos, petitorio incompleto o impreciso, vía procedimental incompatible. En ese caso corresponde ordenar la subsanación de la omisión o defecto por un plazo determinado, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad.

Estos juicios, en especial el de procedencia, no importan una contaminación del juez de paz letrado. No se ha realizado acto instructorio alguno —no hay actividad instructora o de investigación, que es lo definitivo— ni se ha realizado

un juicio sobre la participación del imputado en la falta, ni se trata de decisiones que orientan la investigación penal, por lo que no pueden inducir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del encausado; no hay opinión sobre la culpabilidad del imputado.

3.2. Citación a juicio

El cumplimiento de los requisitos y presupuestos determina la emisión del auto de citación a juicio, debidamente motivado, con especial mención de los hechos atribuidos y los elementos de convicción que los sustentan, con los emplazamientos correspondientes. Su realización podrá ser de inmediato o con posterioridad, según la presencia de partes y pruebas o ante una admisión del imputado. La primera tarea del juez es determinar si corresponde el juicio inmediato o rápido, y de no ser posible, el juicio común, en cuyo caso señalará la fecha más cercana posible (artículo 483.5 CPP).

El auto de citación debe ser motivado y, en lo posible, cumplir con las exigencias de los artículos 353 y 355 CPP, sin perjuicio de incorporar en lo pertinente las exigencias referidas al relato de los hechos y la tipificación que corresponda: inexcusable en todo acto de imputación judicial. En atención a la necesidad de cumplimiento tanto de una primera línea de congruencia procesal como de la satisfacción del requisito de pleno conocimiento de los cargos, el auto en mención debe contener la identificación de querellante y querellado, las faltas materia de imputación con de las normas legales correspondientes, los medios de prueba admitidos –se citará a quienes indique el denunciante o querellante, los que surgen del Informe Policial y los que pidan las demás partes–, amén de la sede de juzgamiento y de la fecha de realización del juicio oral.

4. El juicio oral

4.1. Instalación

La instalación requiere la concurrencia del imputado y su defensor –a quien se debe notificar con el tenor de la denuncia, querrela o del Informe Policial y, siempre del auto de enjuiciamiento, de suerte que pueda conocer los cargos y armar su defensa de modo razonable–. También se citará, si existe, al querellante y su defensor, aunque su presencia no es preceptiva para la instalación del juicio, según lo que fluye del artículo 484.2 CPP, que impone el trámite de conciliación si este último –el agraviado– está presente. Conspira contra el principio de igualdad diferenciar a estos efectos al agraviado del querellante, pues lo que el Código persigue, como base,

es contar con una imputación, sin que sea necesaria que la propia víctima sostenga los cargos en el acto oral, cuya existencia no es requisito de procedibilidad del acto oral ni del fallo. Otra cosa es que se cite al ofendido como testigo.

El imputado, en todo caso, tendrá designado un defensor de oficio, salvo circunstancias excepcionales, esto es, cuando no existan abogados en el lugar del juicio o no existan en número suficiente. Las partes también pueden asistir acompañados de los medios probatorios que pretendan hacer valer.

4.2. Periodos

4.2.1. Marco general

El desarrollo del juicio, siempre en audiencia pública –rige en absoluto el principio de la publicidad tanto en sede de primera instancia como en apelación–, con las excepciones legalmente previstas, en tanto acto complejo se divide en cinco periodos muy marcados:

- A.** Relación de cargos por el juez. La base es la querrela o el Informe Policial, así como el auto de enjuiciamiento. En cumplimiento del principio de contradicción, que expresa el derecho de conocer el ámbito de la acusación, el juez relatará los hechos y su posible subsunción normativa, lo que no implica la asunción de rol acusador alguno, sino de una práctica para orientar el debate y garantizar, en su día, el principio de correlación o congruencia. Esta relación –plenamente objetiva de parte del juez– se erigirá como formalización de la acusación al inicio de la vista.
- B.** Instancia de conciliación y celebración de acuerdo reparatorio. De ser así, se homologa la conciliación y el acuerdo, y se da por concluida las actuaciones. Es obvio que si no concurre el agraviado no cabe conciliación alguna.
- C.** Posible conformidad. Si el imputado acepta los cargos: hechos que se le acusa, y si no caben actos de prueba –se entiende siempre a petición de la defensa, pues ello importa una renuncia al juicio, a la actuación probatoria y a la presunción de inocencia– se dicta sentencia conformada verbal, que se protocoliza por escrito en el plazo de dos días –si el juez tiene elementos para dudar de la veracidad de la aceptación de cargos, puede disponer la actuación probatoria, lo que implícitamente importa superar el periodo de posible conformidad e inaugurar el periodo de actuación probatoria–. El CPP permite, para este procedimiento,

la sentencia *in voce*, cuya protocolización es obligatoria; es decir, la formulación por escrito de tenor íntegro, conforme al artículo 139.5 de la Constitución, que exige la expedición escrita de resoluciones que requieren motivación. Cómo la sentencia ya se dictó cuando fue pronunciada *in voce*, no hace falta su notificación y, menos, su lectura en audiencia. Es de carga de las partes constituirse a la sede judicial para recabar copia de ella.

- D.** Actuación probatoria si rechaza los cargos. En consecuencia, se actuará el interrogatorio del imputado y del ofendido, así como la ejecución de las pruebas admitidas y las que han presentado las partes –en puridad, no se estable un procedimiento de ofrecimiento de pruebas previo al debate, sino que las partes acudan con las pruebas de cargo y descargo al juicio oral– [LLOVET], lo que no obsta, por cierto, que si con anterioridad a la calificación ofrezcan pruebas estas no puedan ser admitidas según los principios de pertinencia y necesidad; los que requieren de la respectiva notificación, aunque la entrega de la cédula, correrán a cargo de las partes concernidas. Se siguen las reglas del proceso común, sin perjuicio de estimar que la regla base es la brevedad y simpleza del proceso por faltas.

Sobre esa base se entiende que en el juicio de faltas rige la regla de que tan solo constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia la practicada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, inmediación y publicidad; por tanto, fuera de los supuestos de la prueba documental preconstituida y anticipada, no puede el juez fundar una sentencia de condena en pruebas no ejecutadas en el juicio oral [GIMENO].

- E.** Alegatos orales de las partes. Como ya se dijo, es de la esencia del principio acusatorio que exista una imputación para sustentar una sentencia congruente, precedida de una alegación de defensa en forma. La imputación, necesariamente, debe provenir de la víctima, siendo suficiente al efecto su declaración inculpativa, aunque no califique los hechos ni señale pena y reparación civil. Su ausencia, en caso no declaró en sede policial ni presentó querrela, determina el sobreseimiento de la causa. Es posible, en consecuencia, celebrar juicio de faltas sin la presencia del denunciante o querellante (artículo 484.2 CPP) fuera del supuesto del juicio rápido.

- F.** Deliberación y sentencia, que puede dictarse de inmediato en ese acto o dentro del tercer día de su culminación. La sentencia puede ser verbal y protocolizarse en el plazo de dos días. No es extraña a ella las notas de motivación y congruencia: el juez ha de pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la parte acusadora y la defensa; se rechazan las condenas sorpresivas o inesperadas.

4.2.2. Especialidades

En la audiencia de faltas, según el artículo 484.5 CPP, pueden presentarse las siguientes especialidades.

- A.** Consta de una sola sesión. No se admite, como regla básica, una audiencia con varias sesiones sucesivas.
- B.** El plazo de suspensión es de tres días –no de ocho días, como se establece para el proceso común: artículo 360.3 CPP–.
- C.** La suspensión solo procede ante defectos de medios probatorios: no concurrencia de órganos de prueba. En este caso, de conformidad con el artículo 369.2 CPP, la audiencia se instala y se realizan todos los actos de prueba que correspondan, luego de lo cual se suspenderá hasta por tres días para lograr el concurso de los órganos de prueba que no asistieron y cuya presencia resulta imprescindible.
- D.** Al tercero día debe reanudarse la audiencia, con o sin la presencia de los órganos de prueba cuya inasistencia determinó la suspensión del juicio, dando paso a las alegaciones de las partes y al derecho a la última palabra del imputado.

4.2.3. Documentación

Se rige por las reglas generales. Del juicio se extiende el acta correspondiente. Se aplican los artículos 361.1-2 y 120 CPP.

5. Impugnación

Contra la sentencia del juez de paz letrado procede recurso de apelación ante el juez penal (artículo 486.1 CPP).

El juez penal resuelve en el plazo improrrogable de diez días. Como regla no está prevista actuación probatoria, salvo expreso pedido del recurrente (artículo 486.2 CPP).

De mediar actuación probatoria, se sigue el modelo ordinario de audiencia de apelación, conforme a lo establecido por el artículo 424 CPP, que se traduce en los siguientes pasos: **1.** Relación del fallo recurrido; **2.** Posibilidad de desistimiento y ratificación de motivos del recurso; **3.** Actuación de pruebas admitidas; **4.** Lectura de actuaciones documentadas; **5.** Alegatos de las partes y autodefensa; **6.** Declaración de cierre del debate.

Si no se ha propuesto actuación de pruebas, solo cabría una vista pública de la causa, dentro de los veinte días de recibidos los autos. Esta se circunscribe al informe oral de la defensa. No está negada la posibilidad de informe de hechos de las partes, conforme lo dispone el artículo 132 de la LOPJ. Está previsto como paso importante los alegatos escritos de abogados defensores y, si lo solicitan, el informe oral en la vista de la causa.

Contra la sentencia del juez penal no procede recurso alguno. La ejecución del fallo corresponde al juez que dictó la sentencia de primera instancia (artículo 486.3 CPP).

6. Otras particularidades procedimentales

6.1. Restricción de la libertad

Solo cabe mandato de comparecencia simple. La no presentación voluntaria del imputado importa la dictación de un mandato de acompañamiento –hacerle comparecer por medio de la fuerza pública–; y, si fuera necesaria, la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia, la cual se celebrará inmediatamente (artículo 485 CPP). Por lo demás, no es posible obviar la declaración de contumacia, pues la ley prevé el apercibimiento de contumacia ante la inasistencia del acusado (artículo 355.4 CPP).

6.2. Desistimiento

El proceso por faltas permite el desistimiento o la transacción en cualquier estado de la causa. De producirse, se da por fenecido el proceso. No es necesario que la víctima se erija en querellante. Las faltas están sujetas a reglas dispositivas y, por ende, el propio proceso.

VII. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Aspectos generales

1.1. Función pública y proceso penal

El CPP reconoce que la condición funcional de la persona es fundamento suficiente para instituir determinadas especialidades procedimentales al proceso común. La base de esta diferencia, que forma parte de la historia constitucional y procesal penal patria, está reconocida en la Constitución, el Reglamento del Congreso, la LOPJ y, desde luego, en la Ley Procesal Penal. Esta pléyade de normas, en este ámbito concreto, constituye en la materia un concreto bloque de constitucionalidad [GIMENO].

Para la Constitución, la acusación constitucional y el aforamiento – antes se incluía la inmunidad– son garantías procesales. No son privilegios, sino garantías constitucionales indeclinables de determinados órganos del Estado frente a otros: los judiciales: Ministerio Público y Poder Judicial, al objeto de que puedan cumplir su función de manera imparcial. Protegen al órgano constitucional concernido, no a la persona que lo encarga [CUELLO CONTRERAS]. Dadas sus características constituyen obstáculos de orden procesal y al ser normas de excepción están sujetas a una interpretación restrictiva –en la esfera de su ordenamiento–, es decir, están circunscritas a determinados altos funcionarios públicos y están configuradas temporalmente, a un tiempo de vigencia específica, luego del cual ya no rigen.

El aforamiento y las especialidades procedimentales están enunciadas en la propia Constitución y en el Reglamento del Congreso –para los Congresistas–. Además, estas instituciones procesales, tanto para los Altos Funcionarios cuanto, para otros agentes públicos de especial relevancia, están expresamente previstas en la LOPJ (artículos 34.4 y 41.4). Por ende, la ley ordinaria no puede instaurar nuevos aforamientos ni configurar especialidades no justificadas en la naturaleza funcional del delito atribuido ya reconocido en la LOPJ. La infracción de esta institución vulnera dos derechos fundamentales: **1.** La naturaleza objetiva o de inherencia al cargo referido a la actuación del funcionario público y no a la persona; y **2.** El derecho al juez legal.

1.2. Prerrogativas procesales

1.2.1. Acusación constitucional

La Constitución, inicialmente, a los efectos de proteger a una persona que, por su cargo o profesión pública y con la finalidad de fijarle un tratamiento especial en el proceso penal [BARONA VILAR], introdujo dos prerrogativas procesales –que en otros países, de nuestro ámbito de cultura, es una sola y, por ejemplo, la STCE 90/1985, de 22 de julio, excluyó de esta institución los delitos comunes– para los altos funcionarios públicos en general y los congresistas en particular –que extendió a los magistrados del Tribunal Constitucional y al Defensor del Pueblo–: acusación constitucional e inmunidad. Esta diferenciación surgió en nuestro ordenamiento constitucional recién a partir de la Constitución de 1856 (artículos 51 y 61), con la sola excepción de la Constitución de 1867, que solo admitió la autorización a cargo del Congreso para toda clase de delitos, comunes o de función; y, continuó linealmente, con las Constituciones de 1860 (artículos 55, 64 y 66), de 1920 (artículos 80, 95 y 97), de 1933 (artículos 105, 121 y 122) y de 1979 (artículos 176, 183 y 184). Los delitos de función pueden definirse como aquellos delitos cometidos en el ejercicio del cargo, esto es, vinculados a las funciones que desempeñan los altos funcionarios, que vulneran bienes o intereses jurídicos funcionales vinculados a su estatus de autoridad pública. Por el contrario, en esta perspectiva, delito común es todo comportamiento sancionado por la ley penal ajeno por completo a la actividad y al ejercicio del cargo público del alto funcionario, que vulnera bienes o intereses jurídicos vinculados a su estatus de ciudadano. Se entiende por prerrogativas las sustracciones al derecho común, instituidas por la Ley Superior y demás normas que la desarrollan, conectadas a una función y, por tanto, tienen un carácter instrumental en relación a la función misma [PUNSET BLANCO]. En cuanto prerrogativas institucionales lo que buscan es proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales a causa de un interés general. En la medida en que obstaculizan el libre acceso a la justicia y suponen una restricción a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, debe realizarse una interpretación restrictiva tendente a la proporcionalidad entre el instrumento y el final que se dirigen (STCE n.º 90/1985, de 22 de julio). Debe quedar claro que las prerrogativas institucionales, en buena cuenta, se dirigen a garantizar y proteger el ejercicio de determinados cargos públicos que tienen importancia particular para el correcto funcionamiento del sistema político; de suerte que no se trata de privilegios propios de personas físicas, sino de prerrogativas referidas a las funciones ejercidas y, por tanto, válidas

solamente en los límites taxativamente establecidos en la Ley [MUSCO–FIANDACA]. Siempre ha de concebirse como una garantía del desarrollo libre e independiente de funciones consideradas esenciales para la marcha del Estado –no como un beneficio personal o privilegio personal–, fundadas en la naturaleza de la función y del cargo que ejercen y desempeñan determinadas personas en relación con la división de poderes, como base del Estado democrático [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

Empero, la Ley de reforma constitucional 31118, de 6-2-2021, eliminó la prerrogativa de inmunidad, centrada en delitos comunes –para delitos funcionales está la prerrogativa de la acusación constitucional–. El original artículo 93 de la Constitución decía: “[...] No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento”; mientras el artículo 99 de la Constitución –no modificado– estatuye que: “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros de la Junta Nacional de Justicia; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”. Según el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, elevado al Pleno el 09-12-2020, los riesgos de producción de una afectación legítima a la inmunidad –a sus objetivos institucionales– y de comisión de un abuso judicial al aceptar imputaciones irrazonables para para modificar la composición congresal, en tanto aspectos subjetivos, que no pueden regularse para eliminarlos, no permiten superar el riesgo del mal uso de esta prerrogativa funcional, que se mantendría latente, determina la necesidad de optar por su eliminación total del sistema jurídico, aceptando incluso el hecho de la tendencia mundial de limitarla o eliminarla debido a las experiencias pasadas que han generado debilitamiento de la confianza de la población en sus representantes [folios 33, 34 y 38]. En esta línea, por ejemplo, se señala que, en la actualidad, desde la división de poderes no puede aceptarse la inmunidad –ni siquiera la acusación constitucional–; que no es posible que el Congreso pueda “perdonar” delitos –incluso los de tinte político– a sus miembros, y además sería inadmisibles que no se permita ni siquiera investigar con profundidad los hechos; que los fiscales y los jueces deben trabajar libremente y de manera independiente también en estos asuntos, sin perjuicio de reconocer que es justamente en estos casos

en los que pueden aparecer más presiones a los magistrados, poniendo gravemente en cuestión, no ya su independencia, sino la limpieza de todo el sistema [NIEVA].

Por tanto, a partir de la reforma constitucional, solo es del caso abordar la acusación constitucional. Esta prerrogativa, siempre de naturaleza penal, en tanto en cuanto tutela al Congreso y demás órganos constitucionales expresamente enunciados por el artículo 99 de la Constitución (Presidencia de la República, Consejo de Ministros, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional, Junta Nacional de Justicia, Fiscalía Suprema, Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la República, a sus máximos jerarcas) –evitan la perturbación de su funcionamiento o la alteración de su composición–, no protegen personalmente a aquéllos de acciones judiciales en su contra (STCE 243/1988, de 19 de diciembre), son temporales, tienen un periodo de vigencia en función al tiempo de ejercicio del cargo y hasta cinco años después de su cese. Procesalmente constituye una condición de procedibilidad [JESCHECK].

Se expresa de la siguiente manera. Los congresistas y los altos funcionarios antes descritos, sin que sea posible extenderla por ley, tienen la garantía de la acusación constitucional. Por ella se instaura un procedimiento parlamentario previo para “todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”, que de aprobarse la resolución acusatoria de contenido penal –es, por consiguiente, una protección frente a la improcedencia o falta de fundamentación de las acciones penales– afirma la competencia de la Corte Suprema de Justicia para su conocimiento jurisdiccional. Está prevista, como se señaló, en los artículos 99-100 de la Constitución y artículo 89 del Reglamento del Congreso. Es de puntualizar que, conforme al artículo 89 del Reglamento del Congreso, lo que debe de valorarse por el Parlamento es (*1*) si los hechos atribuidos al alto funcionario público, en tanto en cuanto esté incurso en el artículo 99 de la Constitución, constituyen delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones –se trata de un juicio preliminar de tipicidad concretada en que los hechos importen delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (el Reglamento introduce la expresión “delitos de función...”– y que el indicado delito no ha prescrito –lo que en última instancia es una potestad que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria–; así como (*2*), en tanto en cuanto el denunciante ha de aportar pruebas y pueden actuarse pruebas en la investigación parlamentaria (existe una fase de investigación), las que serán materia de debate en la audiencia convocada al efecto, el informe del congresista delegado deberá valorarlas. Lo resaltante es que las pruebas y su pertinencia no pueden estar en función a la acreditación del hecho o a la presunta intervención delictiva del alto funcionario denunciado, de competencia

de la jurisdicción penal ordinaria, sino de la existencia o no de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento del órgano constitucional concernido o de alterar su composición. Al respecto es pertinente citar parte del sexto fundamento jurídico de la mencionada STCE 90/1985, de 22 de julio:

“La inmunidad, como el resto de prerrogativas que en el artículo 71 de la misma Constitución se establecen, se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene, como finalidad primordial, su protección. De ahí que el ejercicio de la facultad concreta que de la inmunidad se deriva se haga en forma de decisión que la totalidad de la Cámara respectiva adopta. Esa protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados o Senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los Jueces y tribunales a quienes el artículo 117.1 de la Constitución Española atribuye, de manera específica, la tarea de aplicar el ordenamiento para la administración de justicia. La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdicción como es una valoración sobre el significado político de tales acciones”.

Cabe agregar que el Congreso, en este caso, al decidir si dicta una resolución acusatoria de contenido penal (artículo 100, 3er párrafo, de la Constitución) actúa como juez político, desde que la decisión en cuestión es de índole política (no judicial) que se desenvuelve sobre la base de apreciaciones políticas y en función a la seriedad de la imputación –la politicidad del razonamiento del Congreso no se debe entender como evaluación partidista de los hechos que motivan el pedido de desafuero–; no es un prejujuicio sobre la inocencia o culpabilidad del legislador, sino una habilitación de la instancia judicial, para que sea el fiscal quien investigue y el juez decida sobre la posible comisión de

un hecho delictivo [SAGÜES]. Esta seriedad de la imputación, a mi juicio, está circunscripta a determinar si ésta tiene una intencionalidad política de perturbar el funcionamiento del órgano constitucional al que pertenece el alto funcionario público o de alterar su composición –esta concepción, respecto del fundamento de la institución de la inmunidad, de base hispana, afirmada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, fue repetida en la STC 6-2003/AI, fj 4, de nuestro Tribunal Constitucional–.

De otro lado, es de rigor reconocer que, incoado el proceso penal especial, en virtud de la autorización o resolución de contenido penal del Congreso, por imperio del principio de la *perpetuatio jurisdictionis* (perpetuación de la jurisdicción), como efecto de la *litis pendencia*, la jurisdicción y la competencia –objetiva, funcional y territorial– del órgano jurisdiccional, establecidas en el momento de la decisión del Congreso permanecen incólumes, aun cuando posteriormente cambien las condiciones objetivas y subjetivas que la determinaron. No es posible, entonces, el cambio de radicación de competencia y procedimiento.

Un límite a la persecución penal está reconocido para el presidente de la República, quien durante su período solo puede ser acusado por traición a la patria, impedir elecciones, disolver el congreso e impedir la reunión o funcionamiento del sistema electoral, conforme al artículo 117 de la Constitución. Vencido ese periodo, obviamente, puede ser perseguido penalmente por todo delito cometido cuando ejercía la Presidencia de la República.

1.2.2. Aforamiento

El aforamiento es una garantía procesal radicada, en primer lugar, para los congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y Defensor del Pueblo por la comisión de delitos comunes (artículos 93, 161 y 201 de la Constitución, adaptada por la Resolución Legislativa 013-2020-2021-CR, de 09-03-2021, que modificó el artículo 16 del Reglamento del Congreso). El artículo 452 del CPP, según la reforma operada por la Ley 31308, de 24-7- 2021, dispone que el delito debe ser perpetrado durante el ejercicio de su mandato –si lo hizo con anterioridad al mismo el conocimiento del delito, aun cuando fuera elegido congresista, magistrado constitucional o defensor del pueblo, rigen las reglas comunes de competencia (se inician ante el Juzgado de la Investigación Preparatoria)–, en cuya virtud su conocimiento compete a la Corte Suprema de Justicia –antes de la reforma constitucional si bien se tenía el privilegio procesal de inmunidad, el congresista no contaba con la garantía procesal de aforamiento, consecuencia sin duda más razonable y pertinente con el fundamento de toda prerrogativa–. En segundo lugar,

para los altos funcionarios públicos por delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones, tras la emisión en su contra por el Congreso de una resolución acusatoria de contenido penal (artículo 100 de la Constitución), quienes serán investigados y juzgados por la Fiscalía Suprema y La Corte Suprema de Justicia de la República (artículo 450 del CPP, según la ley 31308, de 24 de julio de 2021). En tercer lugar, para los jueces y fiscales superiores, los miembros del Tribunal Supremo de Justicia Militar Policial y el Procurador Público, quienes, igualmente, serán investigados y juzgados por la Fiscalía Suprema y la Corte Suprema de Justicia de la República (artículos 34.4 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 28665, de 07-01- 2006, y 454.3 del CPP, según la Ley 31308, de 24 de julio de 2021). En cuarto lugar, para el juez de primera instancia, el juez de paz letrado, el fiscal provincial y el fiscal adjunto provincial –y a otros funcionarios que señale la ley, aún no precisados–, quienes eran investigados y juzgados por la Fiscalía Superior y la Corte Superior competente (artículo 454.4 del CPP, según la Ley 31308, de 24 de julio de 2021 –lo dispuesto por el artículo 41.4 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que incluyó al juez de paz, fue abrogado por la Ley 31308–).

Se entiende por aforamiento aquella prerrogativa procesal que deroga las normas comunes de la competencia objetiva, en cuya virtud determinadas autoridades quedan sometidas, de conformidad con su jerarquía, a órganos superiores de los jueces de la investigación preparatoria y penales territorialmente competentes en todo lo relativo a su procesamiento, investigación preparatoria y enjuiciamiento [GIMENO]. Desde ya es de insistir en que el aforamiento no constituye un privilegio o quiebra del principio de igualdad, sino una especialidad justificada por la singular trascendencia de ciertas funciones, consideradas esenciales para la buena marcha del Estado [STCE 90/1985, ARMENTA DEU]. El problema, entonces, radica en la extensión del aforamiento a determinados funcionarios. No está en cuestión el aforamiento concebido directamente por la Constitución, pero respecto de los demás, solo tendrían encaje con la Ley Fundamental cuando respondan a una efectiva necesidad de asegurar la independencia y la libertad en el ejercicio de poderes y funciones de relevancia constitucional [STCE 55/1990, de 28 de marzo]. Extender el aforamiento a tantas personas, a las que muy bien podría instaurarse como tutela suficiente la autorización proceder a cargo del Fiscal de la Nación, a semejanza del artículo 41 de la Constitución, que rige ampliamente para el caso de los jueces y fiscales, genera confusión y desorden en el Ministerio Público y el Poder Judicial. Siempre debe reservarse a la Corte Suprema la función de casación, excluyendo erigirlo en órgano de instancia; y, salvo que el funcionario (político, administrativo o judicial), tenga altas responsabilidades institucionales, la Corte Superior actuará como órgano de primer y segundo grado, en sus diversos estamentos.

1.3. Modalidades procedimentales

1.3.1. Regulación legal

En atención a la base constitucional y orgánica antes citada, el CPP instituye tres modalidades procedimentales (artículos 449-455 CPP). El Título Primero está dedicado al proceso por delitos de función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos –normas generales de aplicación–. El Título Segundo a los delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios. El Título Tercero a los delitos de función atribuidos a otros Funcionarios Públicos. Así se tiene que:

- A. El Título I consta de tres artículos: 449-451 CPP.
- B. El Título II consta de dos artículos: 452-453 CPP.
- C. El Título III consta de dos artículos: 454-455 CPP.

1.3.2. Justificación

El CPP asume la lógica material que justifica las prerrogativas procesales a los funcionarios públicos, y desde esa perspectiva, en clave de proporcionalidad, diseña un modelo orgánico y funcional procesal que reconoce las directivas constitucionales.

Como consecuencia de la acusación constitucional o antejuicio y de sus notas características, fija las reglas específicas o especialidades procedimentales del proceso por delitos de función atribuido a los altos funcionarios públicos. De igual manera, establece las reglas cuando se trata de perseguir judicialmente a Altos Funcionarios que tienen reconocida la prerrogativa procesal de la inmunidad, radicado en la comisión de delitos comunes. Por último, determina las pautas para otros funcionarios que incurrir en delitos de función.

2. El proceso por delito de función contra altos funcionarios públicos

2.1. Competencia objetiva

El artículo 449 CPP, con pleno respeto del artículo 99 de la Constitución, desarrolla las pautas procedimentales para el proceso penal derivado de un procedimiento parlamentario de acusación constitucional. El trámite, en su esencia, es el que corresponde al proceso común. Este proceso requiere, según el artículo 99 de la Ley Fundamental, que se circunscriba a un alto funcionario, que el delito que se le atribuya lo sea en el ejercicio de sus funciones, y que el plazo

máximo de vigencia de esa regla es de cinco años luego del cese de las funciones públicas –para la incoación del proceso, el plazo, como es lógico por su carácter procesal, no se refiere a la fecha de comisión del delito, sino a la fecha del cese del cargo público–. Si al momento de la incoación del procedimiento penal venció dicho plazo, no cabe esta especialidad procedimental (artículo 450.10 CPP). El *dies a quo* está referido al momento de la incoación del procedimiento penal, no del proceso parlamentario.

2.2. Requisitos de procedibilidad

Según el artículo 450.1 CPP, tres son los requisitos de procedibilidad necesarios para la incoación del proceso penal: **a)** denuncia constitucional por un delito cometido en el ejercicio de las funciones de un alto funcionario (definición *ex numerus clausus*, artículo 99 Const.) y presentada en sede parlamentaria por los congresistas, el fiscal de la nación –Ley n.º 27399–, el agraviado por el delito; **b)** denuncia circunscripta a un plazo de cinco años luego del cese de las funciones públicas –no se refiere a la fecha de comisión del delito, sino a la fecha del cese del cargo público–; y **c)** resolución acusatoria de contenido penal del Senado.

2.3. Iniciación y formalización del proceso penal

El Senado debe remitir el total de las actuaciones al Fiscal de la Nación. El texto originario del artículo 100, tercer y último párrafos, de la Constitución estipulaba que el Fiscal de la Nación, sin más, procedía conforme a la decisión del Congreso en un plazo de cinco días, al igual que el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria designado al efecto. Ambos magistrados no podían exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso, y su decisión tenía plazo expreso: cinco días. Sin embargo, el nuevo texto del artículo 100 de la Constitución, según la Ley de Reforma Constitucional 31987, de 20 de marzo de 2024, modificó esta situación, siguiendo lo que en su día recomendó el Tribunal Constitucional [STC 0026-2006-PI/TC, de 8 de marzo de 2007, párr. 17, por afectar el principio de independencia y autonomía de los poderes públicos, y señaló llanamente que “[...] el Fiscal de la Nación evalúa, conforme a sus atribuciones, el ejercicio de la acción penal correspondiente ante la Corte Suprema”.

Lo expuesto determina varios cambios significativos: **1.** La resolución acusatoria del Senado no es vinculante para el Fiscal de la Nación y, por ende, tampoco para el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria, además de no fijar plazo determinado para el pronunciamiento de ambas autoridades del sistema de

justicia penal –de modo que, en lo sucesivo, será del caso seguir lo que estipule la ley procesal de reforma del artículo 454 del CPP–. **2.** El Fiscal de la Nación estaría facultado para no formalizar cargos, disminuirlos, modificarlos o, en su caso, variar la tipificación –no es de recibo iniciar diligencias preliminares, dado que ya medió una actuación parlamentaria y la decisión del Senado previa acusación de la Cámara de Diputados–. **3.** Como quiera que, de rechazarse los cargos afirmados en sede parlamentaria, no es posible que la decisión quede en manos de un órgano no jurisdiccional, es indispensable se remitan las actuaciones al Juez Supremo de la Investigación Preparatoria para su calificación y decisión jurisdiccional, la cual, de ratificar la posición de la Fiscalía, puede ser recurrida en apelación a la Sala Penal de la Corte Suprema. **4.** De otro lado, el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria puede, asimismo y alternativamente, denegar el procesamiento penal, circunscribir los hechos o fijar la tipificación que corresponda. **5.** Corresponderá a la ley que modificará el CPP concretar los detalles y situaciones que genera este cambio constitucional.

Todo hecho nuevo, que esencialmente implique un nuevo dato fáctico, diferente y diferenciable del que es materia de la resolución acusatoria del Senado, requiere de una precisa autorización del Congreso (artículo 450, apartado 6, del CPP). Dentro del concepto de nuevo hecho delictivo no están incluidas las denominadas circunstancias, que pueden estar referidas tanto al autor colmo al hecho, pues como están vinculadas a una dimensión penológica adicional –rebaja o aumento de pena– no constituyen hechos nuevos (artículo 450, apartado 6, del CPP).

2.4. Resolución de imputación

La Sala Penal de la Corte Suprema, designado el juez supremo de la investigación preparatoria –desde la Resolución Administrativa 205-2018-CE-PJ, de 17 de julio de 2018 se ha instauró en la Corte Suprema un Juzgado de la Investigación Preparatoria y una Sala Penal Suprema Especial para aforados– le remitirá todas las actuaciones. Corresponde al citado juez supremo dictar, en el plazo de cinco días –la Ley vigente hasta el momento, Ley 31308, de 24 de julio de 2021, conforme al texto anterior de la Constitución fijó ese plazo, por lo que otra Ley será la que ratifique o modifique ese plazo–, si correspondiera, el auto de aprobación de la formalización de la investigación preparatoria, con citación de partes (artículo 450, apartado 3, del CPP). El citado auto de aprobación constituye una excepcional intervención del órgano jurisdiccional –no prevista en el proceso penal común– tendente a determinar si, en efecto, se cumplen

los presupuestos procesales y requisitos legales determinantes del procesamiento penal.

Como quiera que ya no está vigente la obligación de respetar en toda su dimensión la realidad de los hechos –de todos ellos: puede aceptar unos y rechazar otros y, en su caso, puede aceptar parcialmente algún extremo de los hechos– y la tipificación consignados en la resolución acusatoria del Senado, de suerte que el Ministerio Público y el Poder Judicial son libres incluso de valorar si existe sospecha reveladora (ex artículo 336, apartado 1, del CPP), es posible advertir que puede dictarse un auto de no ha lugar a la formalización de la investigación preparatoria. Además, frente al auto judicial el afectado puede deducir excepción de improcedencia de acción. Como ya se precisó, si en el curso de la investigación preparatoria se advierten otros hechos cometidos por el aforado presuntamente en el ejercicio de sus funciones, será menester recabar la autorización del Congreso.

Por otro lado, cabe puntualizar, con arreglo al artículo 450, apartado 9, del CPP, que el plazo de cinco años para determinar la necesidad de la acusación constitucional y aforamiento no determina la interrupción ni la suspensión de la prescripción de la acción penal o del delito.

2.5. Otras particularidades

Destacan cuatro:

- A. En lo pertinente, rige el proceso común. Pero, el órgano jurisdiccional de juicio siempre es colegiado y la sentencia que emite es pasible de recurso de apelación, concebido éste como un medio de gravamen. No cabe recurso de casación, pues la causa la conoce la propia Corte Suprema.
- B. La reforma del artículo 450.7 del CPP, por la Ley 31308, de 24-7-2021, homologó el proceso especial al común, en el sentido que la Sala Penal Suprema también es la que conoce de los recursos de apelación contra los autos legalmente autorizados emitidos, indistintamente, por el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria o por la Sala Penal Suprema Especial. Esta reforma, cuya motivación estaría en garantizar una mayor imparcialidad del órgano de juicio, al apartarlo de conocer impugnaciones por decisiones dictadas en los procedimientos de investigación preparatoria e intermedia, genera sin embargo una fuerte presión por la carga procesal que se traslada al Tribunal Supremo, desviándolo de su principal misión de casación.

- C. El sobreseimiento o la absolución, una vez firmes, de pleno derecho, devuelven al procesado sus derechos políticos. No se requiere acuerdo del Congreso.
- D. En caso de pluralidad de imputados: aforados y no aforados, la acumulación se realiza en este proceso. En tal virtud, el fuero del alto funcionario es atrayente respecto del de los no aforados. Sin embargo, como las reglas de acumulación por conexidad son flexibles, según lo dispuesto por el artículo 51 del CPP, es posible la separación de procesos acumulados como de imputaciones o delitos conexos que requieran de diligencias especiales o plazos más dilatados para su sustanciación, salvo que se considere que la unidad es necesaria para acreditar los hechos

Cabe puntualizar que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, progresivamente, ante el aumento creciente de causas contra aforados, finalmente dictó la Resolución Administrativa 205-2018-CE-PJ, de 17-07- 2018, ratificó la institucionalización de un Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria y creó una Sala Penal Especial, con personal propio y dedicación exclusiva, en los marcos del artículo 454 del CPP. Ello fue factible al desactivarse la Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema.

2.6. Auto de conversión del procedimiento

Es posible que en el curso de un proceso común se determine que uno de los imputados está investido de la prerrogativa de acusación constitucional. El artículo 451 CPP determina los trámites previos para instar la intervención y decisión del Congreso, bajo el entendido que las actuaciones encaminadas a dilucidar este punto en modo alguno interrumpen o suspenden el curso del principal.

El procedimiento de conversión puede iniciarse de oficio o a instancia de parte –imputado o actor civil–, y se decide por el juez de la causa previo traslado y audiencia, en la que participarán todos quienes son parte en el proceso. Si el órgano jurisdiccional estima que el imputado en cuestión ostenta la prerrogativa en cuestión, dispondrá se eleve copia certificada de lo actuado al fiscal de la Nación para su remisión al Congreso formulando denuncia constitucional. En este caso, si el fiscal de la Nación no considera legal la decisión judicial se dirigirá al pleno de la Sala Penal de la Corte Suprema para que decida, previa audiencia con asistencia de las partes. La resolución de la Corte Suprema es inimpugnable.

En el caso de procesos complejos y si a uno o algunos de los imputados le alcanza la prerrogativa de acusación constitucional, el procedimiento antes indicado se sigue por cuerda separada, sin interrumpir el curso del principal. En ese interregno, hasta la decisión del Congreso, se separan las imputaciones. Si el Congreso emite la resolución acusatoria de contenido penal, las causas se acumularán y serán tramitadas conforme a este procedimiento especial. Es de entender que la acumulación obligatoria prevista en el artículo 451.2 CPP será posible si con ella no se vulnera el derecho al juicio rápido –que es una garantía específica que integra el contenido esencial de la garantía genérica del debido proceso, entendida como un derecho fundamental de quien está encausado–. En consecuencia, se requerirá que tal acumulación sea procesalmente posible, es decir, que no ocasione grave retardo en la prosecución de la causa o que no tergiversa la lógica del procedimiento: la causa que prosiguió su trámite no ha de encontrarse resuelta o sea inminente el enjuiciamiento.

3. El proceso por delito común contra congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo

El artículo 452 del CPP, modificado por la Ley 31308, de 24-07-2021, se limitó a establecer que los congresistas, los miembros del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo, que antes de la reforma del artículo 93 de la Constitución tenían la prerrogativa de inmunidad, solo tienen la garantía de aforamiento a cargo de la Corte Suprema de Justicia por los delitos comunes que se les imputan. Si el delito lo cometen antes de asumir el mandato será de competencia del juzgado de la investigación preparatoria y del juzgado penal –con los correspondientes fiscales provinciales que asumen la investigación de los delitos–.

Conforme al reformado artículo 453 CPP, se define, conforme al nuevo artículo 93 de la Constitución, el conocimiento del proceso por la Fiscalía Suprema y la Corte Suprema de Justicia. La pauta de institucionalización del Juez Supremo de la Investigación Preparatoria, de la Sala Penal Especial, como de los Fiscales Supremos, es la designación de sus miembros por la Sala Penal de la Corte Suprema y a la Fiscalía de la Nación –ya se mencionó que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial creó, con personal propio, un Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria y una Sala Penal Especial–. Además, siguiendo la lógica procedimental del proceso común, el recurso de apelación contra las decisiones de ambos órganos jurisdiccionales es conocido por la Sala Penal de la Corte Suprema. Contra las resoluciones dictadas por la Sala Penal de la Corte Suprema no procede recurso de casación.

4. El proceso por delitos de función contra otros funcionarios públicos

4.1. Ámbito

Comprende, de un lado, desde la perspectiva subjetiva, a jueces superiores, fiscales superiores, jueces supremos integrantes del Tribunal Supremo Militar Policial –Ley n.º 29182–, procurador público, jueces especializados o mixtos y de paz letrados y fiscales provinciales y adjuntos –artículo 454.1 CPP, concordante con la LOPJ, la LOMP y la Ley de Defensa Judicial del Estado–. Por otro lado, desde la perspectiva objetiva, solo abarca aquellos delitos cometidos por los funcionarios públicos antes mencionados en el ejercicio de sus funciones, por lo que están excluidos del aforamiento –una prerrogativa legalmente admisible– la comisión de delitos comunes, ajenos al desempeño funcional.

El procesamiento penal está sometido a una condición de perseguibilidad. El fiscal de la nación es la única autoridad del Ministerio Público que, previa indagación preliminar realizada por su Despacho está habilitada para autorizar la promoción del ejercicio de la acción penal contra dichos funcionarios públicos. La autorización se expresa en una Disposición que decide el ejercicio de la acción penal y ordena al fiscal respectivo –obligado a intervenir por razones objetivas y territoriales–, la formalización de la Investigación Preparatoria.

Una excepción a la exigencia de previa autorización del fiscal de la nación, contemplada en el artículo 454.2 CPP, tiene lugar en los supuestos de flagrante delito, en cuyo caso el funcionario intervenido deberá ser conducido en el plazo de 24 horas al Despacho del fiscal supremo o del fiscal superior correspondiente.

4.2. Competencia objetiva

4.2.1. Competencia objetiva de la Corte Suprema

Las imputaciones por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones seguidas contra los miembros del Tribunal Supremo Militar Policial, los jueces y fiscales superiores y el procurador público, así como otros funcionarios que señale la ley –de dudosa ampliación por no poder ser integrados a la noción de bloque de constitucionalidad–, son de conocimiento de un fiscal supremo y de la propia Corte Suprema de Justicia.

En este caso, el fiscal de la nación designa los fiscales supremos que conocerán de las etapas de investigación preparatoria e intermedia y de enjuiciamiento. La Sala Penal de la Corte Suprema es el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de este proceso. Entre sus miembros se designará al juez supremo de la Investigación Preparatoria y a los integrantes de la Sala Penal Especial encargada del juzgamiento; luego, sin interesar la entidad del delito objeto del proceso penal, el órgano del juzgamiento siempre será colegiado. Contra el fallo de la Sala Penal Especial procede recurso de apelación, que será conocida por la Sala de la Corte Suprema que establece la LOPJ. No procede recurso de casación.

4.2.2. Competencia objetiva de la Corte Superior

Las imputaciones por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones seguidas contra los jueces especializados o mixtos y de paz letrados, y el fiscal provincial y adjunto provincial, son de conocimiento de un fiscal superior y de la propia Corte Superior.

El fiscal presidente de la Junta de Fiscales Superiores—las funciones directivas ya no las tiene un fiscal decano sino un presidente elegido entre sus pares, según la ley n.º 29286, de 04-12-08—, designará a los fiscales superiores que conocerán de las etapas de investigación preparatoria e intermedia y de enjuiciamiento. Por su parte, el presidente de la Corte Superior designará entre los miembros de la Sala Penal competente a los jueces superiores encargados de las funciones de juez de la investigación preparatoria y de Tribunal de Juicio, que siempre será colegiado. Contra la sentencia o autos equivalentes de la Sala Penal Especial procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal de la Corte Suprema. No cabe recurso de casación.

4.3. Reglas del procedimiento

El artículo 455 CPP estipula que el proceso se seguirá por las reglas del proceso común. Se reconoce, igualmente, las excepciones fijadas en el artículo anterior; esto es, **(i)** la necesidad de una indagación preliminar y una decisión previa del fiscal de la Nación que autorice la inculpación formal del funcionario cuestionado, **(ii)** la intervención de fiscales y jueces de nivel superior al común, desde la perspectiva del ordenamiento judicial, **(iii)** el órgano jurisdiccional de enjuiciamiento siempre es colegiado, y **(iv)** no procede recurso de casación.

VIII. EL PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

1. Aspectos generales

1.1. Criterios funcionales

En principio, según propugna el derecho internacional penal, cabe utilizar en la persecución procesal contra la corrupción las delaciones tanto para disminuir o exonerar de pena cuanto para esclarecer otros comportamientos delictivos, en especial de las actividades criminales que se realizan mediando clandestinidad, *pactum sceleris* o a través de organizaciones criminales.

Las discusiones dogmáticas y político criminales acerca de la legitimidad de la utilización de las delaciones y de los procesos por colaboración eficaz, bajo la incorporación de reglas que estructuralmente induzcan a la delación, permanecen vigentes hasta la actualidad.

Pragmáticamente, y con diversos límites y precauciones, estas instituciones, de uno u otro modo, existen en muchos países de nuestra orbita de cultura, porque las posibilidades de estas normas son estimadas como verdaderamente prometedoras [ÜBERHOFEN]. La pauta comisiva del *pactum sceleris* entre corruptor y corrompido, y el fenómeno de la criminalidad organizada, con su nivel de sofisticación, tecnificación y cultura del silencio, que ha penetrado el sistema institucional, complica en demasía la detección, investigación, enjuiciamiento y sanción de los delitos asociados a la corrupción –ya identificados por el derecho internacional penal en la línea de armonizar las legislaciones penales de los Estados–. Resulta pacífico entender que los métodos de la corrupción son hoy mucho más sofisticados [QUINTERO], y que su descubrimiento y persecución está rodeada de grandes dificultades, centralmente porque los involucrados carecen de interés en la publicidad [ÜBERHOFEN].

Por ello es que, (i) unido a una presión consistente a través de adecuados mecanismos de prevención y una eficaz política de información interinstitucional y de análisis de los métodos delictivos advertidos o lógicas de penetración de la delincuencia en la administración pública –que implica capacitación y cooperación internacional–, es pertinente (ii) la utilización de la delación y de los beneficios premiales para neutralizar los comportamientos corruptos, desbaratar las redes corruptas de poder interno, y quebrar la organización y los vínculos entre los criminales –*intraneus* y *extraneus*–. El peligro de vulneración de derechos fundamentales de los afectados por la delación, siempre presente, se puede superar (iii) afirmando la

validez y eficacia de las garantías procesales, y fijando a su vez una serie de cautelas que eviten sanciones a inocentes, de tal suerte que una regla de oro estriba en que la versión de los delatores nunca puede erigirse como la única palabra.

La primera modalidad de procedimiento por colaboración eficaz se introdujo en el Perú en 1992, mediante Decreto Ley 25582, posteriormente el CPP amplió su ámbito de aplicación. En efecto, está comprendido en la sección VI, artículos 472-481-A CPP. Su fuente próxima es la Ley de Colombia n.º 81, de 02-11-93, inspirada en la legislación de Puerto Rico.

1.2. Regulación Legal

La primera modalidad de procedimiento por colaboración eficaz se introdujo en el Perú en 1992, mediante el Decreto Ley 25582, posteriormente el CPP amplió su ámbito de aplicación. En efecto, su base normativa se encuentra en los artículos 472/481-A del CPP: un total de 13 artículos. El Decreto Legislativo 1301, de 30-12-2016, fijó la primera modificación global, con inclusión de los artículos 473-A, 476-A y 481-A. Este Decreto Legislativo, a su vez, fue modificado por la Ley 30737, de 12-3-2018, para incluir preceptos en función a las personas jurídicas. La última modificación, de gran calado, es la establecida por la Ley 31990, de 21 de marzo de 2024, que modificó los artículos 473, 476-A y 481-A del CPP. El Reglamento del proceso por colaboración eficaz fue aprobado por el Decreto Supremo 007-2017-JUS, de 30 de marzo de 2017, que necesariamente debe modificarse en razón al sentido modificadorio de las últimas reformas legales.

Su fuente próxima es la Ley colombiana 81, de 2-11-1993, que a su vez se inspiró en la legislación de Puerto Rico.

2. Teoría general

2.1 Lógica del proceso especial

El sistema nacional de colaboración eficaz se afilia, siguiendo los términos de Gonzales Portillo, a un modelo de derecho procesal penal premial, más que derecho penal premial. Éste último tiene como fundamento las excusas absolutorias y las atenuaciones por colaboración con la justicia, en la propia rebaja o exclusión de penas (beneficios premiales) a quien aporta información relevante en la causa. El primero tiene una cobertura más allá del beneficio premial, busca no solo premiar al delator, sino se concentra en la calidad de la información para

vincular a otros delincuentes, en el procedimiento que se configura, en su lógica condicional y en la necesidad de articular otro proceso contra los delatados. Se vincula con la generación de un proceso especial, con cambios en la acusación y el enjuiciamiento, con la modificación del estatus procesal del colaborador, con la inclusión de medidas de coerción, de aseguramiento personal y de protección (artículos 38/43 del DS 007-2017-JUS).

2.2. Notas Características

El proceso por colaboración eficaz parte de un modelo de proceso transaccional de justicia penal negociada. Dos perspectivas:

PRIMERA. Tiene cinco notas propias: **A. Eficacia:** la justicia como valor jurídico debe preservarse. **B. Proporcionalidad:** el premio se concede en función a la entidad del delito cometido y culpabilidad por el hecho, así como al nivel de colaboración o delación realizado: grado de eficacia (artículo 475.2 CPP) –el grado de colaboración con la justicia debe ser medida con rigor, con el objeto de tasar el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar [SÁNCHEZ VELARDE]–. **C. Condicionalidad:** los beneficios se otorgan por una sola vez y están limitados al cumplimiento de condiciones específicas bajo control fiscal (artículo 479 CPP): no reincidencia en el delito dentro de los diez años de otorgado el beneficio, imposición de obligaciones, concurrencia a los procesos que se incoaron a partir de su testimonio, y caución en el caso de las obligaciones. **D. Formalidad:** manifestación expresa del sujeto de colaborar con la justicia (artículo 472.1 CPP). **E. Oportunidad:** El proceso se inicia en la medida en que el colaborador sea un implicado, investigado, acusado condenado, incluso esté o no sujeto a investigación –el proceso se incoa a instancia del arrepentido y lo hace el fiscal–, y según el estado del proceso contradictorio las reglas difieren.

SEGUNDA. Es un proceso distinto del proceso en que está o puede estar involucrado el colaborador. No es incidente de este último proceso. Requiere la formación de un expediente propio. Allí se aporta información y se realizan diligencias de corroboración y, en función, a su efectividad y entidad, se firma un Acuerdo de Beneficios y Colaboración, que luego deberá ser aprobado por el juez.

Se cuestiona, desde la concepción europea continental, que se considere como verdadero proceso especial al de colaboración eficaz porque –se dice– su objeto no es una pretensión penal en sentido estricto y porque carece de partes contrapuestas, de suerte que solo cabría calificarlo de un “mero expediente de

investigación” [RUIZ DE LA CUESTA]. Empero, es de entender que en este proceso se define si la pretensión del aspirante a colaborador: disminución o exención de pena puede ser aceptada por el fiscal, luego, en la búsqueda de un “Acuerdo de Beneficios y Colaboración”, que acto seguido ha de ser defendido ante el juez. Además, el fiscal y el aspirante a colaborador no alteran su condición de partes procesales, pues el imputado tratará de aportar información que corrobore su delación mientras que el fiscal procurará determinar si ésta puede ser acreditada y, luego, sostener cargos contra terceros si así fuera el caso. La contradicción, desde luego, no se expresa en términos, digamos, clásicos –de oposición a contrarios–; más bien se adapta a las lógicas premiales, aunque el objetivo siempre es confirmar si la información aportada por el aspirante a colaborador tiene sustento. Es en este proceso donde no solo se investiga la noticia criminal del aspirante a colaborador –que lo incluye a él, que es el sujeto pasivo del procedimiento–, sino también donde se define la procedencia del “Acuerdo de Beneficios y Colaboración”, el cual finalmente será examinado por el juez pues está en discusión la potestad punitiva del Estado, que, como es obvio, siempre se define a través de un proceso penal.

2.3. Elementos básicos

Deben cumplirse tres elementos básicos. **1.** Condición de imputado o próximo a ello del colaborador –que afirme haber cometido delitos–. **2.** El delito perpetrado debe serlo por uno en que hayan participado varios sujetos (codelinuencia, concertación delictiva y, especialmente, criminalidad organizada), pues la información se ha de referir no solo a él –debe aceptar el delito o, por lo menos, no contradecir los cargos, y abandonado voluntariamente las actividades delictivas (artículos 472.4 y 474.1 CPP)–, sino fundamentalmente a otros (confesión o autodenuncia, de un lado, más delación –heteroincrimación, de otro–), cabecillas, estructura de la organización, modus operandi, bienes delictivos en general (artículo 475.1 CPP). **3.** La información debe ser eficaz, útil o valiosa –según el modelo italiano, la información ha de poder impedir la producción del delito, obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a la que ha pertenecido, siempre en la lógica del “completo esclarecimiento de los hechos”.

2.4. Carácter de la información del colaborador

El aporte de información debe ser novedoso, desconocido para las autoridades hasta ese momento. Sin aporte de información de gran relevancia positiva a efectos de la investigación no es factible hablar de colaboración con la justicia (SSTSE 1946/2002, de 17 de marzo; y, 837/2010, de 29 de septiembre). El dato ha de ser relevante, decisivo para los objetivos antes indicados; y, además, debe ser real y sincero, fidedigno y pleno. El colaborador no debe ocultar elementos relevantes ni añadir falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del colaborador de torcer el debido esclarecimiento de los hechos (STSE 1028/2011, de 11 de octubre)–. Por tanto, el CPP está orientado a una línea marcadamente subjetiva, orientada a obtener información de conductas ajenas, donde lo esperado del colaborador será los aportes por la delación. La colaboración debe ser activa y obtener uno de los fines, no todos (artículo 475.1 CPP).

La doctrina coincide en admitir dos afirmaciones:

PRIMERA. Que no es necesario que se produzcan o persigan todas estas finalidades pretendidas con la actitud colaboradora para que la misma sea tenida en cuenta de cara a la individualización de la sanción y la delimitación del beneficio premial.

SEGUNDA. Que es exigible una colaboración “activa” con las autoridades. No basta comportamientos meramente omisivos. Se requiere conductas positivas que consistan en el aporte de datos relevantes o la realización de acciones que ayuden o faciliten la labor de la autoridad a la hora de aclarar responsabilidades penales.

Pero, de otro lado, no existe consenso doctrinal a la hora de delimitar el elemento teleológico y determinar si éste es de índole preventivo-especial o de índole finalista. Si se sostiene la primera postura, se dará más importancia a la actitud del sujeto (arrepentimiento y colaboración plena y sincera, esto es, colaboración activa, con independencia del resultado obtenido a partir de la colaboración suministrada). Si se enfatiza la segunda postura, y lo pretendido es la obtención de informaciones valiosas para la persecución y enjuiciamiento de delitos o la captura de sus responsables, esto es, colaboración eficaz, el elemento decisivo será el criterio de la eficacia, vale decir, en función de los resultados de la información recibida y de su papel relevante en la formación de la convicción judicial. Sin duda, la tesis predominante y asumida por el Código es esta segunda. La finalidad buscada por el legislador nacional es esperar una cierta eficacia o relevancia de la colaboración prestada.

3. **Ámbito competencial**

3.1. **Delitos comprendidos**

No todo delito es objeto de este proceso. El artículo 474.2 CPP fija los delitos, en cinco niveles: **A.** Organización criminal, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato –presuponen pluralidad de personas–. **B.** Delitos vinculados a la criminalidad organizada. **C.** Delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros, falsedad documental, orden migratorio, en pluralidad de personas. **D.** Delitos de personas jurídicas: desde concusión a denuncia calumniosa. **E.** Delitos conexos a los anteriores (artículo 474.3 CPP).

Cabe aclarar que el alcance material de la colaboración eficaz comprende no solo el delito o delitos objeto de procesos penales en los que el colaborador esté involucrado, sino en todos los hechos que conoce. La intención legislativa es premiar al colaborador eficaz que coopere para la total desarticulación de la trama criminal, existan o no otras causas penales abiertas contra dicha organización, y pretende que puedan abrirse otras causas o resulta de la información facilitada por el arrepentido. La colaboración se ha de referir, entonces, no solo a los delitos por los que el sujeto admitió, sino a todos aquellos “[...] *teleológicamente conectados o relacionados*” (Sentencia de la Corte de Casación de Italia 31276, de 6 de mayo de 1997).

3.2. **Competencia objetiva**

Los delitos más graves, de proyección nacional o en más de una región, son de competencia de la Corte Superior Especializada en criminalidad organizada y corrupción de funcionarios. Los demás, corresponderán a cada Corte Superior.

El artículo 475.6 CPP señala las personas excluidas. Se tratan del máximo dirigente de una organización y de los máximos mandos de aquélla. El criterio de exclusión es material, por lo que debe estarse al rol de máximo o máximos dirigentes que les corresponde en la estructura organizacional, no a los nombres o denominaciones con los que ellos se identifiquen.

Siendo así, pueden acogerse los dirigentes, cabecillas y/o jefes –igualmente, es una clasificación material y está en función al rol, menor que el de máximo o máximos dirigentes de la organización, que efectivamente desempeñen. Estos últimos individuos solo pueden ser objeto del beneficio premial de disminución de la pena (artículo 475.6 CPP).

4. Estructura del proceso por colaboración eficaz

4.1. Fases del proceso por colaboración eficaz

El artículo 3.2 del Decreto Supremo 007-2017-JUS, identifica seis fases o etapas en este proceso especial. Son: **1.** Calificación, **2.** Corroboración, **3.** Celebración del acuerdo, **4.** Acuerdo de beneficios y colaboración, **5.** Control y decisión jurisdiccional. **6.** Revocación.

4.1.1. Calificación

Esta etapa consta de dos grandes pasos. **1.** La solicitud del aspirante, que puede ser escrita o verbal, mediante acta. En ella el aspirante indicará su manifestación de sometimiento al proceso y apartamiento de actividades delictivas; los alcances de su pretensión premial; los hechos en los que está involucrado; y, la información que proporcionará. La norma autoriza al Ministerio Público a que proponga a una persona someterse a este proceso, y la policía igualmente podrá captarlo. **2.** Acto seguido, el fiscal se entrevistará con el solicitante o su representante. Si, *prima facie*, advierte lo útil, relevante y corroborable de la información ofrecida, lo nombrará, para este proceso, como colaborador y le asignará una clave. Si no contara con abogado le asignará uno de oficio, que continuará hasta la finalización del proceso. La Ley 31990 trae como precisión que quien solicita acogerse o es considerado para recibir un beneficio premial y ser parte del proceso por colaboración eficaz es calificado, durante todo el proceso hasta que se dicta la sentencia correspondiente, como “aspirante” a colaborador. Solo, luego de la firmeza de esa decisión, corresponde denominársele “colaborador”.

4.1.2. Corroboración

El artículo 473 del CPP –específicamente, la reforma operada por la Ley 31990– y, en lo pertinente, el Reglamento, incorpora un conjunto de actuaciones, medidas y plazos (doce apartados). Son los siguientes:

PRIMERA. El fiscal dicta una Disposición para iniciar la fase de corroboración que indicará la posibilidad concreta de una prestación de información utilizable y de concesión de beneficios, y señalará las diligencias de corroboración correspondientes y quién las tendrá a su cargo –total o parcialmente–. Si el colaborador está imputado, este proceso especial no alterará el curso del proceso contradictorio. El proceso es reservado.

SEGUNDA. Se abrirá una carpeta (expediente) fiscal de corroboración, donde constarán las diligencias, solicitudes judiciales, resoluciones, documentos aportados, disposiciones y providencias de impulso. Los actos de corroboración se rigen por las formalidades del Código. La declaración del colaborador es reservada. Solo intervienen el fiscal, el colaborador y su defensor. El agraviado es citado al último, para emplazarlo e indicarle lo actuado, así como invitándolo a que plantee su pretensión civil.

TERCERA. El fiscal podrá celebrar reuniones con el aspirante en presencia de su abogado defensor. Necesariamente –antes era opcional– debe celebrarse un Convenio Preparatorio entre el fiscal y el aspirante. Éste precisará, en función a la ecuación: calidad de la información ofrecida versus naturaleza de los cargos o hechos delictuosos objeto de imputación o no contradicción, los beneficios, las obligaciones y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración. El consenso en sus cláusulas es sustancial, y éstas deben cumplirse por lo menos en su mayoría. Se procura desde el primer momento precisar el curso y la estrategia de las diligencias de corroboración, así como evitar dilaciones indebidas y la vulneración del plazo razonable de duración del proceso.

CUARTA. La declaración del aspirante será recibida directamente por el fiscal del caso –no por su adjunto u otro auxiliar de la Fiscalía–. Es necesaria la presencia del abogado del aspirante en esta diligencia. El lugar de la diligencia será el que indique la Fiscalía –no hace falta que se lleve a cabo en el Despacho del fiscal– y necesariamente debe registrarse en un acta y en un medio audiovisual que se conservará hasta su remisión al juez de la investigación preparatoria junto con las demás actuaciones.

QUINTA. El aspirante tiene una obligación determinante: proporcionar toda la información relevante que posea y aportar todos los medios necesarios para su corroboración –no puede andarse con subterfugios ni condicionar la información y medios para corroborarla–. La viabilidad del acuerdo está condicionada a este deber calificado de colaboración; luego, si no lo hace o presenta información falsada, dependiendo de su importancia, el proceso se dará por concluido y si este hecho se descubre luego de la aprobación judicial del acuerdo el fiscal debe solicitar su revocación conforme al artículo 480. La revocatoria del acuerdo importará el procesamiento o su continuación contra el aspirante o colaborador.

SEXTA. Mientras dure el proceso por colaboración, el aspirante será sometido a medidas de aseguramiento personal para garantizar el éxito de la investigación y su conclusión exitosa, así como su seguridad personal. Así las cosas: **1.** En caso

necesario y si no está en el ámbito de las potestades de la Fiscalía –ésta solo puede dictar determinadas medidas de protección, ex artículos 247 y siguientes del CPP–, pedirá al juez dicte las medidas de protección y de coerción que correspondan, bajo un trámite reservado y en coordinación con el fiscal; medidas que también pueden extenderse, en el caso del proceso por colaboración en las que se comprendan a las personas jurídicas, a los representantes, socios e integrantes de ella, cuando corresponda. **2.** Si el aspirante está interno en un Establecimiento Penal y está sufriendo una medida coercitiva o una pena, la medida de aseguramiento personal pertinente –traslado de Establecimiento Penal, de celda o de pabellón, o alguna medida de protección extrema o regla de tratamiento penitenciario, incluso beneficio penitenciario– puede dictarse bajo las reglas de coordinación con el juez, en tanto en cuanto esté dentro de las facultades del Instituto Nacional Penitenciario, el que deberá informar al juez la medida adoptada. **3.** Si el aspirante está sufriendo una medida de prisión preventiva, el juez, a solicitud del fiscal, podrá variarlo, sin que correspondan aplicar las reglas de cesación previstas para el proceso común –que importan la variación, en sentido favorable, del presupuesto o de los requisitos de la medida–. La variación procederá por razones de seguridad, que se acreditará, en todo caso, con mínimos actos de investigación realizados en la fase de corroboración. La audiencia, en este caso especial de variación –se trata de una especialidad procedimental– será privada y solo participará el fiscal, el aspirante y su abogado defensor.

SÉPTIMA. El traslado del aspirante fuera del Establecimiento Penal donde se encuentra para la realización de diligencias de corroboración se realizará bajo orden del fiscal del caso, que cursará comunicaciones al Instituto Nacional Penitenciario y a la Policía Nacional para su ejecución oportuna –con plazos precisos de anticipación: no menor de tres días–. Una vez culminada la diligencia se retornará al aspirante al Establecimiento Penal de su procedencia.

OCTAVA. El plazo, que se computa desde la solicitud de acogimiento al proceso por colaboración eficaz hasta la celebración del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz –la última reforma agregó, redundantemente, el vocablo “eficaz”, lo que es obvio– es de ocho meses, que por causas justificadas –bajo el marco de las exigencias de especial dificultad en la actuación de determinadas diligencias de corroboración indispensables, de cara al aporte que se espera de ellas–, puede prolongarse hasta por cuatro meses más, salvo que se tratara de hechos de corroboración o imputaciones por crimen organizado, que será de hasta ocho meses. A su vencimiento, irremediamente debe clausurarse la fase de corroboración y pasarse a la siguiente: celebración del Acuerdo, si correspondiera.

Esta ha sido la reforma, quizá, más polémica, desde que no siguió el patrón de una mayor flexibilidad en función a tipos de procesos: simples, complejos y por crimen organizado, ni tuvo en cuenta necesariamente las propias dificultades de corroboración cuando es menester pedir o conseguir pruebas en el exterior o actuar diligencias en el exterior, lo que, según la experiencia ya asumida, demanda tiempos muchos más extensos para su consolidación: un año o un año y medio no son plazos razonables para indagaciones complejas de corroboración. Así, incluso, lo expuso la objeción del Gobierno a la autógrafa del Congreso, de 21 de julio de 2023, que lamentablemente fue desestimada.

NOVENA. El apartado 10 del comentado nuevo artículo 473 del CPP incorpora una regla probatoria, complementaria de la estipulada en el artículo 158, apartado 2, del CPP, que reputa la declaración del aspirante a colaborador como una prueba incompleta: hace falta otras pruebas que corroboren sus testimonios. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que siguió la del Tribunal Supremo Español y a un sector de la doctrina italiana [STSE 675/2017, de 16 de octubre. Sentencia Casatoria 277- 2021/Nacional, de 7 de marzo de 2022, FD 4º], no puede corroborarse la declaración de un aspirante a colaborador con la declaración de otros aspirantes o colaboradores –ambas son intrínsecamente sospechosas y, por tanto, requieren de elementos objetivos de corroboración, aun periféricos, que permitan rodearla de consistencia y credibilidad–.

DÉCIMA. La reserva especial del proceso por colaboración eficaz, específicamente de su fase de corroboración, genera un deber de garante en los fiscales del caso. El apartado 12 del precepto examinado rodea esta obligación más intensa –en especial declaración de los aspirantes y reserva de su identidad– con las responsabilidades administrativas, civiles y penales que pueden generarse.

4.1.3. Celebración del Acuerdo de Colaboración

Dos notas distintivas son propias de esta etapa.

PRIMERA. El Acuerdo se realiza cuando finalice la fase de corroboración. La decisión celebrar el Acuerdo corresponde al fiscal. Si acepta celebrarlo, optará entre cuatro beneficios: exención, remisión, disminución y suspensión de ejecución de la pena, según la utilidad de la información y el resultado de las diligencias de corroboración. El conjunto de fuentes–medios de investigación obtenidos y actuados, respectivamente, son plenamente utilizables, incluida el íntegro testimonio del colaborador.

SEGUNDA. El fiscal puede denegar el acuerdo, y lo hará mediante una Disposición motivada indicando el motivo (información no útil, información no corroborada, información falsa). Los efectos de tal decisión son tres: **1.** No tienen valor las declaraciones contra sí mismos del propio colaborador; luego, lo expuesto respecto de terceros o situaciones distintas a su posible nivel de involucramiento en los hechos, pueden utilizarse. **2.** Procesar a los delatados si correspondiere y emplazar al excolaborador para que declare en el procedimiento abierto al efecto. **3.** Todos demás fuentes–medios de investigación obtenidos y actuados, respectivamente, son utilizables.

4.1.4. Acuerdo de Beneficios y Colaboración

Esta etapa importa lo siguiente: **1.** Si Fiscal y Defensor llegan a un consenso sobre los beneficios y lo eficaz de la información corroborada, se suscribe el acta de Acuerdo—para los beneficios, como se sabe, prima el principio de proporcionalidad—. **2.** El acta tiene un contenido predeterminado con once cláusulas, destacando entre ellas la información aportada, la información corroborada, los beneficios acordados, la reparación civil asumida y las obligaciones del colaborador. **3.** Si se firmó, antes, un Convenio Preparatorio, debe respetarse, a menos que no todo lo que inicialmente se consignó se pudo corroborar debidamente.

4.1.5. Control y decisión jurisdiccional

El procedimiento judicial comprende cinco períodos.

PRIMERO. **Competencia:** Corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria si el proceso por colaboración eficaz se inició hasta antes de emisión de auto de enjuiciamiento y, luego, en sede de ejecución de sentencia. El Juez Penal será competencia, si el indicado proceso por colaboración eficaz se inició con posterioridad a la emisión del auto de enjuiciamiento y hasta la emisión de la sentencia inclusive. En ambos casos, se al órgano jurisdiccional competente el acta y la carpeta fiscal más los cuadernos de medidas dictadas por el juez.

SEGUNDO. **Trámite inicial:** El juez realiza un previo control formal del contenido del Acta de Acuerdo —examina si el acta está completa—. Si falta un punto o cláusula, lo devuelve para su inclusión o subsanación. El control se extiende a la proporcionalidad de lo acordado —aunque es un acto ulterior, no en sede de admisibilidad y procedencia, que se limita al contenido formal y a si no existen impropedencias evidentes—. El fiscal, en este caso, subsanará el acta y presentará una completa.

TERCERO. **Audiencia Privada Especial:** Superado el control de admisibilidad y procedencia, el juez dicta el decreto de citación para la audiencia. Ésta se instalará con la presencia obligatoria de fiscal, colaborador y defensor. Todos intervendrán en orden a la justificación y explicación del acuerdo arribado. Si el Juez nota un defecto pedirá su corrección en ese acto.

CUARTO. **Ámbito del control judicial:** El juez debe cuidar que el Acuerdo cumpla con cuatro requisitos. **1.** Voluntariedad y conocimiento informado del colaborador. **2.** Que los delitos objeto del acuerdo se correspondan con los autorizados por la ley. **3.** Que los beneficios otorgados cumplan con los requisitos de **(i)** legalidad –que sean los permitidos por la ley– y **(ii)** proporcionalidad, en relación tanto a la información considerada como corroborada y a los delitos cometidos, cuanto a su eficacia, siempre desde los propios términos del referido Acuerdo –no corresponde al juez se realiza un examen alternativo y propio de la actividad de corroboración–. **4.** Compatibilidad de las obligaciones impuestas.

QUINTO. **Decisión judicial:** El juez tiene dos posibilidades: **1.** Si no aprueba el test antes expuesto, emitirá un auto de desaprobación del Acuerdo. **2.** Si el Acuerdo pasa el test, dictará sentencia aprobatoria sin modificar los términos del Acuerdo.

Los términos de la sentencia aprobatoria son comunicados a los fiscales y jueces que tienen a su cargo los procedimientos contra el colaborador para su archivo. El Juez excarcela al colaborador si así correspondiere y, en todo caso, anulará sus antecedentes. La sentencia aprobatoria debe indicar las obligaciones del colaborador. Es oponible a cualquier proceso que incluya los hechos indicados en el Acta.

4.1.6. Revocación de los beneficios

Según se señaló, los beneficios son condicionales, lo que importa que si no se cumplen originan determinados efectos jurídicos. En este sentido: **1.** El Fiscal controlará el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el colaborador. **2.** En caso de incumplimiento de obligaciones, previa obtención de las pruebas, el Fiscal pedirá la revocatoria del beneficio premial. **3.** La revocación la dicta el juez, previa audiencia; y, si no concurre el colaborador, ésta continúa nombrándosele un defensor público o de oficio.

5. Eficacia y utilización de las diligencias de corroboración

La eficacia y utilización de las diligencias de corroboración está en función a dos niveles o al estado del proceso por colaboración eficaz, según ésta concluyó o esté en trámite.

5.1. Proceso por colaboración concluido

En los procesos derivados o conexos, el Fiscal decidirá si las actuaciones las deriva como prueba trasladada a aquellos procesos. Se remiten los originales, previa dictación de la Disposición correspondiente. El Fiscal también podrá incorporar la declaración del colaborador como testigo en los procesos derivados o conexos; y, si tiene medidas de protección, declarará bajo video conferencia, distorsionador de voz u otros mecanismos que impidan su identificación.

5.2. Proceso por colaboración en trámite

Los medios de investigación pueden utilizarse en los procesos derivados o conexos para medidas limitativas de derechos o medidas de coerción. También se incorporará la declaración del colaborador, la que se transcribirá en sus partes pertinentes. Obviamente, el control de lo “pertinente”, a final de cuentas incumbe al juez –titular de la potestad jurisdiccional–, quien podrá ordenar se le ponga a disposición el conjunto del testimonio del colaborador para su revisión reservada y corrección, si fuere el caso, de las partes omitidas o distorsionadas.

5.3. La prueba trasladada al proceso derivado o conexo

5.3.1. Bloque normativo

Tres son los preceptos directamente aplicables en relación a la utilización de los medios de investigación y/o de prueba en el proceso especial por colaboración eficaz en los procesos derivados o conexos (otros procesos). Se trata, específicamente, de los artículos 476-A 481 y 481-A del CPP –el primer y último artículos fueron modificados por la Ley 31990, de 21 de marzo de 2024, mientras el artículo 481 fue modificado por el Decreto Legislativo 1301, de 30 de diciembre de dos mil dieciséis, que asimismo incorporó los artículos 476-A y 481-A, pero se modificaron por la aludida Ley 31990–. La disposición legal de referencia, empero, aunque aplicable para el proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado, es el artículo 20 de la Ley 30077, de 20-8-2013, que incorporó para el nuevo proceso penal la institución de la “prueba trasladada”.

La disposición originaria contenida en el artículo 481 del CPP tenía dos apartados. Se refería al efecto que trae consigo... lógicas de las testificales, que de ser impropias tienen un valor mínimo–.

El nuevo artículo 476-A del CPP, emanado del originario artículo 476 del CPP, se refiere, como no puede ser de otro modo, al caso en que el proceso por colaboración eficaz culmina con el acta de colaboración eficaz y es aprobada por el Juez. Cuatro reglas rigen al respecto. Son las siguientes:

PRIMERA. Si la información proporcionada por el colaborador –debió decir, siguiendo su lógica, aspirante a colaborador– arroja suficientes indicios de participación delictiva de las personas sindicadas o de otras personas naturales o jurídicas –utilizar la expresión “suficientes indicios de participación delictiva o de criminalidad” es, en buena cuenta, reafirmar la lógica hispana de vinculación delictiva desde asumir una sospecha suficiente conforme al artículo 344, apartado 1, del CPP–, será materia, de ser el caso, de la correspondiente investigación autónoma consecutiva para garantizar la persecución penal y, si la responsabilidad penal se demuestra cabalmente, sancionar a los delatados.

SEGUNDA. Corresponde al fiscal, titular de la persecución procesal pública, decidir si las actuaciones contenidas en la carpeta de colaboración eficaz se incorporan, total o parcialmente, al proceso o procesos derivados o conexos, sin perjuicio de cautelar la identidad del declarante. Esta potestad, empero, no puede entenderse como un control absoluto de las actuaciones de corroboración, pues desde el derecho instrumental a la prueba pertinente, que integra la garantía genérica de defensa procesal, muy bien las contrapartes pueden instar, en el proceso derivado o conexo, que se incorporen determinadas actuaciones.

TERCERA. Desde luego una actuación relevante es la declaración del colaborador. El fiscal decide si la aporta al proceso derivado o conexo. De igual manera, es obvio que conforme al derecho instrumental a la prueba pertinente la contraparte puede solicitar tal incorporación y de ese modo controlar la credibilidad del colaborador. La reserva de identidad del colaborador es permanente, no puede alzarse, salvo que su vida no se encuentre en riesgo relevante. Su valoración está sujeta a los límites ya expuestos de una prueba intrínsecamente sospechosa: artículo 158, apartado 2, del CPP.

CUARTA. Las consecuencias de la aprobación del Acuerdo de Beneficios y Colaboración importan, siempre, excluir al imputado de los procedimientos y causas en que estén envueltos, en tanto en cuanto el Acuerdo comprende esas causas y delitos. Así: (i) si el procedimiento se encuentra en diligencias preliminares, el fiscal archivará la investigación –no tiene otra opción, de ahí que cuando se dice “podrá” deberá entenderse que debe hacerlo si se dan los requisitos para ello: que el hecho imputado y aceptado o no cuestionado por el colaborador está comprendido

en el Acuerdo de Beneficios y Colaboración—; **(ii)** si los procesos se encuentran en sede de investigación preparatoria formalizada, el fiscal podrá no acusar y el juez procederá conforme a la sentencia por colaboración eficaz —debe sobreseerse la causa seguida en su contra, siempre que ésta se encuentra comprendida en el Acuerdo de Beneficios y Colaboración—; **(iii)** si los procesos se encuentran en sede enjuiciamiento o plenario, el fiscal podrá (deberá) retirar la acusación y, en su caso, el Juez Penal estará a lo resuelto en la sentencia por colaboración eficaz —es una causal especial de retiro de acusación, fundada en la interdicción del *ne bis in idem*—. El apartado 7 del artículo 476-A del CPP fija la regla más relevante en la materia: la sentencia por colaboración eficaz causa estado y, por consiguiente, es oponible en cualquier estado del proceso ante las fiscalías y órganos jurisdiccionales, las que están obligadas a cumplirla en sus propios términos.

El nuevo artículo 481-A del CPP incorpora otro supuesto de utilización de los aludidos actos de aportación de hechos obtenidos en la fase de corroboración del proceso por colaboración eficaz. No se refiere, como presupuesto, al resultado final del proceso por colaboración eficaz, el cual no lo condiciona. Se circunscribe al requerimiento en el proceso receptor (derivado o conexo) de los dos tipos clásicos de medidas limitativas de derechos: medidas de coerción y medidas instrumentales restrictivas de derechos o búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Estos medios investigativos pueden utilizarse sin limitación alguna. Las especialidades que introduce este precepto son tres: **(i)** la declaración del aspirante a colaborador puede ser aportada al proceso fuente o receptor, siempre cuidando la reserva de su identidad, adjuntándose complementariamente de otros medios de investigación conforme al artículo 158, apartado 3, del CPP; **(ii)** si el requerimiento se sustenta en varias declaraciones de aspirantes a colaborador (pluralidad de aspirantes), su valoración está condicionada a que estén corroboradas en la propia carpeta por colaboración eficaz —esta limitación es irrazonable y de dudosa constitucionalidad pues la corroboración puede venir del propio proceso receptor o fuente, de lo que en esa causa se ha podido conseguir, de modo que el conjunto del material investigativo es lo relevante—; y, **(iii)** cuando el requerimiento se sustente en una o más declaraciones de aspirantes o de testigos protegidos, el fiscal, reservadamente, informará al juez la identidad de los mismos, a fin de evitar la doble valoración de una misma declaración (será, en todo caso, de una misma persona) —no tiene sentido incorporar en una Sección dedicada al proceso por colaboración eficaz la declaración de un testigo protegido, cuyo estatuto jurídico es muy distinto del aspirante al no ser imputado en la causa; y, en cuanto a la develación de la identidad, el problema se presenta al juez, pues ¿cómo evitará la doble valoración sin precisar,

a los efectos de la motivación de la resolución que debe dictar, que quien declaró en la causa es un aspirante que lo hizo en la carpeta por colaboración?, aunque claro está problemas de ese tipo se han venido presentado en estos procesos–.

5.3.2. Prueba trasladada

Esta institución, como es conocido, existe en el proceso civil desde el 4-3-1992, conforme al artículo 198 CPCivil; y, se incorporó como tal en el artículo 261 Código de Procedimientos Penales mediante el Decreto Legislativo 983, de 22-7-2007, que fue validada constitucionalmente por la STC 12-2008-PI/TC, de 14-4-2010 (Fundamentos Jurídicos 29 y 30), y adecuadamente interpretada por la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema A.V. 19-2001, de 7-4-2009 (Fundamento Jurídico 71). Los términos del artículo 261 del ACPP se repitieron en el artículo 20 de la Ley 30077 en sus párrafos 1 y 2).

El fundamento de la validez de una prueba de un proceso trasladada a otro proceso radica en la unidad de jurisdicción; por tanto, es plenamente posible utilizar pruebas actuadas incluso en sede civil, laboral y contencioso-administrativo, pues la prueba es jurídicamente igual [DEVIS]. Lo importante para su utilización –de los medios de investigación y medios de prueba– es si han sido contradichas y formalmente practicadas; no se requiere necesariamente identidad de partes entre el proceso fuente y el proceso receptor, solo se necesita, sin embargo, que las partes en el proceso receptor hayan tenido la oportunidad de ejercer su control con las garantías del debido proceso legal en el proceso receptor [LEDEZMA]. La utilidad de esta prueba radica en el mejor y más económico desarrollo de los procesos.

Bajo determinados presupuestos y limitaciones, los medios de investigación y/o de pruebas practicados en otro proceso (proceso fuente) pueden utilizarse en un proceso distinto en trámite (proceso receptor) –actuación de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba (por ejemplo: testificales, inspecciones, pesquisas, reconocimientos, careos), salvo el caso en que, libremente, pueden incorporarse, como son: dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental–. Siempre se reconoce el derecho de oposición por la parte afectada con la prueba concernida, derecho centrado –según el CPCivil, aplicable supletoriamente al procedimiento penal– en pruebas inadmisibles, improcedentes, impertinentes, irrelevantes, ineficaces o ilícitas. Lo substancial es que la prueba se traslade a una causa no esté afectada de nulidad alguna para que pueda gozar de eficacia [HINOSTROZA].

Por lo demás, el apartado 4) del citado artículo 20 de la Ley 30077 estipula tres criterios de seguridad probatoria –que por su carácter principalista pueden asumirse para todo tipo o modalidad de prueba trasladada–:

1. Valoración conjunta entre la prueba trasladada, materia del proceso fuente, tras su valoración individual, y las pruebas actuadas en el proceso receptor, así como las reglas de la sana crítica (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos).

2. Incorporación válida de la prueba trasladada, con respeto a las garantías que rigen el derecho probatorio (admisión, traslado, lectura en audiencia y alegación sobre su legalidad y mérito: garantía de defensa procesal y principio de contradicción). Por ende, prima la necesidad, de ser posible, de la ratificación de esa prueba en el proceso receptor. En todo caso, su ofrecimiento, aceptación, actuación y lectura contradictoria es imprescindible.

3. Derecho del afectado con la prueba trasladada para aportar prueba de descargo y cuestionar las conclusiones probatorias emanadas del proceso fuente.

Es de precisar, adicionalmente, que una cosa es la corroboración como etapa del proceso por colaboración eficaz y otra es cuando las declaraciones del ex colaborador o, según el caso, del aspirante a colaborador y los medios de investigación y/o de prueba actuados en esa causa autónoma se aportan al proceso receptor. En este caso se está, como se ha expuesto, ante la institución de la prueba trasladada. Es indiferente que en sede de colaboración eficaz se consideró corroborada determinada información del colaborador, pues en el proceso receptor lo que se aporta no es la decisión judicial recaída en el proceso fuente sino el medio de investigación y/o de prueba correspondiente, y éste, conforme a las reglas del artículo 20.4 de la Ley 30077, debe ser valorado autónomamente en función, además, a los medios de investigación originales de esa causa. La valoración de la prueba trasladada que hizo el Juez del proceso del cual deriva (proceso fuente) no vincula al Juez del proceso receptor, corresponde a éste calificarla y tiene plena autonomía para su examen. Cabe enfatizar que lo que se traslada es el medio de aportación de hechos, de suerte que en el proceso receptor el juez de la causa deberá establecer la inferencia y el resultado o valoración [SUMARIA].

Esta última consideración permite reconocer como legítima que se puedan utilizar las actuaciones del proceso fuente en el proceso receptor, aun cuando el primero no estuviere concluso –en el CPCivil no se requiere, como presupuesto, la conclusión del proceso fuente–. La corroboración siempre es necesaria y tratándose de procesos por colaboración eficaz en trámite el aporte de medios de investigación

al proceso receptor se necesita una apreciación autónoma en esta sede, con los rigores y limitaciones generales previstas, en particular, para las declaraciones de coimputados.

Desde tales lineamientos, en conclusión, lo que estatuyen los artículos 476-A, 481 y 481-A CPP pueden considerarse reglas específicas de “prueba trasladada” en los casos en que el proceso fuente es el proceso por colaboración eficaz.

5.4. Valor probatorio del testimonio del colaborador.

Tradicionalmente la declaración del colaborador ha sido considerada una “prueba sospechosa y peligrosa”, que obliga a extremar las cautelas a la hora de otorgarle suficiente valor incriminatorio, pese a que es una prueba (medio de prueba) válida aunque no suficiente para enervar la presunción de inocencia (STCE 102/2008, de 28 de julio). El artículo 158.2 CPP tiene una regla, basada en criterios de experiencia, que limita la sana crítica judicial: se requiere, en adición a ese testimonio, otros elementos de prueba que racionalmente corroboren la información que los colaboradores han proporcionado.

Como criterio objetivo se exige la necesaria concurrencia de elementos corroboradores de la delación incriminatoria del colaborador, que deberían ser elemento de conformidad obtenidos de otras pruebas autónomas practicadas en el proceso con todas las garantías (testificales, periciales, documentales, etc.). No necesariamente son elementos corroboradores ni la declaración de otro colaborador o coimputado, ni siquiera varias declaraciones de coimputados coincidentes entre sí, ni la declaración de policía ante el cual se produjo la autoinculpación, ni tampoco la diligencia de careo, ni la propia futilidad o inverosimilitud de las declaraciones exculporias del delatado (SSTCE 142/2006, de 8 de mayo; 198/2006, de 3 de julio; 165/2014, de 8 de octubre; 190/2003, de 27 de octubre; y, 2335/2008, de 10 de junio). El modelo de apreciación es el de “verificación extrínseca reforzada”, en cuya virtud la corroboración exigible debe acreditar y confirmar la participación del delatado en los hechos objeto de imputación. Es necesario que dicha corroboración se predique de la participación del tercero incriminado, esto es, de su implicación en los hechos, de tal manera que permita establecer algún tipo de conexión objetiva entre este tercero incriminado y los hechos objeto de imputación (STCE 277/2006).

Los denominados “móviles espurios o bastardos” incluyen no solo el odio, la venganza, la enemistad o la auto-exculpación, sino también el deseo de obtener ventajas y beneficios penales, que pueden restar credibilidad a los testimonios

incriminadores (STSE 210/1995, de 14 de febrero). Estos últimos *per se* no invalidan su testimonio. El hecho de perseguir beneficios penales no es un dato que elimine por sí mismo la veracidad de la declaración del colaborador, pues además de que puede no ser la única razón, no implica la imposibilidad de que subsista un deseo de colaborar (STSE 2101/2002, de 13 de diciembre). Esta circunstancia no necesariamente anula la declaración del colaborador y si bien puede empañar su fiabilidad, serán convincentes y capaces de generar certeza si se colma el requisito de la necesidad de corroboración externa (STSE 887/2014, de 22 de diciembre).

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la Sentencia *Corneils* contra Holanda de 25 de mayo de 2004, estipuló que en la medida en que el delatado pudo contradecir los testimonios del colaborador y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, no habrá afectación al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías. Asimismo, en la Sentencia *Deweert* contra Bélgica, de 27 de febrero de 1980, admitió el procedimiento por colaboración en la medida en que se cumpla como requisito ineludible la ausencia de amenaza al colaborador. Es decir, declaración libre y voluntaria del colaborador, y posibilidad de contradicción de su testimonio. Las declaraciones del arrepentido, más allá de reconocer que es un arma muy importante en la lucha de las autoridades contra el crimen organizado, deben corroborarse con otras pruebas; además, los testimonios de oídas deben sustentarse en pruebas objetivas (STEDH *Labita* contra Italia, de 6-4-2000).

La declaración del colaborador en su propia sede tiene parámetros de apreciación específicos, pero carecen de eficacia procesal para ser utilizados por el juez cuando se trata de dictar sentencia en otra sede por un proceso conexo, pues propiamente no es un medio de prueba, sino simple medio de investigación. Distinto es el caso para su manejo como medio de investigación y para erigirse en información utilizable para dictar resoluciones de imputación, de medidas limitativas de derechos o de carácter intermedio –propios de la etapa intermedia–.

Empero, en los casos en que estas declaraciones configuren prueba preconstituida para su utilización en la sentencia en un proceso conexo –si y solo si cumplan, desde luego, con los requisitos de irrepetibilidad y urgencia (v.gr.: fallecimiento, enfermedad grave incapacitante, desaparición o ausencia)– como no han sido sometidas nunca a contradicción –según la ley se obtienen reservadamente (artículos 4, 11.1 y 13.1 del Reglamento, DS 007-2017-JUS, de 30-3-2017). Inicialmente se afirmó que estas declaraciones, en estos términos, no era utilizables por vulnerar la garantía de defensa procesal. Se argumentó que las exigencias de contradicción en estos casos son mayores, de suerte que la condena no puede ser, de uno u otro, apoyada en estas declaraciones si en

ningún momento del procedimiento la defensa del imputado pudo contradecir mediante su sometimiento a un interrogatorio en los términos que corresponden al derecho a ser juzgado con todas las garantías. Así lo decidió con rotundidad la STEDH Saïdi contra Francia, de 20 de septiembre de 1993. En consecuencia la declaración de un testigo de cargo que no ha sido sometida a contradicción en el proceso, siendo posible, carece, en principio, de efecto probatorio y no puede sustentar, por sí sola, una declaración de culpabilidad (STSE 279/2000, de 3 de marzo).

No obstante ello, con posterioridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos matizó esta rígida doctrina en la STEDH Al-Khawawaja y Taheri contra Reino Unido, de 15 de diciembre de 2015. Introdujo tres criterios de comprobación: **1.** Si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos. **2.** Si la declaración en cuestión sería el fundamento único o determinante para la decisión. **3.** Si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurada la equidad del procedimiento —a más importancia de las declaraciones sin contradicción más sólidos los elementos de compensación—. Los elementos de compensación están en función no solo a la coherencia, precisión y detalle circunstancial del testimonio incriminador, sino también, y preferentemente, la existencia de otras pruebas que corroboren el testimonio único o preponderante (STSE 187/2017, de 22 de marzo). Esta concepción, por lo demás, ha sido seguida por la Corte Suprema en la Ejecutoria RN 420-2018/Cajamarca, de 22-3-2018.

Como ya se anotó, una perspectiva distinta se produce cuando se trata de utilizar los testimonios de arrepentidos o colaboradores en el proceso ya abierto contra el delatado. Se está, en estos casos, ante actos de investigación con una regulación específica, que exige la reserva de las declaraciones, precisamente para cautelar el procedimiento de corroboración en sede del proceso especial por colaboración eficaz. Como son actos de investigación y legalmente está autorizada su utilización, pueden incorporarse a los procedimientos de investigación respectivos y en curso, así como sustentar una medida de coerción. Sin embargo, ante el carácter “sospechoso” y “peligroso” de este testimonio, se impone la regla de la presencia de otros medios de investigación o de prueba (anticipada o preconstituida), externos a él, que puedan corroborar lo que se atribuye al delatado.

Como se sabe, desde la dinámica argumentativa de la valoración de prueba, el juez debe (*i*) tener en cuenta el material probatorio legítimamente incorporado en el plenario (artículo 393.1 del CPP); y, (*ii*) exponer los motivos de hecho y

de derecho para que la decisión se funde no sólo en la indicación de las pruebas que la sustente, sino también en la enunciación de las razones por las que no cree atendibles las pruebas contrarias –propio de la lógica contradictoria y de la necesidad de evaluar el conjunto del material probatorio–. Ello expresa, en relación a la libre valoración judicial, la presencia de límites extrínsecos e intrínsecos –este último referido a la propia motivación.

Además, respecto del testimonio del colaborador, la ley exige pruebas de corroboración (artículo 158.2 del CPP) –accomplice evidence–. Si bien no puede negarse el carácter de medio de prueba utilizable de la declaración del colaborador, siguiendo a la Corte de Casación Italiana, de donde emanó esta institución y existe una larga tradición sobre la materia, son dos los niveles de análisis que debe realizar el juez: autenticidad intrínseca y autenticidad extrínseca. La primera, está referida, de un lado, a la valoración de la fiabilidad subjetiva del colaborador, por lo que ha de examinarse su personalidad, su situación personal y familiar, sus relaciones con los delatados y de los motivos de su colaboración y delación (Casación, Sección VI, de 23 de febrero de 1999); y, de otro lado, a la consistencia intrínseca de sus declaraciones, valorando en ellas la precisión coherencia interior, sensatez, autenticidad, espontaneidad, desinterés, persistencia y ausencia de contraste con otros elementos adquiridos (Casación, Sección VI, 11 de enero de 1997). La segunda, alude al cotejo probatorio, que no tiene que tener necesariamente la consistencia de una prueba autosuficiente, dado que en caso contrario se harían superfluas las declaraciones del colaborador (Casación, Sección VI, de 17 de octubre de 1990). El cotejo debe ser sobre datos ciertos que logren complementarse en condición de reciprocidad con la declaración del colaborador hasta fundar un juicio total de su fiabilidad –la ley no predetermina la especial y la calidad de los medios de prueba utilizados, siempre que sean idóneos para convalidar aliunde la autenticidad de la delación (Casación, de 13 de junio de 1996), por lo que se pueden utilizar todo cuando podría ser objeto de su valoración a la luz del principio de la sana crítica (Casación, Sección VI, de 18 de febrero de 1994); y, entre otros elementos de prueba están incluidos los denominados “cotejos lógicos” (Casación, Sección V, de 30 de junio de 1993), siempre que tengan carácter individualizador (Casación, Sección II, de 10 de febrero de 1997) [SFERLAZZA].

5.5. Prisión preventiva y declaración del colaborador

Es evidente que el artículo 268 CPP es la disposición rectora en materia de prisión preventiva. En pureza, este precepto establece, como acotan Roxin-Schünemann, un requisito un dos presupuestos materiales: 1. Sospecha fuerte,

grave o vehemente de la realidad del delito y de la vinculación del imputado como interviniente en el mismo. **2.** Motivos de prisión: **(i)** delito grave y **(ii)** peligrosismo procesal –peligro de fuga o peligro de obstaculización–.

La sospecha fuerte (graves y fundados elementos de convicción) responde al principio de intervención indiciaria y requiere de medios de investigación vehementes que denoten una fuerte probabilidad de la comisión del delito y de la intervención delictiva del imputado (dos reglas). Por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales [VOLK]. Opera como una *conditio sine qua non* de la adopción y el funcionamiento de la prisión preventiva (STEDH W contra Suiza, de 26-1-1993). Aquí se puede utilizar la declaración del colaborador –si la ofrece el Fiscal– en los supuestos de procesos por colaboración eficaz conclusos favorablemente al colaborador o en trámite, nunca cuando concluyó desfavorablemente. En todo caso, en sede de casación, por ejemplo, no corresponde la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la prisión preventiva (STCE 40/1987, de 3 de abril), sino únicamente el control externo del auto de prisión preventiva, si se acordó en forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución (STCE 128/1995, de 26 de julio). Recuérdese que la “cuestión de hecho” es ajena al recurso de casación.

Los riesgos a prevenir (objetivo institucional) son dos: fuga y obstaculización (sustracción a la acción de la justicia y obstrucción de la justicia penal). El objeto de la prisión preventiva importa que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines u objetivos ya indicados (STCE 47/2000, de 17 de febrero).

Los criterios relevantes para la suficiencia y razonabilidad de la motivación específica del auto de prisión preventiva son, conjuntamente, en primer lugar, las características o naturaleza del hecho y la gravedad del delito y de la pena con que se amenaza –cuando más pena conlleve el injusto penal más fuerte es el riesgo de fuga–; y, en segundo lugar, tanto las circunstancias concretas del hecho delictivo perpetrado, como las circunstancias personales del imputado –se trata de dos momentos procesales para apreciar la procedencia de la prisión preventiva– [BARONA]. El último criterio (circunstancias personales del imputado: personalidad, situación familiar, laboral y económica, y/o comportamiento frente a otras causas seguidas en su contra) no puede ser exigible, porque no se disponen de ellas, al inicio del proceso, pero sí en un momento posterior, en que ineludiblemente deben ponderarse (STEDH Neumeister vs. Austria, de 27-6-

1968, y STCE 23/2002, de 28 de enero). En esta misma línea tiene declarado la STCE 65/2008, de 29 de mayo: “si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva puede justificar que se adopte atendiendo sólo a circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto y los datos del caso concreto”. Por lo demás, las referidas circunstancias objetivas y personales en función al caso concreto deben analizarse en forma aislada sino debe hacerse en relación con los otros [LLOBET].

La evaluación de la pena previsible, desde el prisma de la tentación de huida que le es inherente –peligro de fuga–, impone individualizar la diferente participación que inicialmente haya podido tener cada imputado en el conjunto del suceso histórico atribuido, y la naturaleza del hecho punible, pues no es lo mismo un crimen pasional que un delito de terrorismo o de corrupción [GIMENO]. El riesgo concreto –no abstracto– de ocultación no resulta de una aplicación automática de la gravedad de los hechos, sino del hecho de que el imputado pueda mostrar una determinación suficientemente contumaz con la justicia, en función a las “circunstancias concretas del caso”. La tentación de huida disminuye conforme se contrae la participación que el imputado haya podido tener en los hechos investigados, pero además se requiere analizar si tiene o no un arraigo personal, laboral y social en la localidad –es lo que se denomina “circunstancias de arraigo”– (AATSE de 9-11-2017 y de 4-12-2017: magistrado LLARENA CONDE).

La pena amenazada sólo puede justificar la prisión preventiva si de ella –y teniendo en cuenta el resto de factores– se deducen elementos de convicción bastantes de que el encausado intentará huir: pero entonces será esto último, y no una determinada pena amenazada, lo que resulta acreditado y verdaderamente justifica la medida de coerción. Y ello, desde luego, fundado en hechos concretos, no en abstracto [SÁNCHEZ-VERA].

La necesidad de conjurar el riesgo de destrucción del patrimonio probatorio –que es una causal de mucho menor importancia que el peligro de fuga e, igualmente, se deduce del análisis particularizado del caso concreto y de la propia persona del imputado [LLOBET]– requiere que la prisión preventiva se acomode al fin perseguido con ella, y que el auto de coerción exprese hasta qué punto la prisión preventiva es útil a los fines perseguidos en el caso concreto. Ha de configurarse acciones por el imputado orientadas a la hipotética destrucción de los vestigios derivados de su intervención en el delito (AATSE de 9-11-2017 y de 4-12-2017: magistrado LLARENA CONDE).

Se necesita, primero, que las fuentes de prueba que se pretenden asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento; y, segundo, que el peligro de la actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, peritos o quienes pudieran serlo [GIMENO].

6. Personas jurídicas y proceso por colaboración eficaz

La Decimotercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30737, de 12-03-2018, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos, autorizó la celebración de Acuerdos de Colaboración Eficaz con las personas jurídicas o entes jurídicos y definió los beneficios premiales al que pueden acceder. Esta Ley tiene como alcance a las personas jurídicas o entes jurídicos condenados por delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; a los funcionarios o representantes condenados por estos delitos; a los que directa o través de sus representantes hubiesen admitido o reconocido la comisión de estos delitos; y, a las personas jurídicas o entes jurídicos vinculados a las primeras (artículo 1).

Sin embargo, la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la citada Ley 30737 modificó nueve artículos del CPP referidos al proceso por colaboración eficaz: artículos 472 al 475 y artículos 476-A al 480 del CPP. El nuevo artículo 472 del CPP incorporó expresamente a la persona jurídica como sujeto procesal apto para acogerse al proceso por colaboración eficaz. Las personas jurídicas pueden encontrarse o no sometidas a un proceso penal –incluso, condenadas–.

Los delitos que pueden ser objeto del Acuerdo de Colaboración y Beneficios pueden ser los señalados en la última reforma legal de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, Ley 31740, de 13-05-2023, integran un bloque de cinco grupos de delitos:

1. Artículos 199, 226, 384, 397, 397-A, 398 y 400 del CP: contabilidad paralela, atentados contra monumentos arqueológicos, extracción ilegal de bienes culturales, colusión desleal, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias.
2. Artículos 1 al 6 del Decreto Legislativo 1106 –modificado parcialmente por el Decreto Legislativo 1249, de 26-11-2016 (lavado de activos: conversión

y transferencia; ocultamiento y tenencia; transporte, traslado, ingreso o salida de dinero o títulos valores de origen ilícito; circunstancias agravantes de los delitos anteriores; omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas; y, rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información).

3. Artículos 1 al 8 y 10 de la Ley 28008, Ley de delitos aduaneros: contrabando, modalidades específicas de contrabando, contrabando fraccionado, defraudación de rentas de aduana, modalidades específicas de defraudación de rentas de aduana, receptación aduanera, financiamiento de delitos aduaneros, tráfico de mercancías prohibidas o restringidas y delitos aduaneros con agravantes.
4. Artículos 1 al 5-D del Decreto Legislativo 813, Ley Penal Tributaria: defraudación tributaria básica; modalidades específicas de defraudación tributaria; defraudación tributaria mediante simulación; incumplimiento de registros contables; falsedad de información para obtener comprobantes de pago, guías de remisión, notas de créditos o notas de débito; almacenamiento de bienes en lugar no declarado; confección, obtención, venta o facilitación, no autorizada, de comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de débito; y, defraudación tributaria básica y modalidades específicas de defraudación tributaria con agravantes.
5. Artículos 2 al 6-B y 8 del Decreto Ley 25475, de delitos de terrorismo: terrorismo básico; terrorismo con agravantes; colaboración terrorista; financiamiento terrorista; integración a organización terrorista; instigación terrorista; reclutamiento terrorista; conspiración terrorista; y, obstaculización de acción de la justicia en delitos de terrorismo.

El nuevo artículo 3 de la Ley 30424, según la Ley 31740, como ya se explicó oportunamente, dispone que la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas se aplica por los delitos antes citados y siempre que: (1) hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta y (2) en su beneficio, directo o indirecto. Las personas naturales que comprometen a la persona jurídica son (1) socios directores, administradores, representantes legales y apoderados; (2) el que está sometido a la autoridad y control de los anteriores y haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización; y, (3) el anterior, cuando el delito fue posible porque los primeros han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control.

Conforme al apartado 4 del artículo 473 del CPP, los representantes, socios o integrantes de la persona jurídica sometida al proceso por colaboración eficaz pueden ser pasibles de medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones de corroboración, la conclusión exitosa de este proceso y su seguridad personal.

El beneficio premial al que puede aspirar la persona jurídica está en función a los delitos que lo comprenden, citados *up supra*. Pueden ser, según el grado de eficacia o importancia de la colaboración: **1.** Exención de medidas administrativas. **2.** Disminución de los parámetros mínimos establecidos. **3.** Remisión de las medidas impuestas que esté cumplimiento y los beneficios establecidos en las normas especiales que lo regulan. La información proporcionada por el colaborador (persona natural o jurídica) puede arrojar indicios suficientes de participación delictivas de las personas que sindicó o de otras personas, naturales o jurídicas. De ser así, ello será materia de la correspondiente investigación para su persecución penal.

Si el juez aprueba el acuerdo, y si éste comprende exención de medidas administrativas, así lo declarará y, además, levantará las medidas de coerción dictadas en contra de la persona jurídica colaboradora. La medida administrativa disminuida, producto del acuerdo aprobado judicialmente, seguirá ese mismo trámite.

Cuando la colaboración se inicie con posterioridad a la sentencia condenatoria, el juez de la investigación preparatoria podrá conceder a la persona jurídica la remisión de la medida administrativa o la conversión de cualquier medida por multa, con excepción de la medida de inhabilitación definitiva para contratar con el Estado o la disolución. De igual manera, en los supuestos precedentes, se podrá aplicar como beneficio la disminución y exención de las medidas previstas 1, 3, 4 y 5 del artículo 105 del Código Penal: clausura de locales o establecimientos, suspensión de actividades, prohibición futura de realizar determinadas actividades, y multa. Esta disposición (Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30737) importa que el proceso por colaboración eficaz también es posible cuando se trata de los supuestos del artículo 105 del Código Penal: hecho punible cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo.

IX. PROCESO CON ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES: ORGANIZACIÓN CRIMINAL

1. Aspectos generales

1.1. Preliminar

La Ley contra el crimen organizado, que tiene una preponderancia procesal penal y, además, de claro contenido restrictivo de derechos bajo la justificación de (i) la gravedad de los delitos que perpetra una organización criminal y (ii) la complejidad y dificultad de su esclarecimiento –detección, investigación, enjuiciamiento y, en su caso, castigo de los culpables–, ha sido objeto de un progresivo o sucesivo conjunto de disposiciones legales dictadas en cortos periodos de tiempo. La disposición matriz es la Ley 30077, de 20-08-2013, con fuentes en el Derecho comparado latinoamericano, con leyes similares en México, Colombia, Nicaragua y Costa Rica [PRADO SALDARRIAGA]. En efecto, se han promulgado y publicado seis normas modificatorias con rango de ley. Así: **1.** Ley 30096, de 22-10-2013. **2.** Ley 30133, de 20-12-2013. **3.** Decreto Legislativo 1244, de 29-10-2016. **4.** Decreto Legislativo 1342, de 07-01-2017. **5.** Ley 30963, de 18-06-2019. **6.** Decreto Legislativo 1607, de 21-12-2023. Lo central es que las sucesivas reformas no modificaron la definición y los criterios para determinar, para efectos procesales, cuándo existe una organización criminal. Cabe aclarar que el artículo 2 de la Ley tiene una naturaleza de norma programática [PRADO SALDARRIAGA], distinto del tipo delictivo de organización criminal, cuya última disposición legal que lo reguló, tras cinco modificaciones previas, fue el Decreto Legislativo 1611, de 21-12-2023 –inicialmente la denominación del delito era asociación ilícita, pero a partir del Decreto Legislativo 1244, de 29-10-2016, se cambió a organización criminal (antes, no lo hizo la propia Ley 30077)–.

1.2. Concepto de organización criminal

La Ley n.º 30077, de 20-08-13, considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la acotada Ley (artículo 2, inc. 1). La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, y debe orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal (artículo 2, inc. 2).

Desde una perspectiva teórica se entiende por criminalidad organizada toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Además, estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico [PRADO]. Esta definición se entronca con mayor precisión en el esfuerzo europeo que se concretó en la denominada Acción Común de 21/12/1998 relativa a la Tipificación Penal de la Participación en una Organización Delictiva en los Estados Miembros de la Unión Europea; y, finalizó en la configuración mundial definida en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo-Italia, de 15-11-00, ratificada por Naciones Unidas el 21-02-02.

El legislador nacional en la definición auténtica de organización criminal estatuida por el artículo 2 de la Ley, en pureza, no crea un tipo legal, circunstancia agravante o subtipo agravado, pues no prevé una pena penal ni se remite a sanción penal alguna: no deroga, modifica o, siquiera, adiciona un párrafo, al tipo legal de asociación ilícita –aunque, en efecto, modifica ese tipo penal, pero sin incorporar referencia alguna a lo estableció en los artículos 2 y 3–. Solo tiene por cometido reforzar la persecución de las organizaciones criminales y endurecer el derecho penal de ejecución.

A partir de la referida ley, como norma-base de este subsistema –en tanto en cuanto se han configurado un conjunto de disposiciones anteriores y posteriores a ella: las fijadas en el CPP, en la Ley n.º 30076, de 19-08-13, y los D. Leg. n.º 1180 y 1182, de 07-07-15–, se tiene que este fenómeno criminal parte de una doble configuración esencial: (i) la existencia de una organización, que supone una estructura distinta de sus miembros –división de funciones, tareas: relaciones de coordinación y de subordinación– para una finalidad común: obtención de lucro ilícito a través de la comisión de delitos graves –lo que presupone una actuación al margen del ordenamiento jurídico y una estabilidad en el tiempo de la misma, entendidas como “capacidad de mantenerse en el tiempo mientras dure la voluntad de los asociados” [FARALDO]–; y, (ii) la permanencia de la organización más allá de sus miembros: fungibilidad –carácter autorrenovable de la organización criminal–. Ello, a su vez, en la medida en que se independice el injusto realizado por la conformación, creación o pertenencia a una organización criminal –injusto

de organización criminal— y se asuma como figura o figuras concurrentes las conductas realizadas por la comisión de los delitos concretos (delitos-fin, delitos-medios, delitos de encubrimiento, delitos de favorecimiento) —injusto personal—, se habilita con mayor precisión a los operadores jurídicos la utilización de técnicas especiales de investigación, dada la mayor gravedad de la conducta completa perpetrada [ZÚÑIGA].

Se afirma, en estos casos y frente a tal confluencia típica, el mayor peligro que la agrupación coordinada de esfuerzos supone para los bienes jurídicos correspondientes, al facilitar la comisión de los delitos, incrementar la dimensión lesiva y repercusión criminal y social de los mismos y favorecer la impunidad de quienes los cometen [GONZÁLEZ RUS], lo que a su vez obliga a la utilización instrumentos procesales más intensos. Con la ley se busca el desmantelamiento de la organización criminal.

La independización del injusto de organización, a los solos efectos funcionales de garantizar objetivamente el empleo de este proceso especializado, se da, por cierto, a partir de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la referida Ley, que asumen, en todo caso, una definición instrumental de organización criminal. La persecución de dichas conductas desde esta doble perspectiva —de injusto de organización e injusto personal— es posible hacerlo aplicando concurrentemente el modificado artículo 317 CP sobre asociación ilícita, aunque por cierto no existe una coincidencia total entre ambas figuras, pero resulta plenamente factible utilizar ese tipo legal conjuntamente con el injusto personal cometido. Es obvio que el crimen organizado es un supuesto —no elevado a una concreta figura penal por la vigente legislación— más compleja y con mayores o más requisitos —que ganan en intensidad— que el delito de asociación ilícita —aunque este lo comprende, pues las mayores exigencias de la organización criminal respecto de la asociación ilícita no lo excluyen de por sí—. En consecuencia, y en lo pertinente, es posible invocar la aplicación este último delito cuando se trata de la persecución y sanción del crimen organizado en los marcos de la legislación examinada.

1.3. Delitos comprendidos

El artículo 3 de la Ley 30077 ha sido modificado en cuatro oportunidades. La última es la dispuesta por el Decreto Legislativo 1607, de 21-12-2023. La lista expresa de delitos específicos sujetos a la Ley contra el crimen organizado progresivamente ha ido aumentando —en tanto en cuanto, instrumentalmente, se cometan en los marcos de una organización criminal, definida auténticamente

en la Ley, sea a título de *(i)* integrantes de la misma, de *(ii)* personas vinculadas a ella o *(iii)* que actúan por encargo (el encargo puede ser temporal, ocasional o aislado) y orientado a la consecuencia de sus objetivos criminales (artículo 2)–. Los delitos, de un lado, están contemplados en veintidós numerales, que conforman los delitos más relevantes contra bienes jurídicos fundamentales, individuales y colectivos, contra los individuos, la sociedad y el Estado, y económicos y contra la humanidad, etcétera; y, de otro lado, los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstas en el citado artículo.

El Decreto Legislativo 1607 incorporó treinta y ocho delitos. Se trata de los siguientes delitos: **1.** Delitos de tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre, especies acuáticas y recursos genéticos, con circunstancias agravantes (artículo 309 del Código Penal). **2.** Delitos de trata de personas y explotación (artículos 129-A al 129-P del Código Penal) y de proxenetismo (artículos 179, 180 y 181 del Código Penal). **3.** Delitos Aduaneros (artículos 1, 3, 4, 6, 7 y 8 de la Ley 28008). **4.** Delitos contra los Derechos Intelectuales (artículos 217 último párrafo, 218, 220, 220-D, 220-E, 220-F, 222, 223 y 225 del Código Penal). La lista global de los delitos comprende los siguientes: homicidio calificado, sicariato y conspiración (artículos 108, 108-C y 108-D del Código Penal); secuestro (artículo 152 del Código Penal); violación del secreto de las comunicaciones (artículo 162 del Código Penal); delitos contra el patrimonio (artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal: hurto con agravantes, robo con agravantes, receptación con agravantes y defraudación); pornografía infantil (artículo 183-A del Código Penal); extorsión (artículo 200 del Código Penal); usurpación (artículos 202 y 204 del Código Penal); delitos informáticos (Ley 30096, de 22-10-2014; modificada por la Ley 30171, de 10-3-2014, por la Ley 30838, de 04-08-2018, por el Decreto Legislativo 1591, de 13-12-2023, y por el Decreto Legislativo 1614, de 21-12-2023); delitos monetarios (artículos 252, 253 y 254 del Código Penal); tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y otros (artículos 279 y 279-A al 279-D del Código Penal); delitos contra la salud pública (artículos 294-A y 294-B del Código Penal); tráfico ilícito de drogas (Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal); tráfico ilícito de migrantes (artículos 303-A y 303-B del Código Penal); delitos ambientales (artículos 307-A al 307-D, 309, 310-A y 310-C del Código Penal); marcaje o reglaje (artículo 317-A del Código Penal); genocidio, desaparición forzada y tortura (artículos 319 al 321 del Código Penal); delitos contra la Administración Pública (artículos 382 al 384, 387, 393,

393-A, 394 al 397-A y 398 al 401 del Código Penal); falsificación de documentos (artículo 427 primer párrafo del Código Penal); lavado de activos (artículos 1 al 6 del Decreto Legislativo 1106, modificado por la Ley 30077, de 20-08-2013, el Decreto Legislativo 1249, de 26-11-2016, el Decreto Legislativo 1367, de 29-7-2018, y la Ley 31178, de 28-4-2021); y, los delitos de trata de personas, explotación y proxenetismo; aduaneros; y, contra los Derechos Intelectuales, ya indicados.

2. Aspectos procesales de la criminalidad organizada

2.1. Ámbito de aplicación

Rigen tanto las normas de la ley especial como las disposiciones del CPP –con sus respectivas modificaciones dictadas al efecto–, para aquellas personas que integran, se encuentran vinculadas o actúan por encargo de una organización criminal, que se hallan sometidas a una investigación y proceso penal, de conformidad con el artículo 4° de la Ley n.° 30077. Se descarta por completo, en cualquier supuesto, la aplicación del ACPP.

La definición del fuero competencial material, en cuanto presupuesto del órgano jurisdiccional referido a la competencia penal, está normado por la Ley n.° 30133, de 20-12-13. Esa Ley estatuyó, en cierta concordancia con el artículo 24 CPP, que el conocimiento del crimen organizado corresponde a la Sala Penal Nacional y los Juzgados Penales Nacionales, siempre que el delito o sus efectos tengan repercusión nacional o internacional y, por tanto, den lugar a un proceso complejo; luego, los casos que no importen esos dos requisitos: repercusión nacional o internacional y complejidad –aunque, desde ya, todo proceso contra la criminalizada organizada es complejo: artículo 6 de la Ley n.° 30077–, son de conocimiento de los órganos jurisdiccionales de cada Corte Superior.

La Ley en referencia debe analizarse en bloque con los cambios producidos por la anterior Ley n.° 30076 y los posteriores Decretos Legislativos n.° 1180 y 1182. Así, no solo se configura un procedimiento con especialidades procedimentales, sino que el propio proceso común se ve modificado con una clara vocación general de “mejorar” o rodear de mayor claridad y eficacia a numerosas instituciones del proceso penal, especialmente en el ámbito de las medidas coercitivas –proceso de coerción–, de las medidas instrumentales restrictivas de derechos –búsqueda de prueba y restricción de derechos–, de los actos de investigación especiales y del derecho probatorio penal.

Se busca, de esta forma, poner al día el proceso penal para este nuevo fenómeno delictivo grave desde una perspectiva de eficiencia y firmeza o solidez de la persecución penal del mismo.

2.2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado

La Ley n.º 30076, en lo pertinente y en lo que, por extensión, es propio para el proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado, incorporó dieciséis cambios, sin perjuicio de las modificaciones que inciden en el derecho procesal de ejecución –con clara vocación restrictiva– y en el proceso auxiliar de cooperación judicial internacional. Son los siguientes:

- A.** La titularidad de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, encuentra una precisión, respecto a las relaciones con la Policía. El incorporado apdo. 4 del artículo II del TP CPP obliga al fiscal a tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la PNP, fijada en el ordenamiento, de tal suerte que no es posible disponer una comisión investigativa a un órgano policial no habilitado legalmente para una determinada clase de delitos.
- B.** La investigación del delito, bajo la conducción del MP, impone la colaboración con la PNP, en forma conjunta y coordinada. A estos efectos la Fiscalía debe diseñar protocolos de actuación. Con esta finalidad el fiscal de la Nación ha de dictar las correspondientes “Instrucciones Generales” y coordinará con el órgano policial encargado de la coordinación con el MP. El problema, que pretende superar la Ley, empero, siempre estará sujeto a tensiones y, a final de cuentas, al modo de entender la dirección jurídica y la conducción de las investigaciones como base del señorío del fiscal respecto de esa etapa procesal. Por lo demás, es distinto mencionar un reglamento de ordenación de diligencias y, de otro lado, un protocolo de actuaciones.
- C.** Sobre la base de que es el fiscal quien decide la estrategia de investigación del caso concreto, sin embargo, deberá escuchar las recomendaciones que, al efecto, le brinde la PNP. En esta perspectiva, el Informe Policial debe indicar, cuando estas se hayan emitido, su contenido y resultado. El principio de legalidad guía la actividad de investigación, al que se someten el MP y la PNP. Ello impone capacitaciones conjuntas en lo que al ámbito de coordinación corresponde.

- D.** El artículo 67 CPP fija el marco de la función policial de investigación del delito. La nueva Ley solo cambió la frase “en su función de investigación”, por la frase “en cumplimiento de sus funciones”. Esta última aclaración no es razonable, primero, porque la policía tiene su marco de relación de subordinación funcional con el MP exclusivamente en el ámbito investigativo; y, segundo, porque en las demás funciones policiales, no existe vínculo alguno.
- E.** El abogado defensor, en el ejercicio de su misión de defensa o patrocinio, está prohibido de recurrir a mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la impartición de justicia. Esta adición al artículo 84 CPP, si bien ratifica el principio de moralidad procesal, es reiterativo de la prohibición genérica establecida por la Ley Procesal Común, el artículo 112.6 CPC, sobre la actuación de mala fe procesal o temeridad.
- F.** El artículo 85 CPP ha sido ampliamente reordenado. Primero, se precisó en el caso de diligencia no inaplazable que el abogado de oficio designado exige la reprogramación de la diligencia por una sola vez. *Mutatis mutandis*, tal reprogramación también se dará en el caso de la designación de un nuevo abogado de confianza. Eso porque se construyó mal la frase del último extremo del segundo apartado; en vez de una coma, debió consignarse un punto seguido y, de este modo, evitar el gerundio. Segundo, la inasistencia del defensor que no asiste injustificadamente a una diligencia o que abandona la diligencia que se está realizando (amonestación, multa y suspensión). Tercero, la renuncia del defensor no lo libera de participar en diligencias urgentes a las que ha sido citado, y la renuncia debe ser puesta en conocimiento del juez en el término de 24 horas antes de realización de la diligencia. Cuarto. La aplicación de la sanción es de conocimiento y registro por la Presidencia de la Corte Superior –lógica de lo que se denomina *dación en cuenta*–, y la ejecución efectiva es atribución del Colegios de Abogados. Un símil se procederá, como es obvio, aunque no se diga, respecto de la Corte Suprema.
- G.** En materia de confesión se incorpora a los presupuestos formales o intrínsecos de la confesión las notas de sinceridad y espontaneidad, que importan, primero, la aceptación de cargos sin ocultar nada conocido por el imputado respecto del hecho, de sus circunstancias o de la intervención de otras personas; y, segundo, que sea voluntaria o de propio impulso, es decir, sin precisiones y, obviamente, en la primera oportunidad, sin reticencias ni

demoras. De otro lado, el efecto premial de la confesión –la cual siempre será sincera y espontánea–, no funcionará en un tercer supuesto: la reincidencia o habitualidad del imputado. Tal disposición, a nuestro juicio, es irrazonable y discriminatoria, puesto que la lógica premial de la institución no está en función a la condición personal del imputado –a su culpabilidad como categoría del delito–, sino a los beneficios para la persecución penal. No se está, propiamente ante una circunstancia atenuante privilegiada –el nuevo artículo 49 CP incluso la considera, pese a tratarse de un supuesto más exigente, como una circunstancia de atenuación simple–, sino ante un beneficio premial de carácter procesal por su incidencia en el proceso. Estas normas ya son de vigencia generalizada.

- H. El desarrollo del interrogatorio del testigo (artículo 170 CPP) permite, en el momento del contrainterrogatorio –por parte del defensor a cuya parte afecta la exposición del primero–, preguntas sugestivas. Se entiende por tales, aquellas preguntas que importan introducir en el ánimo del testigo alguna idea, insinuándosela o haciéndole caer en ella. Entiendo que esta introducción es, sencillamente, nefasta, pues intenta hacer caer y torcer la lógica declarativa de un testigo, dominando su voluntad. Ganará, con ello, la habilidad del interrogador y no el esclarecimiento de los hechos.
- I. La pertenencia del imputado a una organización criminal –o su reintegración a ella– ya no es un presupuesto material flexibilizado para dictar prisión preventiva, siguiendo el modelo germano, sino solo un supuesto de peligro de fuga. Se entenderá, empero, a estos efectos, que debe acreditarse, a nivel semipleno o de mera probabilidad, que existe el riesgo de que el imputado podrá utilizar los medios que le brinde la organización criminal para facilitar su fuga. Es preocupante que no incluya el peligro de obstaculización, toda vez que el artículo 270.3 CPP solo reconoce el supuesto de inducción, no de actuación autónoma de la organización, que por lo demás no requiere de una inducción de uno de sus miembros para actuar.
- J. En materia de prolongación de la prisión preventiva, la Ley n.º 30076 precisó que la especial dificultad o prolongación incide tanto en la etapa de investigación preparatoria, cuanto en las etapas intermedia, de enjuiciamiento e impugnativa del proceso penal declaratorio de condena. Empero, la reforma perdió la brillante oportunidad para precisar que el plazo de la prisión preventiva se paraliza o interrumpe cuando el Tribunal de Apelación o de Casación anula la sentencia, el juicio y/o remite la causa para una ampliación de la investigación preparatoria o, en todo caso,

para fijar un nuevo plazo especial. Cabe aclarar que “término” identifica el concreto momento en que debe realizarse una determinada actuación procesal mediante la indicación de la fecha e, incluso, hora en la que debe practicarse, mientras que el “plazo” abre la posibilidad de su práctica o realización dentro de un espacio o lapso temporal fijado para su posible desarrollo, a partir de la indicación de su fecha de inicio – *dies ad quo* y, por tanto, fecha en la que ha de iniciarse el cómputo– y de finalización –*dies ad quem*– o día a partir del cual el plazo ha de entenderse agotado [LÓPEZ YAGÜES]. Todas las normas sobre prisión preventiva son de vigencia generalizada.

- K.** La comparecencia simple se dictará cuando, primero, el fiscal no solicita la prisión preventiva; y, segundo, de mediar solicitud de prisión preventiva, no concurren sus presupuestos materiales. El fiscal y el juez deben motivar su decisión. Es obvio que la segunda decisión será la única que merezca tal motivación reforzada. Por otro lado, en concordancia con el artículo 287 CPP, la comparecencia restrictiva se aplicará solo si el peligro de fuga o de obstaculización puede razonablemente evitarse: solo podrá optarse por ella en el supuesto segundo. Otra restricción que puede imponerse es la de prohibición de comunicación o de aproximación a la víctima o de otras personas –no solo delitos de violencia doméstica si no otros ilícitos penales que puedan importar afectar el entorno jurídico de aquella–, siempre que en este último caso no peligre irrazonablemente el derecho de defensa.
- L.** El desalojo preventivo, en cuanto medida de coerción real de carácter anticipada, una vez impuesto y la resolución esté firme se ejecuta dentro del término de 72 horas de concedida. Lo inmediato del desalojo a que se refiere el apdo. 5 del artículo 311 CPP cuando la Sala Superior así lo dispone, debe tomar en cuenta ese plazo –por error se dice ‘término’–. Esta norma es de vigencia generalizada.
- M.** El plazo ordinario de las Diligencias Preliminares ya no es de 20 días sino de 60 días. Este puede ser superior, por decisión del fiscal, cuando las características, complejidad y circunstancias de los hechos de investigación así lo aconsejen. El reclamo del afectado se efectuará ante el juez de la investigación preparatoria.
- N.** El artículo 386 CPP solo trae una corrección obvia. La conclusión es del debate probatorio, no del examen del acusado, que por lo demás es el

primer acto del debate probatorio, no el último, que se circunscribe a la inspección judicial, reconstrucción y/o prueba de oficio.

- Ñ. La confesión que determina la concurrencia premial con el premio por terminación anticipada es solo aquella útil y anterior a la celebración del juicio. En pureza, lo expuesto es obvio, pero también limitado. La lógica de la confesión como beneficio premial ya está regulada en el nuevo texto del artículo 161 CPP y con mayor propiedad, no hacía falta una regulación pretendidamente *ad hoc*. De otro lado, en la misma línea de esa norma, se excluye a los reincidentes y habituales –lo que merece nuestra censura–; y, en lo atinente a la terminación anticipada, se excluye a los integrantes, vinculados o a quienes actúen por encargo de una organización criminal –que también es reprochable porque se confunde un premio procesal con una atenuación privilegiada–.
- O. El nuevo artículo 119-A CPP estipula, en lo nuevo, que por excepción es posible realizar el juicio, en lo que respecta a la presencia del acusado, mediante el sistema de videoconferencia, siempre que el traslado del reo en cárcel presente dificultades por la distancia entre la sede de la audiencia y la ubicación del establecimiento penal, o porque exista peligro de fuga. Ello significa, de un lado, la existencia de dos locales de audiencia; real y virtual, y que el reo podrá observar, e intervenir si correspondiere, pero desde el establecimiento penal u otra sede factible en todas las incidencias de la audiencia. Ello presupone la imposibilidad de realizar el juicio en una sede judicial contigua al establecimiento penal. Cabe acotar que el artículo 381 CPP, no modificado, se pone el caso de testigos y peritos que se encuentren en lugar distinto al del juicio, en que será posible tomarles declaración o examinarlos mediante videoconferencia. En caso de órganos de prueba protegidos también es viable la recepción de su declaración o examen este método (artículo 248.2e CPP).

La Ley n.º 30077 introdujo seis cambios específicos –que dan lugar a un ‘proceso con especialidades procedimentales’– en: **(i)** el plazo de las diligencias preliminares e investigación preparatoria formal; **(ii)** en las medidas instrumentales restrictivas de derechos –el CPP, bajo inspiración italiana, las denomina “búsqueda de pruebas y restricción de derechos”– de interceptación postal, intervención de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil e incautación; **(iii)** en los actos especiales de investigación, a los que incorporó los actos de seguimiento y vigilancia, la información por las personas públicas y

privadas –morales y naturales–; (iv) en el derecho probatorio: incorporación de la prueba trasladada y en las pruebas del extranjero. De otro lado, (v) estableció que rige el CPP –la aplicación del CPP para este procedimiento se generalizó– y que la competencia corresponde a la Sala Penal Nacional –es un ‘fuero ordinario especial’–; además, (vi) adelantó la vigencia las medidas de protección y el proceso por colaboración eficaz.

El D. Leg. n.º 1180 reguló el establecimiento y otorgamiento del beneficio de recompensa a favor de ciudadanos colaboradores que brinden información oportuna e idónea que permita la búsqueda, captura y/o entrega de miembros de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúen por encargo de la misma. A partir del artículo 2 esta figura del informante o confidente se residencia en todas aquellas personas no vinculadas a las Fuerzas del Orden y de aplicación de dicha norma, así como no relacionadas a los delitos en cuestión –de ser así, serían colaboradores eficaces o arrepentidos–. El artículo 7 determinó que la información que proporciona tiene el carácter de secreta y el mismo tratamiento jurídico del artículo 15 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, esto es, que no es posible que ninguna persona o autoridad acceda a esa información. Esto último significa que el informante, en los marcos de esta ley, no puede ser identificado ni prestará declaración en el proceso. Esa información ha de ser absolutamente corroborada por las actuaciones investigativas que al efecto se lleven a cabo. La referida revelación, por consiguiente, es solo útil para dar pistas a la investigación, será objeto de investigación. Ni siquiera el policía puede incorporar esos datos vía testifical de referencia.

El D. Leg. n.º 1182 autorizó, como una medida instrumental restrictiva de derechos, primero, la geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar a instancia de la Policía, con la ulterior aprobación judicial a pedido del fiscal, siempre en delitos flagrantes y por razones de estricta necesidad; y, segundo, la remisión de los datos conservados por los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y las entidades públicas relacionadas con estos servicios, y relativos a la información almacenada en dichas empresas o entidades, derivados de las telecomunicaciones, por espacio de tres años, se obtendrá previo mandato judicial a instancia de la Fiscalía. Los datos en cuestión, aludidos en el punto segundo se refieren a: los números telefónicos, el titular del servicio telefónico, el lugar tanto de la llamada cuanto de su recepción, y la duración de la comunicación en referencia.

La misma Ley n.º 30077 incorporó, de otro lado, doce cambios en el CPP, que rige para todo el ordenamiento procesal penal. Son los siguientes:

- A.** La interceptación e incautación postal, producido el mandato judicial, la apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el fiscal considere más conveniente para los fines de la investigación –ya no será en la Oficina Fiscal, como era antes–. El control de comunicaciones: intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación, incluye ahora la geolocalización de teléfonos móviles. El cambio importa, además, que el ejecutante del control es la Fiscalía o la dependencia policial que se indique –ya no se trata de personas–; que la comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones será mediante oficio en la que se transcribirá la parte pertinente de la resolución autoritativa; que los concesionarios deben facilitar en forma inmediata lo ordenado en tiempo real y en forma ininterrumpida, todos los días del año, y sus servidores deben guardar secreto, salvo que se les cite como testigos; que los concesionarios deben otorgar el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las comunicaciones de la PNP, incluso al renovar sus equipos; que el plazo de la interceptación es no superior a 60 días –antes era de treinta días–, que puede renovarse por plazos sucesivos a instancia del fiscal por el juez de la investigación preparatoria.
- B.** El control de comunicaciones: intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. El cambio importa, además, que el ejecutante del control es la Fiscalía o la dependencia policial que se indique –ya no se trata de personas–; que la comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones será mediante oficio en el que se transcribirá la parte pertinente de la resolución autoritativa; que los concesionarios deben facilitar en forma inmediata lo ordenado en tiempo real y en forma ininterrumpida, todos los días del año, y sus servidores deben guardar secreto, salvo que se les cite como testigos; que los concesionarios deben otorgar el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el “Sistema de Intervención y Control de las comunicaciones de la PNP”, incluso al renovar sus equipos; que el plazo de la interceptación es no superior a 60 días –antes era de treinta días–, que puede renovarse por plazos sucesivos a instancia del fiscal por el juez de la investigación preparatoria.
- C.** El registro de la intervención de comunicaciones se asegura mediante grabación. Lo recolectado –se utiliza indebidamente el término anglosajón

de ‘evidencias’ en vez de decir ‘prueba material’– se entrega al Fiscal, quien debe conservarlas; durante la ejecución de los denominados “actos de recolección y control de las comunicaciones” se dejan constancia en el acta; que el fiscal –indebidamente se consigna la intervención en esta fase del juez, pues no interviene en la misma– ordenará la transcripción de los datos relevantes en acta propia, sin perjuicio de conservar la grabación completa, siendo el juez quien dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes, si la investigación no se formaliza el fiscal hará lo propio; que el fiscal, con celeridad e inmediatez, comunicará al juez las grabaciones que se refieran a otros delitos; que las actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.

- D.** En orden a las medidas de protección adicionales, y cuando se trata de organizaciones criminales, el fiscal, una vez finalizado el proceso, decidirá la continuación de las mismas, salvo que se trate de “reserva de identidad”, que tendrán carácter permanente.
- E.** En lo concerniente a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, se comprende los bienes y ganancias materia del D. Leg. n.º 1106 –antes era la Ley n.º 27705–.
- F.** En lo relativo al agente encubierto, la identidad supuesta es entregada por el fiscal –no por la Dirección General de la PNP– y por el plazo de seis meses, prorrogables por el mismo por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo.
- G.** El plazo ordinario especial de la investigación preparatoria para procesos complejos es de ocho meses, mientras que para organizaciones criminales es de 36 meses. La prórroga por un plazo igual la decide el JIP. Además, un supuesto de complejidad se refiere a cuando se comprendan los delitos materia de esta Ley n.º 30077, a los integrantes, los que actúan por encargo y los vinculados a organizaciones criminales.
- H.** Los delitos objeto del proceso por colaboración eficaz son, además, los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia.
- I.** En lo atinente al registro de la intervención de comunicaciones, si durante su ejecución se toma conocimiento de delitos contra la vida e integridad personal, y cuando se trata de delitos de terrorismo, TID y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el fiscal excepcionalmente, dando cuenta

al juez para su convalidación, incorporará dicho número al procedimiento de intervención ya existente, siempre y cuando el JIP en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

- J. En cuanto a las medidas de protección, podrá adoptarse la salida del país con una calidad migratoria que permita al extranjero y/o sus familiares residir temporalmente o realizar actividades en el extranjero.
- K. Un acto de investigación especial nuevo es la denominada “operación encubierta” focalizada en la criminalidad organizada para identificar bienes y personas. Estas serán la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general –incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible– entre otros procedimientos, incluso la creación ficticia de personas jurídicas o la modificación de las existentes. Se abrirá un registro especial y las actuaciones sobre este acto de investigación especial no formarán parte del expediente, sino un cuaderno secreto, al que tendrán acceso los fiscales y jueces competentes.
- L. Del proceso por delito de lavado de activos y otras formas de crimen organizado, lamentablemente, se eliminó la institución de la “búsqueda selectiva en bases de datos”, que incorporaban que la Policía, por si o a instancia del fiscal, realizará comparaciones de datos registrados en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público; y, si se trata de acceso a información confidencial o del análisis cruzado de las bases de datos, deberá mediar autorización judicial. Es absurda esta derogatoria del artículo 15 de la Ley de lavados de activos, D. Leg. n.º 1106.

2.3. La investigación preparatoria

2.3.1. Plazo de las diligencias preliminares

El plazo es de sesenta días para todo delito vinculado a una organización criminal. El fiscal puede fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación (artículo 5, num. 1, de la Ley n.º 30077). De conformidad con el artículo 334, inc. 2, del CPP, corresponde al juez, en caso de impugnación del plazo fijado por el fiscal, concretar la razonabilidad del mismo y para ello evalúa la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios, la

magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta (artículo 5, num. 2, de la Ley n.º 30077).

2.3.2. Carácter complejo

Distinto es el plazo de la investigación preparatoria formalizada –luego de la inculpación formal– cuando se trata de un proceso complejo seguido contra aquellas personas vinculadas a una organización criminal (artículo 6 de la Ley n.º 30077). Se considera complejo un proceso cuando concurren los siguientes requisitos: **i)** Actuación de una gran cantidad de actos de investigación; **ii)** Presencia de numerosos delitos investigados; **iii)** Incorporación de gran cantidad de imputados y agraviados; **iv)** Realización de pericias que requieran abundante documentación o un arduo y extenso análisis técnico; **v)** Ejecución de gestiones procesales fuera del país; **vi)** Actuación de diligencias en varios distritos judiciales; **vii)** Revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. Es evidente que dentro del supuesto de complejidad, como así lo ha considerado la ley examinada, se encuentra los procesos contra el crimen organizado (artículo 342, apdo. 3, del CPP).

3. Los actos especiales de investigación

3.1. Aspectos generales

En estricto sentido la legislación contra la criminalidad organizada reconoce cinco actos especiales de investigación: agente encubierto y especial, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, operaciones encubiertas, seguimientos y vigilancia, y geolocalización de telecomunicaciones. Los tres primeros ya han sido analizados en la parte referida a la estructura del proceso penal común. Resta analizar los dos últimos.

Se trata de actos de investigación directos, esto es, cuando por sí mismos obtienen la información necesaria para erigirse en fuente de investigación o de prueba. Como no representan una intensa restricción de derechos fundamentales, solo requieren el conocimiento –dación en cuenta– y/o la autorización del fiscal; y, cuando sea menester afectar más intensamente un derecho fundamental, en especial el secreto postal o el secreto de las comunicaciones, se requerirá con carácter previo la orden judicial –ambas medidas son, en pureza, medidas instrumentales restrictivas de derechos y se reputan actos indirectos de investigación–.

De otro lado, la Ley n.º 30077 cambia el *nomen iuris* de la institución, de actos especiales de investigación a técnicas especiales de investigación, aunque en puridad se trata de vocablos sinónimos. Al incidir en el vocablo “técnicas” se destaca un procedimiento especializado técnico-policia y criminalístico, cuya ejecución y, antes, planeamiento, requiere de un algo grado de preparación y conocimientos para sorprender a los delincuentes organizados, construir un sofisticado armazón probatorio con entidad para descubrir las lógicas del funcionamiento de la organización criminal, y desbaratar la organización criminal misma y sus redes de actuación; y, de ese modo, ponerlos a disposición de la justicia con las pruebas de cargo correspondientes.

Ha destacado Naciones Unidas, que lo que califica estas técnicas como especiales es el hecho de que su aplicación es a menudo costosa y complicada, requiere experiencia avanzada y, algunas veces, conocimientos e instrumentos tecnológicos avanzados; su aplicación puede, en algunos casos, implicar problemas éticos, mientras que en otros puede crear peligros para la seguridad de los operadores, y, aún más importantes, puede afectar derechos fundamentales de los individuos. En principio, por lo tanto, deben utilizarse cuando no exista una alternativa razonable para obtener información o pruebas [UNODC].

A diferencia de los citados actos o técnicas especiales de investigación, son medidas de búsqueda y restricción de derechos: **1.** El control de comunicaciones, **2.** La interceptación postal, **3.** El levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, **4.** La incautación. Las unas y las otras configuran, genéricamente, medidas que de uno u otro modo limitan derechos fundamentales materiales –con diferentes niveles de intensidad–, pero –como ya se anotó– las primeras son actos directos de investigación –que buscan elementos de información válidos y útiles– con un contenido funcional específico de propender a esclarecer y descubrir hechos; y, las restantes, son actos de investigación indirectos que levantan obstáculos de carácter constitucional para obtener información relevante.

Lo destacable en materia de crimen organizado es que el control de comunicaciones, la interceptación postal, la circulación y entrega vigilada de bienes, el agente encubierto, las acciones de seguimiento y vigilancia, y la obtención de información confidencial, cuando corresponda la autorización judicial, esta se dicta sin trámite alguno en el plazo de veinticuatro horas –se dice, equivocadamente, “término”–. En el caso de las “medidas limitativas de derechos”, el levantamiento del secreto y la reserva se dicta por el juez de la investigación preparatoria reservadamente y sin trámite alguno, así como la incautación de

bienes (artículo 203.2 CPP); la audiencia es optativa (artículo 203.3 CPP), salvo las de reexamen.

Para el supuesto de la incautación de bienes, la Policía no necesita orden fiscal o judicial en casos de flagrancia o peligro inminente de su perpetración; tampoco –esa es la novedad– resolución confirmatoria judicial.

3.2. Seguimiento y vigilancia

El artículo 14 de la Ley n.º 30077 reconoce como acto de investigación secreto ordenado por el fiscal las acciones de seguimiento y vigilancia de los investigados o de terceros vinculados a él para agenciarse de información útil en orden a sus movimientos, acciones y contactos personales y, de ese modo, descubrir indicios de integración en un entramado asociativo delictivo y/o de la comisión de delitos vinculados a una concreta organización criminal.

La norma de remisión es el artículo 207 CPP, que se refiere a la videovigilancia, en cuya virtud la policía, desde una perspectiva de necesidad investigativa y con apego al principio de proporcionalidad, podrá realizar tomas fotográficas y registro de imágenes, o utilizar otros medios técnicos especiales para observar o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

La policía, pues, puede acudir a formas tradicionales como el seguimiento a través de equipos policiales, pero también puede usar modernas tecnologías electrónicas, tales como teleobjetivos de alto poder o seguimiento electrónico mediante tecnología GPS para monitorear los movimientos del investigado en zonas complicadas por la superficie del mismo o en áreas con altas tasas de delitos.

3.3. Operaciones encubiertas

La IV Disposición Complementaria de la Ley n.º 30077 incorporó al CPP el artículo 341-A, que rotuló: operaciones encubiertas. Esta técnica especial de investigación ya ha sido estudiada en la lección referida a la investigación preparatoria –de igual modo lo han sido el agente encubierto y especial y la entrega vigilada–. Las operaciones encubiertas incorporan –desde una perspectiva amplia o abierta– un conjunto de investigaciones y acciones secretas, autorizadas por el fiscal a la Policía, distintas del agente encubierto y especial. Básicamente se trata de simular negocios para “ayudar” a la organización criminal o servir de nexo a ella en su lógica de actuación delictiva.

Naciones Unidas da cuenta de un ejemplo de estas medidas utilizadas en Serbia. Se trata de un caso de tráfico de productos PGM, a cuyo efecto se creó establecimientos de instalaciones para ensayos a fin de ‘ayudar’ a las mafias en el análisis de los PGM robados, la compra de productos PGM ilícitos de blancos identificados en operaciones encubiertas, la venta de productos PGM ilícitos a los blancos principales y eventualmente actuar como transportadores del producto ilícito desde el exportador blanco hacia los destinos en el extranjero para luego identificar al comerciante extranjero y las cuentas extranjeras utilizadas por las mafias, con el propósito de llevar a cabo una recuperación en una etapa posterior.

Otras técnicas especiales, incorporadas en este rubro, serían, primero, la búsqueda de los desechos de la oficina de un delincuente durante un periodo de tiempo variable, que no requerirá orden judicial si ese material –documentación, por ejemplo– se coloca más allá de la propiedad y control de una persona, en la medida en que se entiende –por ejemplo, según la jurisprudencia USA– que en estos casos el individuo abandona la propiedad y, por ello, no puede objetar su examen. Segundo, la emisión de órdenes de incautación de bienes, de uno u otro modo, delictivos –por ejemplo, cuadros falsos–, sin indicar el motivo exacto de la investigación y el delito perpetrado, a fin de que los traficantes no sospechen el curso principal de la investigación –esta operación se denomina “información encubierta acerca de un delito” – [UNODC]. Tercero, la colocación de dispositivos de control remotos (denominadas comúnmente “Balizas”), en atención a la complejidad de los objetivos y escasez de personal, que permiten el control remoto, si no de personas, sí de vehículos, embarcaciones, etcétera –sea por sistema GPS, Alpha y Qlog–, de suerte que, como se colocan en los exteriores del vehículo o embarcación, no importan una injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos, por lo que requieren previo mandato judicial [STSE 652/2007, de 22-06-07].

3.4. Geolocalización

3.4.1. Alcances

La geolocalización es una técnica especial de investigación radicada en la averiguación tanto de delitos graves y de mediana gravedad –sancionados con pena privativa de libertad superior a cuatro años– cuanto de delitos asociados a la criminalidad organizada, que permite la utilización de tecnologías de la información y comunicaciones por parte de la Policía Nacional. En cooperación

con las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios –han de implementar mecanismos de acceso exclusivo a la unidad especializadas de la Policía Nacional (I Disposición Complementaria Final)–, esta técnica especial de investigación permite que la Policía conozca la ubicación, circunscripción, paradero o posición geográfica o territorial de una persona sospechosa de estar involucrada en los delitos antes referidos a partir de la utilización por aquella de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar (artículo 2).

Esta técnica especial de investigación no incide en el proceso comunicativo en sí mismo a través de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar. No está destinada a captar o saber lo que un sospechoso está conversando o con quién lo está haciendo –acto de intervención de comunicaciones–, sino dónde se encuentra el poseedor que utiliza un teléfono móvil asociado a una línea telefónica determinada u otro dispositivo electrónico de naturaleza similar –así se desprende de la prevención fijada en el artículo 6–. La información que se solicita presupone que la Policía sepa el número telefónico del sospechoso –si quiere saberlo, por intermedio del fiscal, debe solicitarse al juez la información respectiva, en tanto afecta el secreto de las comunicaciones– y, por ello, solo ha de conocer su ubicación geográfica en un momento determinado. Ninguna otra información debe proporcionar las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios.

Tres son los presupuestos para que opere esta técnica especial de investigación.

- A.** Flagrancia delictiva, en los términos del artículo 259 CPP. Tres son sus notas esenciales: **(i)** inmediatez temporal, de la acción delictiva o, lo que es igual, que la misma se esté realizando o se haya realizado momentos antes; **(ii)** inmediatez personal, es decir, presencia del delincuente en relación todavía con el objeto o los instrumentos del delito; y, **(iii)** necesidad urgente de intervención, ora para evitar que se siga cometiendo el delito, ora para detener al delincuente, ora para obtener pruebas de las que razonablemente se puede suponer que desaparecerán [CALDERÓN/CHOCLÁN].
- B.** Delito de mediana entidad. El delito investigado debe estar sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad, lo que significa que debe partirse de la pena conminada por el delito en el precepto penal

correspondiente: pena concreta y no, necesariamente, pena abstracta, pues de no haber sido así, como el CPP fijó para la competencia del Juzgado Penal Unipersonal y la viabilidad del recurso de casación (artículos 28.2 y 427.2), se habría mencionado el extremo mínimo de la pena privativa de libertad.

- C. Necesidad de la medida, esto es, que esa es la única forma posible para acceder a la ubicación del sospechoso.

3.4.2. Procedimiento

La decisión de geolocalizar a un sospechoso corresponde, de inicio, a la Policía Nacional. A estos efectos, primero, el requerimiento lo canaliza la unidad a cargo de la investigación policial –que se entiende debe contar con el conocimiento y dirección jurídica de la Fiscalía: no pueden existir investigaciones al margen del conocimiento del Ministerio Público–; y, segundo, el pedido es remitido a la unidad especializada de la Policía Nacional, la que previa verificación del responsable de la unidad solicitante, cursa el pedido a los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones o a las entidades públicas relacionadas con estos servicios –a través de correo electrónico institucional o de otro medio idóneo convenido–.

El requerimiento policial debe ser atendido inmediatamente, sin demoras, por las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios cuyo auxilio se pide.

Acto seguido, la unidad encargada de la investigación informa inmediatamente al Fiscal lo que requirió a las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios, la información recibida y lo que está haciendo o realizará con aquella–, justificando en todo caso el pedido que formuló y lo obtenido –es obvio que acompañará copia de las actuaciones que generó el pedido en cuestión–.

El objeto de esta comunicación es recabar la convalidación judicial (artículo 5). Entiende la norma que la información que se obtiene –la geolocalización de una persona– restringe, de algún modo, un derecho fundamental. Desde luego, no puede ser el secreto de las comunicaciones, pero sí el derecho a la intimidad o privacidad. Corresponde al Fiscal, dentro de las veinticuatro horas de recibido el informe de la unidad encargada de la investigación, solicitar la medida restrictiva ejecutada por la Policía Nacional. El trámite, por su propia naturaleza, es reservado

y su itinerario es *inaudita et altera parte*; no se corre traslado ni intervine el afectado con la medida. Solo interviene el fiscal del caso, quien pide la medida.

La convalidación o confirmación judicial –ambos vocablos son sinónimos– es un auto jurisdiccional debidamente motivado, desde los presupuestos materiales que en clave de proporcionalidad definen esa medida –concordancia de los artículos 3 de la Ley y 202, en lo pertinente, CPP–, mediante el cual se aprueba o ratifica la medida que por razón de urgencia –flagrancia en este caso– se llevó a cabo de modo previo: determinación de la geolocalización de un sospechoso que utiliza un teléfono móvil u otro dispositivo electrónico de naturaleza similar.

El juez debe resolver de manera inmediata, esto es, no debe correr traslado alguno y, menos, convocar a una audiencia –la lógica reservada y la rapidez de la medida explica esa opción legislativa–. Es claro que el órgano jurisdiccional no está vinculado al requerimiento fiscal. Puede aceptarlo, en cuyo caso, confirmará o convalidará la medida de geolocalización, pero también denegarlo por no adecuarse a los presupuestos materiales que la sustentan. En este último caso se dejará sin efecto la medida y, obviamente, sin valor jurídico la información proporcionada por las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones o de las entidades públicas relacionadas con estos servicios; no podrán utilizarse para formar la convicción judicial. También, emitida la decisión desestimatoria el fiscal puede impugnarla en el plazo no mayor de 24 horas. El Tribunal de Apelación la resolverá en el mismo plazo y sin trámite alguno: no se citará fecha para la vista de la causa ni se realizará audiencia alguna. La ley no dice nada del destino de la información recabada cuando se desestima la convalidación judicial, pero es evidente que deben ser eliminadas, con conocimiento ulterior del afectado.

El plazo de la autorización judicial no debe exceder de 60 días y, excepcionalmente, puede prorrogarse, a pedido del fiscal, por periodos sucesivos. El fiscal, por cierto, debe indicar en su solicitud de convalidación el plazo de la medida y justificarla informando de la naturaleza y alcances de la investigación en curso.

Se entiende que la información recabada se anexará al expediente reservado formado al efecto; y, una vez ejecutada la medida y/o vencido el plazo de la misma, se procederá a lo previsto, en lo pertinente –dada la similitud de la misma–, en el artículo 231 CPP: **(i)** poner en conocimiento el resultado de la geolocalización; **(ii)** posibilidad de reexamen judicial, para verificar los resultados de aquella y, luego, para que los impugne.

3.4.3. Derecho afectado y legitimidad de la medida

Nuestra Constitución diferencia el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 2.10) del derecho a la intimidad (artículo 2.7). El primero, tiene un carácter meramente formal, que protege al individuo frente a la intrusión sea cual sea el contenido del ámbito en el que se ha producido la injerencia, pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado –conduce a una presunción *iure et de iure* de que lo conocido antijurídicamente es “secreto”, en un sentido sustancial–, de modo que “su protección comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (STC n.º 2863-2002-AA/TC); y, el segundo, es aquella zona de la persona, propio de la vida privada y donde esta se desenvuelve –desarrolla y fomenta libremente su personalidad–, que debe permanecer reservada a injerencias extrañas, y “está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño” (STC n.º 6712-2005-PHC/TC).

La ubicación del lugar donde se encuentra una persona, a través de la utilización por ella de un teléfono móvil o de un dispositivo electrónico de naturaleza similar, no afecta sus comunicaciones o telecomunicaciones personales, sino en todo caso el derecho a la intimidad –el ámbito geográfico donde una persona se encuentra en cualquier momento está intrínsecamente relacionado con el desarrollo de su personalidad, cuyo conocimiento por terceros puede afectarla–. Como tal, el principio de proporcionalidad exige, a tono con la intensidad de su afectación, determinados presupuestos para su limitación. Es decisivo, en todo caso, precisar que su restricción con fines de investigación penal no requiere previa orden judicial. La Constitución solo la arbitra previa orden judicial, sin excepciones por razones de urgencia, para dos derechos fundamentales: el secreto de las comunicaciones, y el secreto bancario y la reserva tributaria: artículos 2.10 y 5; y, salvo flagrancia delictiva, en la libertad domiciliaria (ingreso o allanamiento y registro) y en la libertad personal (detención): artículo 2.24, literales 9 y 24f.

Es cierto que dicha medida implica una intromisión en la vida privada de las personas, pero ha sido arbitrada por la ley, ha sido encargada a una autoridad pública facultada para el combate contra el crimen –como es la Policía Nacional y, luego, el Ministerio Público–, y precisa el ámbito de la afectación: geolocalización de un sospechoso –ofrece certeza y seguridad jurídica–. Además, en clave esencial, persigue un fin legítimo, en tanto facilita la investigación y persecución de los

delitos que tutelan bienes jurídicos de importancia en aras de mantener el orden público y la paz social; es una medida idónea, porque permite el empleo de tecnología adecuada para la persecución de los delitos y que la autoridad actúe con oportunidad; es necesaria –o excepcional–, pues se aplica cuando no exista otro medio efectivo menos lesivo para ubicar al sospechoso y así evitar el menoscabo de la efectividad de la investigación –se ha evitar, por ella y en función al peligro por la demora y la urgencia, el riesgo de afectar la vida o integridad de la víctima del delito o que se pueda ocultar o desaparecer el objeto o el cuerpo del delito–; y, es estrictamente proporcional, porque la restricción que supone es compensada por la importancia de los bienes jurídicos protegidos por los distintos tipos legales a los que se limita el usos de la medida, de modo que el interés particular cede en aras de mantener el orden público y la paz social (Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Sentencia de 16-01-14).

Por lo demás, esta medida está asociada: **1)** Al principio de especialidad, referido a una investigación delimitada en curso respecto de delitos concretos –lo que no impide, en su caso, la utilización de los denominados “hallazgos casuales”–. **2)** A su utilización temporal, pues la ley fija periodos semestrales prorrogables, pero no podrá prorrogarse de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada. **3)** A una finalidad exclusivamente probatoria, esto es, establecer la existencia del delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo. **4)** A la existencia de flagrancia delictiva –en clave del principio de intervención indiciaria, se requiere algo más que indicios de la comisión del delito, lo que explicaría que quede librado a una primera apreciación policial; la evidencia del hecho que deriva de la propia flagrancia que da entender su obvia realidad. **5)** A la convalidación judicial, que denota previamente la intervención de la Fiscalía y, luego, la autorización *ex post* del juez competente, quien la confirmará la geolocalización ejecutada mediante auto motivado en clave constitucional, esto es, analizando la flagrancia delictiva y los subprincipios que dimanen del principio de proporcionalidad.

No existen, pues, dudas de constitucionalidad de la geolocalización como medida restrictiva de derechos a partir de una técnica especial de investigación.

3.4.4. Conservación de datos derivados de las telecomunicaciones

La II Disposición Complementaria Final incorpora, en pureza, otra institución. Allí menciona que “Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y las entidades públicas relacionadas con estos servicios deben

conservar los datos derivados de las telecomunicaciones durante los primeros doce meses en sistemas informáticos que permitan su consulta y entrega en línea y en tiempo real; y, concluido ese período, deberán conservarlos por veinticuatro meses adicionales, en un sistema de almacenamiento electrónico.- La entrega de datos almacenados por un período no mayor a doce meses, se realiza en línea y en tiempo real después de recibida la autorización judicial. Para el caso de los datos almacenados por un periodo mayor a doce meses, se hará entrega dentro de los siete días siguientes a la autorización judicial, bajo responsabilidad”.

Las empresas de telecomunicaciones y las entidades públicas relacionadas con estos servicios tienen una obligación legal: conservar los datos derivados de las telecomunicaciones por un plazo total de treinta y seis meses. En tal virtud, cuando se les requiera, previa orden judicial, deben proporcionar a la Fiscalía los datos derivados de las telecomunicaciones, obviamente en el marco de una investigación preparatoria en curso –diligencias preliminares, lo más obvio, o investigaciones preparatorias–.

Como se está ante una limitación del secreto de las comunicaciones, solo el juez, por mandato del artículo 2.10 de la Constitución, puede disponer medidas de control. Una de ellas es, por supuesto, conocer el titular de un número telefónico, las llamadas que hizo y que recibió –fecha y hora–, el tiempo que duraron esas llamadas y la localización del equipo telefónico. Estos datos, ha precisado la Sentencia de la Gran Sala de la Unión Europea de 08-04-14, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuenta. En tal virtud, el ejercicio de esa restricción por parte de la autoridad debe cumplir requisitos de protección, por constituir una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos garantizado por el artículo 2.6 de la Constitución. Se necesita, entonces, no solo que se dicte una ley para limitarlo, sino también que se respete su contenido esencial y que las limitaciones sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general o a la necesidad de protección de los derechos fundamentales y libertades de los demás.

Es evidente, eso sí, que la conservación de datos derivados de las telecomunicaciones, en aras de luchar eficazmente contra la delincuencia grave y organizada, que utiliza la tecnología telefónica para sus fines criminales, es adecuada para lograr el objeto perseguido –motivo de interés general u objetivo legítimo–. Empero, en clave de estricta necesidad, se presentan las dudas de

constitucionalidad de una norma tan general. En efecto, como se aplica de modo global a todos los usuarios y el tratamiento de los datos está automatizado, la ley no ha señalado reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de dicha medida, ni ha establecido unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos. Como ha determinado la acotada Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, la norma no tiene amparo porque la injerencia en cuestión no está regulada de manera precisa por disposiciones que permitan garantizar que se limita efectivamente a lo estrictamente necesario (§ 54 y 65). También lo ha hecho, en los mismos términos, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 30-06-14 [§ 20, 21, 25/27].

En esta misma perspectiva, § 2 de la V Disposición Complementaria Final, más allá de su justificación teleológica: motivos de interés general, merece una llamada de atención aún más fuerte desde la perspectiva de la estricta necesidad, pues incluso sin orden judicial y por la sola autoridad de la ley, “Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones comunicarán a la unidad especializada el reporte de los datos identificatorios de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar cuyas llamadas proceden de establecimientos penitenciarios”.

Más intensa, por su nivel de intervención en el proceso de comunicación, es propiamente la intervención de un teléfono que permite captar, en el momento en que se producen, las comunicaciones telefónicas que se producen desde un teléfono determinado, las que se graban y, por ende, permiten obtener información valiosa acerca de posibles actividades delictivas. La injerencia está prevista en los artículos 230 y ss. CPP, y a sus procedimientos y límites debe someterse la autoridad de investigación penal.

3.5 Prueba pericial de inteligencia

Es verdad que la Ley 30077 no incluye, específicamente, la prueba pericial de inteligencia. Es, pues, un medio de prueba no previsto en la dicha Ley especial, pero es de tener en cuenta que el artículo 172.1 CPP prevé el auxilio pericial “[...] siempre que, para la explicación y mejor comprensión de un hecho, se requiera de conocimiento especializado de naturaleza [...] técnica [...] o de experiencia calificada”. La información que proporcionan los autores de este tipo de pericia, expertas en esta clase de información, consiste en el aporte de elementos interpretativos sobre datos

objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el juez, coherentemente expuestas y de forma contradictoria en la audiencia (STSE 338/2015, de 2 de junio).

Este tipo de pericias –de inteligencia policial, mayormente– es cada vez más frecuentemente utilizadas en la lucha contra la delincuencia organizada, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al juez una serie de conocimientos técnicos o prácticos con el objetivo de fijar una realidad no constatable directamente por el juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que, como el resto de medios de prueba, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada, en los términos del artículo 158.1 el CPP (STSE 697/23012, de 2 de octubre). Esta pericia, es como todo medio de prueba pericial, una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona experta y, al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no aun conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos –la prueba en sí es válida y debe, por tanto, producir los efectos que el juzgador libremente le atribuya–.

Tiene expuesto, por ejemplo, la STSE 124/2016, de 24 de febrero, que la descripción de un profesional (experto policial de inteligencia) de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito, puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional como agente de la policía o de los órganos de inteligencia del Estado. Pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología. La sofisticación de los medios empleados para la intercomunicación de los integrantes de esas bandas u organizaciones criminales, las habituaciones técnicas de encriptación y, en fin, la constante tendencia a la clandestinidad, son razones suficientes para admitir una prueba pericial cuyo objeto sea ofrecer al juez y demás sujetos procesales, una explicación detallada de la “práctica” que anima la actividad delictiva de esas y de otras organizaciones delictivas.

Finalmente, la STSE 157/2012, de 7 de marzo, señaló sus notas características: **1.** Se trata de una prueba singular que ha de utilizarse en procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales. **2.** Si

se precisan de esos conocimientos, nada impide su utilización. **3.** Su valoración es libre, el órgano jurisdiccional debe analizarlos racional y libremente; no es una prueba vinculante. **4.** No es una pura prueba documental –no pueden ser invocados como documentos, salvo que procedan de organismos oficiales del Estado y no hubieran sido impugnados por las partes, o consten informaciones contradictorias. **5.** Es una prueba pericial, en tanto sus autores aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias.

4. La prueba trasladada

Es aquella que se admite y se practica en otro proceso y que es presentada al proceso penal en curso en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. El fundamento de la validez de una prueba de un proceso en otro radica en la unidad de la jurisdicción. En efecto, debido a la unidad de la jurisdicción, las pruebas actuadas en otras jurisdicciones pueden ser trasladadas. El único límite, según la regla del proceso civil, es que haya sido pública y controvertida por las partes contra quien se aduce [LEDESMA]. Las pruebas de otro juicio pueden ser válidas si en el anterior proceso, la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley otorga en el juicio en que se produjeron [COUTURE]. Lo expuesto demuestra que en el proceso civil se pueden incorporar pruebas actuadas en procesos de otras especialidades: Penal, Laboral, entre otros. Ahora bien, con esta ley en el proceso penal también se pueden incorporar pruebas actuadas en otros procesos penales.

Es de precisar que el Código Procesal Penal de 2004 no dice nada respecto a la prueba trasladada. Sin embargo, la Ley n.º 30077, de 20-08-13, en su artículo 20 incorpora la prueba trasladada, figura que por cierto es reconocida en el artículo 261 del ACP. Los requisitos legales de la incorporación de actuaciones probatorias procedentes del proceso fuente son dos: **i)** Que provenga de otro proceso penal, y **ii)** Que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal –en este extremo difiere parcialmente del artículo 261 del CPP, pues en el acotado artículo se consignaba también a la asociación ilícita–.

Los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del proceso fuente, esto es, del que se obtendrá la actuación probatoria para incorporarla al proceso en curso. Por tanto, desde el proceso fuente, por imperio

de la norma, debe calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. La norma hace mención a las pruebas admitidas y practicadas ante el juez o Sala Penal, las cuales podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal. En consecuencia, lo que puede calificarse de prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, etcétera, está en función de la causa fuente y no de la causa receptora.

Es obvio que desde el proceso receptor esas actuaciones constituirán prueba documental oficial, de ahí que la calificación realizada por la norma procesal solo tiene sentido si se toma como referencia el proceso fuente. Desde este enfoque, la norma, antes que ampliar las posibilidades de contar con fuentes y medios de prueba procedentes de otras causas, traza límites a su utilización, que como tal debe interpretarse restrictivamente. En principio no existen límites internos al traslado probatorio en el caso de dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental. Así lo autoriza la Ley n.º 30077, en su artículo 20 num. 2.

En cambio, existen límites para las demás actuaciones probatorias, entre ellas la prueba personal y las diligencias objetivas e irreproducibles. Se requiere que el traslado resulte indispensable debido a que en el proceso receptor la actuación de las referidas pruebas sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Esto último supone acreditar la existencia de un motivo razonable que impida la actuación de la prueba en el proceso receptor. El límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo que no compareció en el plenario impide al juez escuchar y ver, conforme al principio de inmediación, y a las partes someterlas a la pertinente contradicción. En síntesis, la declaración de un testigo en otro proceso no ofrecida en el proceso receptor como testigo ni que esté acreditada una causal de ausencia insubsanable de su parte, no puede ser utilizada [Exp. n.º 19-2001: Caso FUJIMORI].

La permisión de obtener las actas de pruebas practicadas en otro procedimiento penal para ser usadas en el juicio oral –un lineamiento más amplio se encuentra en el proceso por colaboración eficaz–, en cuanto a su aportación debe respetar el principio de contradicción, al erigirse en prueba documentada y como tal está sujeto al régimen del artículo 383.1 del CPP.

El artículo 20.1 de la Ley fija un régimen diferente si los actos de prueba practicados en el proceso fuente o a quo son no repetibles. Si son de imposible consecución o de difícil reproducción (imposibilidad de repetición originaria o de irrepetibilidad sobrevenida, v.gr.: pericias que importen actos de análisis técnicos no repetibles o declaración de testigos que ya fallecieron) son directamente

utilizables. Para los actos repetibles la regla de directa utilización está prevista en el artículo 20.2 de la Ley y se concentra en las pericias oficiales, prueba de informes y prueba documental, dejando a salvo el derecho de oposición de la parte contraria. Se trata, en este último caso de pruebas no declarativas y si pueden ser practicadas de nuevo se procederá a su oralización. Cuando se trata de pruebas declarativas, consistentes en declaraciones o explicaciones, si es posible que el órgano de prueba pueda asistir al plenario será citado y prestará declaración –caso del testigo– o explicación –caso del perito–, el acta del proceso a quo servirá para confrontarlas con las prestadas en el proceso ad quem, en esta causa. En tal supuesto la regla es clara: las partes del proceso ad quem tienen derecho a interrogar al órgano de prueba en cuestión, siempre que la práctica de la prueba pueda ser repetido, pues siempre ha de primar los principios de inmediación y contradicción. El artículo 20.3 del CPP incorpora las sentencias firmes cuando declaran la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, lo cual en modo alguno cuestiona el principio de contradicción pues una sentencia está excluida al no poder considerarse un documento en sentido estricto, ya que se caracteriza por contener un conjunto de valoraciones derivadas de un material probatorio practicado en un juicio diferente, esa una prueba sui generis (Sentencia de la Corte Constitucional Italiana n. 29 de 26 de enero de 2009, y Sentencia de la Corte de Casación Italiana, Sección V, de 27 de marzo-7 de septiembre de 2015) [TONINI-CONTI].

Es de precisar que: **i)** el valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; **ii)** la prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución; y, **iii)** la persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

5. El Decreto Legislativo 1607

El Decreto Legislativo 1607, de 21-12-2023, se trazó como finalidad **(i)** adecuar el marco normativo ante el incremento de las conductas delictivas cometidas por organizaciones delictivas, así como **(ii)** reforzar tanto la articulación entre las autoridades responsables, cuanto la prevención y las acciones de control e investigación (artículo 2). A la ampliación de los delitos materia del proceso penal con especialidades procedimentales contra el crimen organizado, incorporó otras

once modificaciones a la Ley base 30077, de 20-08-2013. Las más relevantes, de carácter procesal, son las siguientes:

1. La medida instrumental de seguimiento y vigilancia (OVISE) no solo puede realizarse de oficio por el fiscal, sino que también a instancia o pedido de la Policía Nacional, en el marco del artículo 207 del CPP, ya estudiado. Incorpora como mecanismo de control la necesidad de que ejecutada la medida el fiscal debe dar cuenta al juez para su convalidación (artículo 14). Ello requiere que se ponga en conocimiento del afectado todo lo ejecutado y se decida previa audiencia preceptiva.
2. En cuanto a la incautación de objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, esta diligencia, en cuanto es realizada por la Policía, no requiere de autorización fiscal o previa orden judicial, siempre y cuando se trata de una intervención en flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración –es, por tanto, una excepción a la regla de primacía de la autoridad jurídica, de su decisión, para la realización de una operación policial de incautación–. Una vez ejecutada la incautación, la Policía Nacional debe dar cuenta inmediata a las Fiscalías Penales o a las de extinción de dominio. Esto último se explica desde la necesidad de precaver si de por medio los bienes incautados como consecuencia de los actos preventivos o preliminares pueden importar (i) comisión de un delito de lavado de activos al provenir de una actividad criminal con capacidad de generar ganancias ilegales y constitutiva del delito de lavado de activos (artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, de 19-04-2012, modificado por el Decreto Legislativo 1249, de 26-11-2016), o (ii) la realización de actividades ilícitas no delictivas, o de bienes producto de un incremento patrimonial no justificado, o utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar, confundir, mezclar o indiferenciables con bienes de origen lícito, o de bienes declarados en abandono o no reclamados en cuanto guardan relación con una actividad ilícita, entre otros supuestos fijados en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1373, sobre extinción de dominio, de 04-08-2018. Lo resaltante es que la incautación en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración (expresión de la noción procesal de urgencia o peligro por la demora), no requiere resolución confirmatoria judicial, como lo exigen los artículos 218 y 316 del CPP.
3. Una especialidad procedimental en materia de incautación está contemplada en el artículo 18 modificado. Cuando se trata de bienes incautados

que son de procedencia no delictiva y es de aplicación el artículo 7 del Decreto Legislativo 1373, sobre extinción de dominio, de 04-08-2018, se seguirán las reglas y el proceso de extinción de dominio, específicamente el 15 sobre medidas cautelares. De no ser así, desde luego, al tratarse de bienes delictivos, se seguirán las reglas generales del Código Procesal Penal (artículos 218 y siguientes y 316 y siguientes, en lo pertinente, del CPP).

4. El artículo 19 modificado, más allá de la instauración e incolumidad de la cadena de custodia respecto de los bienes incautados, han de ser entregados al Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI). Éste fue creado por el Decreto Supremo 011-2017-JUS, de 15-05-2017, como un programa, de alcance nacional, dentro del ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuyo objeto es recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, arrendar, asignar en uso temporal o definitivo, gestionar la disposición y venta en subasta pública, los bienes vinculados a los delitos de lavado de activos y en perjuicio del Estado, así como procedentes de los procesos de extinción dominio, al que ahora se agrega los bienes vinculados a los delitos contra el crimen organizado siempre que los bienes provengan de delitos cometidos en agravio del patrimonio del Estado.
5. Corresponde al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) el diseño, implementación y administración del Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO). Esta base de datos, con información de cada interno, de gran amplitud (situación penal integral y registro de visitas), además, y en ello radica la reforma, ha de ser compartida en línea con los órganos de inteligencia del Ministerio del Interior y la Policía Nacional.
6. Desde la perspectiva de los actos de cooperación o asistencia internacional, el artículo 28 modificado más allá de los estipulados en el Código Procesal Penal (artículo 511), que a varios de ellos le dio una configuración más precisa, incorporó la facilitación de coordinación y ejecución de las Técnicas Especiales de Investigación previstas por la Ley: (1) interceptación postal, (2) intervención de comunicaciones (ampliada según el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023), (3) circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (ampliada por la propia Ley 30077, al considerar los referidos a los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, aduaneros y otros once delitos regulados en el Código Penal: artículos 228, 230, 308, 309, 252 al 255, 257, 279 y 279-A), (4) agente encubierto –ampliado según la última

reforma al artículo 341 del CPP materia del Decreto Legislativo 1611, de 21-12-2023: agente especial, agente revelador y agente virtual)–, y (5) acciones de seguimiento y vigilancia (artículos 7 al 14).

7. Los delitos de incidencia en la Ley 30076 pueden estar incurso en el artículo 24 del CPP y, por tanto, merecer una competencia específica, a cargo de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (Resoluciones Administrativas 318-2018-CE-PJ, de 12-12-2018, y 476-2019-CE-PJ, de 04.12-2019), siempre que el delito o sus efectos tengan repercusión nacional o internacional, y da lugar a un proceso complejo (Decreto Legislativo 1342, de 07-01-2017). Por ello, la Segunda Disposición Complementaria Final prevé que los fiscales penales, realizadas las diligencias preliminares, cuando consideren que el delito investigado está sujeto a una competencia específica, elevará un informe al Fiscal Superior Nacional Coordinador de las Fiscales Especializadas en delitos de Criminalidad Organizada (este subsistema fiscal fue creado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación 333-2007-MP-FN, publicada el 16-03-2007, y fue reglamentada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación 1423-2015-MP-FN, de 22-04-2015), para que el fiscal coordinador determine la competencia fiscal en un plazo no mayor de treinta días calendario.

6. La Ley 31989

La Ley 31989, de 20 de marzo de 2024, derogó la Disposición Complementaria Final Primera del Decreto Legislativo 1607, de 21 de diciembre de 2023 –apenas a los tres meses de su expedición–, referida a la interdicción y a la persecución procesal del delito de minería ilegal (artículo 307-A del Código Penal), de peligrosa expansión y base de una creciente economía criminal, con la intervención de amplias capas sociales y del crimen organizado.

El Gobierno en su día dictó el Decreto Legislativo 1293, de 30 de diciembre de 2016, por el que declaró de interés nacional la formalización de las actividades correspondientes a la pequeña minería y minería artesanal, y creó el Proceso de Formalización Minera Integral y el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO), bajo el cumplimiento de una serie de requisitos y plazos. Asimismo, dictó el Decreto Legislativo 1336, de 6 de enero de 2017, por el que estableció disposiciones adicionales e incentivos para concretar el proceso de formalización minera integral y simplificarlo. El Decreto Supremo 018-2017-EM, de 1 de junio de 2017, consolidó la creación del Registro Integral de Formalización Minera y dispuso que la inscripción en el Registro Integral de Formalización Minera

(REINFO) es el único acto por el cual se da inicio al Proceso de Formalización Minera Integral. La Ley 31007, de 17 de octubre de 2019, estableció que las inscripciones en el Registro se realizan hasta en un plazo de ciento veinte días hábiles. El Decreto Legislativo 1351, de 7 de enero de 2017, había estipulado la exención de responsabilidad penal del delito de minería legal al que está inserto al Registro Integral de Formalización Minera, cuyo plazo fue ampliado hasta el 31 de diciembre de 2021 por la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley 31007. El Decreto Supremo 009-2021-EM, de 30 de abril de 2021, concretó los procedimientos de suspensión de la inscripción, levantamiento de la suspensión, y de exclusión y revocación de la inscripción.

Finalmente, el Decreto Legislativo 1607, de 21 de diciembre de 2023, en la línea que venían esbozando las anteriores disposiciones legales –expresión de la falta de capacidad de gestión y de autoridad para concretar la formalización–, fijó un plazo máximo de noventa días calendario para presentar el contrato de explotación o de cesión suscrito con el titular de la concesión manera, cuyo incumplimiento determina que dejen de formar parte del REINFO de forma automática –es decir, sin resolución administrativa de exclusión–; también fijó igual plazo para que las personas con inscripción suspendida en el REINFO, pues de lo contrario dejarán de formar parte del REINFO de forma automática.

La derogación de la Disposición Complementaria Final Primera del Decreto Legislativo 1607, pese a la falta de voluntad de los mineros informales y artesanales y a las constantes prórrogas –el tiempo transcurrido desde los momentos iniciales del Proceso de Formalización Minera Integral es demostrativo de ello–, permite la expansión de esta actividad y ata de manos a las autoridades penales para controlar el delito de minería ilegal.

X. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL PROCESO POR DELITOS DE CORRUPCIÓN

1. Aspectos generales

La trascendencia de los delitos corrupción en todos los países, que incluso dio lugar, a nivel mundial y regional, a dos Convenciones específicas: Convención de Naciones Unidas, 2003; y, Convención Interamericana OEA, 1996, obliga a fijar algunos criterios en función a las especialidades procedimentales que generan estos delitos. Su importancia, por la complejidad de sus expresiones, afecta a los derechos humanos en su integridad –civiles, políticos, económicos,

sociales, culturales y ambientales—, impacta sobre el derecho al desarrollo, debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socaba el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad, así como genera un diferenciado impacto en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados [CHANJAN – SOLIS – PUCHURI].

Desde el Derecho penal, una definición de la corrupción, enseña TERRADILLOS, requiere perspectivas que enraícen en lo jurídico (principio de legalidad) y que admitan la incorporación de elementos de antijuricidad material (principio de lesividad). Desde este enfoque, el bien jurídico objeto de tutela en los delitos asociados a la corrupción se identifica con el ejercicio, dentro de los parámetros constitucionales (legalidad, transparencia, igualdad, división de poderes, etcétera) de las funciones asignadas a la Administración Pública, cuyo común denominador es satisfacer las necesidades básicas de los habitantes para su autorrealización personal —los delitos asociados a la corrupción ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado—. En esta línea, la Administración Pública, en sentido amplio, es un sistema dinámico —integrado por normas, objetivos, estructuras, órganos, funciones, métodos y procedimientos, elementos humanos y recursos económicos y materiales—, a través del cual se ejecutan o instrumentan las políticas y decisiones de quienes representan o gobiernan una comunidad políticamente organizada [CARRILLO CASTRO].

Existen, en clave político criminal, dos formas de abordar la corrupción que, aunque presentan zonas secantes, no se identifican: La primera, se centra en el enriquecimiento del funcionario —a partir de una noción penal del mismo, alejado del Derecho administrativo—, obtenido a través de la aportación económica del particular (la dádiva), de suerte que destaca el comportamiento *contra legem* del funcionario y la dádiva, en el que el cohecho y el tráfico de influencias se yerguen como las figuras paradigmáticas de este tipo de corrupción. La segunda, lo relevante es el resultado, la traición a los objetivos sociales legalmente impuestos a la Administración Pública, que se asienta en un concepto amplio de corrupción, como conjunto de las malas prácticas —graves— de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y responde en el plano criminológico a la ecuación de KLITGAARD: Corrupción es igual a Monopolio en la toma de decisiones más Discrecionalidad y menos Rendición de Cuentas, mientras que en la estrategia político criminal abarca los delitos que, aunque no hayan reportado —o no se haya probado— una contraprestación ilícita (dádivas de la más variada configuración) al funcionario, generan la lesividad específica

de la corrupción: dañosidad para con los derechos e intereses de las mayorías significativas, damnificadas por la asignación perversa de los recursos a la satisfacción de intereses espurios. Ésta es la opción, por cierto, asumida por el Fondo Monetario Internacional [vid.: Informe de 11-5-2016] y por el Derecho Internacional Penal Anti-Corrupción (Convención de Naciones Unidas, 2003 y Convención Interamericana OEA, 1996). A ello se agrega que la opción contemporánea, apunta ACALE SÁNCHEZ, es concebir los delitos asociados a la corrupción pública, más que unos delitos de infracción de los deberes inherentes al cargo público, como delitos que afectan a los administrados, que son los destinatarios de las prestaciones públicas que la Administración deja de ofrecer cuando se entroniza la corrupción su organismo.

Ya en clave criminalística la corrupción, acota RODRÍGUEZ GARCÍA, se revela a través de hechos *(i)* ejecutados con metodología especial, lo que es característico de la criminalidad organizada; *(ii)* producidos en circunstancias especiales, es decir, por medio de la deshonesta distorsión de prerrogativas otorgadas por la ley para la realización de servicios y políticas públicas esenciales para la garantía de la dignidad de la persona humana; así como *(iii)* realizados por personas especiales, es decir, por agentes públicos y privados con la misión de ejercer y dotados de prerrogativas funcionales o contractuales para implementar aquellas políticas y servicios públicos. No se está, por tanto, ante un delito cualquiera; al contrario, cada caso es parte de un sistema viciado capaz de macular la sociedad democrática como un todo.

En cuanto a la metodología organizacional especializada de la corrupción, se trata de una clásica especie de asociación estructurada, con la utilización de nuevos métodos y tecnologías en materia de comunicación, potenciada por la facilidad de intercambio de bienes tangibles e intangibles a nivel nacional y mundial. Así, **(1)** se opera en redes fluidas y flexibles; **(2)** el acto delictivo se planifica, se ejecuta y se oculta sus efectos; **(3)** se cooptan o se valen de personas en posiciones de poder ofrecer, facilitar como realizar negocios muy lucrativos; **(4)** se explotan puntos vulnerables de la sociedad; **(5)** tienen capacidad para articularse y valerse del sistema legal, financiero y estatal –son actividades muy complejas–. Esta metodología es emprendida por sistema profesional, concertado, técnico y especializado.

En lo atinente a las circunstancias de la corrupción, es de destacar que ésta provoca la quiebra de confianza y valores estructurales del Estado de Derecho y del principio democrático-republicano. Luego, la corrupción no solo genera consecuencias patrimoniales de naturaleza material, sino que también degrada

los símbolos, el funcionamiento y la esencia del Estado Constitucional, así como los propios derechos humanos por él protegidos. Al afectar el correcto funcionamiento del Estado, facilita la imperceptible continuidad delictiva o su impunidad.

En lo concerniente a las **personas involucradas**, se trata de sujetos dotados no solo de poderes y potestades, sino además del especial privilegio de hacer justicia social, fomentar el empleo, así como de generar igual y desarrollo en un espacio de libertad, seguridad y justicia. De estas personas se espera el lícito y correcto comportamiento, pero en no pocas ocasiones se utilizan para una finalidad ilícita teniendo por detrás un análisis insensible de coste-beneficio, donde el beneficio es el dinero o la continuidad de un proyecto político, y el coste –si no se garantizan mecanismos especiales de demostración del ilícito y del propio beneficio– será soportado sólo por la sociedad.

En conclusión, por la ya expuesto, estos delitos no serán demostrados a través de métodos tradicionales de prueba, como el testigo, la confesión y los documentos de fácil acceso e interpretación. ORSI y el TEDH (Sentencia Fruni vs Slovakia, de 21-6-2011) han señalado, de un lado, que estos delitos resultan difíciles de investigar debido a su grado de preparación, a la pluralidad de sujetos intervinientes, y a su perpetración intramuros por los dispositivos destinados a granjear la impunidad; y de otro lado, que la lucha contra la corrupción y el crimen organizado bien pueden demandar medidas, procedimientos e instituciones de carácter especializado. Lo que, en especial, deben ser investigados y probados, por ejemplo, los pagos producidos, lo que se dificulta cuando el pago es realizado en dinero en efectivo, pero se facilita cuando se utilizan medios de pago bancarizados aunque bajo métodos de “disfraz”, y además tiene, en casos de gran trascendencia, la acción preparatoria de la confección de una caja “negra” [KUDLICH].

2. Proceso penal y corrupción

2.1. Promoción de la acción penal

La persecución procesal de la corrupción requiere de pautas institucionales de carácter orgánica–procesal y funcional–procesal. La primera está en función a la configuración de diversas instituciones que dicen, de un lado, de determinadas prerrogativas procesales o institucionales (inmunidad, acusación constitucional y aforamiento); y, de otro lado, de especialidades procedimentales en diversos ámbitos del procedimiento, con alteración o creación de determinadas reglas del procedimiento común u ordinario.

Las prerrogativas procesales están residenciadas en los denominados “altos funcionarios públicos”: presidente de la república, congresistas, ministros, jueces de las Altas Cortes, Fiscales Supremos o máxima autoridad del Ministerio Público, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República o integrantes del Tribunal de Cuentas. Son instituciones de Derecho constitucional. Buscan proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales a causa de un interés general. Sus reglas deben interpretarse, en tanto obstaculizan el libre acceso a la justicia y suponen una restricción a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, restrictivamente y tendente a afianzar la proporcionalidad entre el instrumento procesal utilizado (las prerrogativas) y la finalidad que se dirigen (protección de la función constitucionalmente encomendada).

La acusación constitucional, en cuanto garantía institucional, está destinada a proteger a determinados altos funcionarios públicos, taxativamente designados por la Constitución, ante imputaciones por delitos de función cometidos en el ejercicio de su cargo —uno de los supuestos más característicos son los delitos asociados a la corrupción—. El procesamiento o inculpación formal del alto funcionario público queda sujeto a la investigación parlamentaria y a la decisión del congreso por mayoría, que puede ser simple, absoluta o calificada, según los casos. La cognición del Congreso es limitada, pues, tiene que decidir si la imputación obedece o no a móviles políticos o espurios y si alterará indebidamente la funcionalidad del órgano constitucional concernido y, en el caso del congreso, el sistema de mayoría y minorías.

Para que la Fiscalía de la Nación formule una denuncia constitucional ante el Congreso requiere que cuente con la obtención de medios de investigación sólidos en su indagación preliminar para justificarla. Por lo general, en América Latina tras el levantamiento de la inmunidad el Poder Judicial abre un procedimiento de investigación preparatoria y, ulteriormente, un procedimiento principal, de enjuiciamiento. Solo en casos muy limitados (por ejemplo, la Argentina), siguiendo el modelo estadounidense, el enjuiciamiento lo realiza directamente el Congreso, con la intervención como presidente, del máximo jerarca del poder judicial.

El aforamiento, que es aquella prerrogativa procesal que deroga las normas comunes de la competencia objetiva, en cuya virtud determinadas autoridades quedan sometidas, de conformidad con su jerarquía, a órganos jurisdiccionales superiores al del primer nivel competente territorialmente. Este encargo a un juez de otro nivel jerárquico en la estructura del Poder

Judicial intenta garantizar un menor grado de presión e influencia de un cargo administrativo al juez o fiscal de primera instancia. Se parte de la premisa, de una máxima de la experiencia, que a mayor jerarquía del juez más significativa o notable será su capacidad de resistencia y posibilidad de rechazar presiones de terceros; dato que, en determinados ámbitos de la jerarquía judicial, no tiene sentido o fuerza en función a la garantía de independencia judicial y al rol del órgano de gobierno judicial.

El problema del aforamiento, como ya se expuso, más allá de encargar tareas a un determinado órgano jurisdiccional no adaptado para tales funciones (control de la investigación y dirección de las etapas intermedia y de enjuiciamiento en primera instancia, para lo que existen jueces especializados con una oficina judicial específica), es el número de aforados que pueden reconocerse en los ordenamientos jurídicos, la extensión del aforamiento, que pueden crearse por Ley para proteger a diversos cargos de la Administración, distintos de los altos funcionarios públicos –la denominada hipertrofia de aforamiento–. Lo relevante, entonces, como planteó GIMENO, es (i) no solo limitar materialmente la prerrogativa al delito cometido durante el ejercicio del cargo, sino (ii) circunscribirla exclusivamente a los Altos Funcionarios definidos en la Constitución, no a funcionarios de nivel regional o jueces superiores o especializados o a fiscales superiores, provinciales o adjuntos –la ley peruana, en estos casos, instauró para ellos un requisito de procedibilidad consistente en la autorización de procesamiento por el Fiscal de la Nación–. El problema, por ejemplo, que tiene el Perú es que se ha configurado un sistema de aforamientos amplio y con numerosos funcionarios beneficiados con él: todos los jueces y fiscales, los jueces del Tribunal Supremo de Justicia Militar Policial y todos los procuradores públicos, de modo que incluso la Corte Suprema, en estos casos, ya no tiene competencia funcional casacional, como debiera ser, sino de apelación, no solo de la sentencia sino de los numerosos autos declarados apelables por el CPP.

2.2. Jurisdicción y competencia penales

Desde luego las reglas sobre la jurisdicción y la competencia penales son parte integrante del derecho orgánico procesal, pues definen a qué jueces corresponde el conocimiento de los procesos. Un factor de perturbación es, sin duda, las prerrogativas procesales. La regla aplicable, en principio, que funciona como fuero atrayente o *vis atractiva*, es que en materia de competencia objetiva prima el fuero de quien tiene la prerrogativa de aforamiento. El artículo 451.2

CPP exige la acumulación originaria de la causa de los aforados y los no aforados, lo que de por sí complica el manejo del caso. Pero, como las reglas de acumulación son –deben ser– flexibles para facilitar la estrategia procesal de la Fiscalía y tener en cuenta los avatares del procedimiento, es absolutamente posible –y necesario, como recomienda GIMENO– la separación de imputaciones y formación de expedientes separados, siempre que, como reza el artículo 51 CPP, con fines de simplificación del procedimiento y de aceleramiento procesal (decidir con prontitud), existan elementos suficientes para conocer con independencia –bajo un entendimiento pragmático–, separar o desunificar los procesos acumulados. Incluso, en los mega procesos o macro procesos, con multiplicidad de imputados, delitos y víctimas, es pertinente esta separación, que desde luego comprenden los delitos conexos.

Otra especialidad procedimental, de jerarquía constitucional, está referida al delito de enriquecimiento ilícito (artículo 41 de la Constitución y artículo 401 del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1243, de 22-10-2016). En estos casos, el Fiscal de la Nación es quien realiza las diligencias preliminares y el que, finalmente, formula cargos ante el Poder Judicial; es decir, dicta la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la cual debe ser materia de un auto motivado aprobando la formalización de la investigación preparatoria, con citación del fiscal al que le corresponderá la dirección de la investigación preparatoria, conforme a la designación que el Fiscal de la Nación precise. Es de tener en cuenta que “formular cargos” –en tanto en cuanto especialidad procedimental– no importa una autorización de que con la sola disposición del Fiscal de la Nación se inicie sin más la investigación preparatoria, pues requiere de la correspondiente autorización judicial desde que la promoción de la acción penal en este caso, según la dicción del precepto constitucional, está condicionada a un acto de aprobación judicial. Ha de seguirse, por tanto, el procedimiento homólogo al fijado por el artículo 450.3 del CPP.

Los delitos de corrupción de funcionarios, procesalmente, están a cargo de órganos fiscales y jurisdiccionales especializados. Se han configurado circuitos judiciales propios o una subespecialidad penal, sea a nivel nacional –según la amplitud geográfica del delito– o a nivel de cada Distrito Judicial, donde está asentada una Corte Superior de Justicia. Así, se han expedido las siguientes normas: 1. Resoluciones de Fiscalía de la Nación 020-2000-MP-FN, de 10-11-2000; 1065-2004-MP-FN, de 27-07-2004; 774-2005-MP-FN, de 08-04-2005; 1833-2012-MP-FN, de 18-07-2012; 1987-2022-MP-FN,

de 16-09-2022; 833-2023-MP-FN, de 05-04-2023; y, 024-2024-MP-FN, de 04-01-20243. **2.** Decreto Legislativo 1342, de 07-01-2017. **3.** Resoluciones Administrativas 325- 2017-CE-PJ, de 20-11-2017; y, 001-2018-CE-PJ, de 10-01-2018.

2.3. Especialidades procedimentales

Las causas contra funcionarios públicos están sujetas a determinadas especialidades procedimentales. Así, por ejemplo, la intervención de la Contraloría General de la República, de la Unidad de Inteligencia Financiera, los secretos de Estado y la denuncia anónima.

2.3.1. Contraloría General de la República. Esta institución, de claro origen estadounidense, es un organismo autónomo de derecho constitucional (artículo 82 de la Constitución) encargado de supervisar, entre otros ámbitos, la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, y tiene como atribución realizar auditorías en todas las instituciones públicas y, si descubre la comisión de presuntos delitos, denunciarlos ante el Ministerio Público, acompañando el **Informe Especial** correspondiente. Este informe, según el artículo 201-A CPP, tiene el carácter de pericia institucional extraprocesal –así, con anterioridad, lo determinó la Cas. 817-2020/Piura–. El Informe Especial no se erige como un requisito de procedibilidad, necesario para inculpar formalmente a una persona o funcionario público; la ley le asigna un carácter de medio de prueba “especial” –esta denominación de pruebas especiales tiene su base en lo que inicialmente estructuró el Código de Instrucción Criminal Frances de 17-11-1808–. La Corte Suprema ha ido más lejos, pues ha considerado que cuando interviene la Contraloría General de la República, o un órgano integrante del Sistema Nacional de Control, no es posible designar oficialmente peritos distintos a los auditores gubernamentales; solo ellos pueden realizar estas pericias. Entiende la Corte Suprema que se trata de una excepción razonable al principio de libertad de prueba, excepción ya reconocida, por lo demás, en los casos de delitos culturales (necesidad de una pericia antropológica o cultural), declaración inimputabilidad (necesidad de una pericia médico legal por psiquiatras), asuntos de estado civil o de ciudadanía, delitos aduaneros (Informe de avalúo y reconocimiento físico de mercancías por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, calificada de pericia institucional) y tributarios (informe técnico o contable de la SUNAT, que tiene carácter de pericia institucional. Por lo demás, es del caso también tener presente para valorar el Informe Especial, la resolución del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la propia Contraloría General de la República, que delimita, a sus criterios jurídicos en el

caso concreto, el valor del Informe Especial –así, Cas. 2619-2021/Piura, de 07-11-2022, y 3490-2022/Arequipa, de 05-01-2024–.

2.3.2. Unidad de Inteligencia Financiera. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros (artículo 87 de la Constitución), que es un organismo de relevancia constitucional con autonomía funcional, dentro del Sector Economía y Finanzas del Estado. La Unidad de Inteligencia Financiera –en adelante, UIF–, creada por Ley 27693, de 12-04-2002, y asignada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por la Ley 29038, de 12-07-2007, está encargada de recibir, analizar, tratar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. Una de sus funciones es comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que luego del análisis e investigación respectivos, se presume que están vinculadas a actividades de lavado de activos, sus delitos precedentes y al financiamiento del terrorismo. Entre las comunicaciones de inteligencia financiera se encuentra el Reporte-UIF. Éste es una pericia institucional que se pronuncia acerca de la comisión de los delitos de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo; contiene información verificable de operaciones financieras o tributarias, de bienes muebles e inmueble, de operaciones de comercio exterior, de operaciones comerciales y otras necesarias. Los funcionarios que emiten el Reporte-UIF tienen el carácter de peritos, integrantes del denominado “Cuerpo de Peritos Informantes”. La UIF, para la diligencia de explicación pericial, puede designar a peritos distintos de los firmantes del Reporte-UIF.

2.3.3. Secretos de Estado. La regla es que el funcionario debe guardar el secreto de estado al que accedió por su condición funcional específica (información clasificada como secreta o reservada). Desde luego, se entiende este deber de abstención busca garantizar la buena marcha de los servicios secretos o de inteligencia y la seguridad de la Nación, para lo cual ha de pedirse información al ministro del Sector si se está ante una información secreta o reservada; y, en su caso, indagar este supuesto, llamando a declarar a los funcionarios concernidos y al propio testigo inicialmente emplazado a fin de concretar los esclarecimientos correspondientes. Si se trata de delitos de corrupción, en los que se busca determinar si se afectaron recursos públicos y si se infringió la legislación presupuestal o financiera del Estado, la regla es que no puede invocarse secreto de Estado, en tanto en cuando consten elementos investigativos que apunten a la comisión delictiva. El problema se plantea con los denominados “fondos

reservados” o adquisiciones de armamento y se denuncia un manejo delictivo de los caudales públicos respectivos.

2.3.4. La denuncia anónima (*Whistleblowing*)

Es necesario partir de una consideración previa, resaltada por KUDLICH. En principio ningún evento puramente externo puede fundamentar, a causa de su sola existencia, una sospecha de corrupción, entonces algunas personas transmiten la información a la Fiscalía, la Policía o la Contraloría General de la República. Típicos denunciadores de delitos son las víctimas. Sin embargo, la corrupción regularmente es un "delito sin víctimas", y a primera vista quedan especialmente como potenciales denunciadores los colaboradores de los que cometen los delitos, de suerte que es necesario generar algún mecanismo de protección para evitarle perjuicios –al denominado con el anglicismo “*whistleblowers*”–.

Si bien el artículo 328 del CPP requiere de la identificación del denunciante, nuestra jurisprudencia acepta de plano la denuncia anónima, aunque técnicamente no puede calificarse de denuncia ante la carencia de la identidad del denunciado, pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminal que dé lugar a que la Policía o la Fiscalía compruebe la realidad de la misma y como resulta de esa comprobación dar curso al proceso penal [cfr.: STSE 583/2017, de 19 de julio]. Ahora, en sede del Sistema Nacional de Control, conforme a la Ley 29542, Ley de Protección al denunciante en el ámbito Administrativo y de colaboración eficaz en el proceso penal, de 22-06-2010, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 038-2011-PCM, de 22-04-2011, al igual que en la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales, de 03-07-2011, y las Directivas de la Contraloría General de la República 020-2022-CG y 264-2024-CG, es posible la denuncia administrativa anónima y el canal de denuncia o *whistleblowing*, siendo posible extenderlo, con determinadas limitaciones, al proceso penal [cfr.: STSE 272-2020, de 6 de febrero]. Esta permisión expresa, como señalara la Directiva (UE) 2029/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, de 23-10-2019, la constatación –por lo demás común a todos los países del mundo– de que los informantes, o denunciadores, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones y que se busca reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas [GIMENO BEVIÁ].

Lo relevante, en todo caso, es el valor de la denuncia y el aporte de información añadida –documental, sea por escrito, fílmica o digital–, más allá incluso si cabe aceptarse la técnica de recompensas –pese a que pueda erigirse en un cazarrecompensas o mercenario motivado por los incentivos dinerarios y, por ende, propiciador de la obtención de pruebas ilícitas–. El “robo” de información o la vulneración de varios derechos fundamentales (intimidad, secretos de Estado o industriales o financieros) es un punto crucial de este *state actor*. Se puede sostener, de un lado, que si este personaje, pese a lo que hizo, más allá de sus motivos, si no lo hace a nombre del Estado –dirigido, autorizado o tolerado por agentes estatales de investigación–, no es posible considerar ilícita la prueba obtenida [v.gr.: STSE 116/2017, de 23 de febrero, y STCE 97/2019, de 16 de julio]; o, de otro lado, que tal situación, de diferenciación entre particular y funcionario, permite utilizar fácilmente procedimiento fraudulentos de connivencia entre particular y funcionario [RODRÍGUEZ RAMOS] o una clara vulneración del artículo 159 del CPP –similar al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España–, que impediría ponderar otros valores, dado que fija una consecuencia automática de ineficacia absoluta de la prueba, conforme a lo auralmente fijado por la STCE 114/1984, de 29 de noviembre [ASENCIO MELLADO].

2.4. Medidas instrumentales restrictivas de derechos

Las medidas instrumentales restrictivas de derechos, entendidas como actos del poder público (del juez) destinadas a la obtención de fuentes de pruebas para lo cual se levantan determinadas garantías constitucionales de los posibles afectados (garantizan, dice ROXIN, el proceso de conocimiento de los hechos), tienen una particular relevancia en la persecución procesal de la corrupción. Es del caso analizar el levantamiento del secreto bancario y el levantamiento de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Los delitos asociados a la corrupción son, por lo general, hechos catalogados idóneos para que se ordenen medidas instrumentales profundamente invasivas [KUDLICH].

2.4.1. Levantamiento del Secreto Bancario. En materia de corrupción, es de reconocer que cuando los dineros están vinculados a delitos de corrupción constituyen **productos del delito**, decomisables por principio; y, para hacerlo, se autoriza, por diversas vías, el acceso a información y documentos bancarios, financieros y comerciales, incluso bursátiles. En los delitos asociados a la corrupción se entiende que los recursos pueden ser **(i)** recursos públicos, aún en **(ii)** cuentas bancarias del órgano público afectado o ya transferidos

a cuentas privadas, y de *(iii)* recursos privados cuando el dinero es privado y está en cuentas privadas. El acceso en el primer caso es público: no hay secreto bancario alguno, por lo que se pide directa y motivadamente al órgano público concernido. El acceso en los dos casos restantes, si bien los actos pertenecen a la esfera pública, es decir, son de acceso público y demandan la aplicación de los principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas (*accountability*), como ya se encuentran en cuentas privadas es de considerar el derecho al secreto bancario —que tutela la vida privada y los actos regulares que realizan las personas en ese ámbito—, pero que, como todo derecho fundamental, no es absoluto. El artículo 31.7 del Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción —que tiene fuerza normativa interna en Perú al haberse aprobado y ratificado— autoriza el levantamiento del secreto bancario (para identificar, localizar y decomisar el producto del delito) ante la sospecha razonable de comisión delictiva por el imputado, tal como lo ha justificado la STEDH asunto Podeschi vs San Marino, de 18- 9-2017; luego, esa medida no implica la vulneración del debido proceso. Se entiende que el uso de los datos referidos a la información bancaria o bursátil debe ser hecho en estricta reserva y para los fines y límites de la investigación o persecución del delito y su producto.

2.4.2. Intervención de las comunicaciones. En relación al acceso a las comunicaciones telefónicas, vía e-mail, wasap o uso de otras aplicaciones o instrumentos de comunicación restringida, rige, en lo sustancial, las mismas reglas que en el caso anterior. Puede tratarse: **1.** De comunicación de actos públicos en ambientes públicos o en ambientes sociales privados de acceso libre a cualquier persona, así como de comunicación de actos públicos a través de equipos informáticos o telemáticos públicos, de dominio público. **2.** De comunicación de actos públicos en ambientes privados o íntimos, así como de comunicación de actos públicos solamente a través de equipos informáticos o telemáticos privados, de dominio privado. **3.** De comunicación de actos entre particulares, es decir, realizados sin la participación de un funcionario público, pero con indicios de delito de corrupción, en ambientes privados o íntimos, así como de comunicación de tales actos a través de equipos informáticos o telemáticos privados, de dominio privado. Recuérdese que la esfera pública, a diferencia de la esfera íntima, privada y social, importan actos y contratos practicados con la intervención de agentes públicos —toda la actividad negocial del Estado—, así como los realizados por particulares, sin participación del agente público, pero directamente relacionados a la Administración pública;

son actuaciones que generan un efecto jurídico material o inmaterial y son capaces de frustrar las expectativas de actuación honesta y proba por parte del agente público.

Ahora bien, lo que importa es que tales comunicaciones deben interesar a la investigación. En las dos primeras hipótesis los actos son públicos por su propia naturaleza, pero han de ser tratados separadamente por involucrar la segunda hipótesis equipos privados. Las hipótesis dos y tres tienen en común el ámbito privado y el hecho de que los equipos utilizados son de propiedad privada. Pero en la hipótesis tercera la comunicación se da estrictamente entre particulares, pero el acto pasa a ser público por contener información de interés público si hay indicios de delito de corrupción.

En el primer caso, son de acceso público estas comunicaciones. Rígen los principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas; y, los jueces pueden demandar directamente mandatos a los órganos públicos concernidos para conocer el contenido de dichas comunicaciones. En el segundo y tercer caso, los actos públicos han sido practicados en ambientes privados o íntimos, o a través de equipos informáticos o telemáticos privados –aquí el ámbito donde se desarrolla la comunicación no es libre sin el previo consentimiento del investigado–; empero, si hay indicios de un delito contra la Administración Pública, prevalece el derecho público de saber y conocer el contenido correspondiente, hay interés público en conocerlo. En estos casos, como el derecho no es absoluto, debe ceder si la medida está prevista por la ley –conforme al Derecho– y sea necesaria en una sociedad democrática –que se justifique para los fines legítimos de la investigación– (STEDH Weber y Saraiva vs Alemania, de 29-6-2006). Debe, entonces, ser autorizada por el juez y debe mediar una petición fundada por un delito grave en la que se utilice la comunicación el delito, y puede ser muy difícil o imposible conocerlo por otros medios. Es claro que si se graba una conversación por uno de los interlocutores no hay secreto que tutelar y es válido su uso procesal.

2.5. Medidas de coerción

Las medidas de coerción específicas, más significativas, están en función a las denominadas “interdictivas” y a la incautación de bienes delictivos.

2.5.1. La medida interdictiva más característica es la suspensión en el ejercicio del cargo público del funcionario imputado. El artículo 298, apartado 1,

literal b), del CPP, siguiendo su fuente italiana, excluye a los funcionarios que provengan de elección popular. Se trata de una medida anticipativa y, en clave del principio de instrumentalidad, está relacionada con la pena de inhabilitación. Como toda medida de coerción –y, personal, en este caso– el juez ha de ponderar la idoneidad y adecuación de su aplicación atento a lo que significa para el curso de la vida del afectado, que tiene como presupuesto un nivel determinado del *fumus comissi delicti*, en este caso la sospecha requiere un umbral alto, de sospecha suficiente; es decir, que los elementos investigativos de cargo han de ser superiores y con mayor solidez que los elementos investigativos de descargo. Desde los requisitos legales o motivos de justificación, se tiene, primero, que el delito tenga un cierto nivel de gravedad objetiva y, siempre, esté aparejado con la pena de inhabilitación; y, segundo, que exista peligro concreto (motivos urgentes, dice ROXIN) de obstaculización o de reiteración delictiva (cometerá delitos de la misma clase de aquél por el que se procede), para lo cual los baremos de apreciación son las específicas modalidades del delito y las circunstancias del hecho o las condiciones personales del imputado.

2.5.2. La incautación es una medida de coerción real o patrimonial que busca el aseguramiento, mediante desapoderación, de los bienes delictivos: instrumentos, objetos, efectos o productos y ganancias del delito. Garantiza el futuro decomiso del bien, que no es una pena sino una consecuencia accesoria, que procura eliminar la peligrosidad de los bienes como evitar el enriquecimiento injusto. Político criminalmente está destinado a bloquear o cancelar el ciclo económico del delito.

2.6. El agente encubierto

El agente encubierto (y sus variantes: agentes especiales y agentes reveladores) son de común aceptación en los delitos asociados a la corrupción. Él puede realizar todas las maniobras y actos necesarios tendientes a mimetizarse e infiltrarse para lograr su cometido. Esto incluye acciones que significan una injerencia en derechos constitucionales; precisamente por eso se exigen, si se trata de limitaciones de intensidad media, de orden del Ministerio Público, y si configuran limitaciones graves o constitucionalmente impuestas, de autorización judicial para su ordenación. A partir de ellas, según los casos, se habilita al agente encubierto a ingresar a domicilios, hablar con sospechosos –lo que muchas veces implicará escuchar la confesión de delitos–, tomar conocimiento de las comunicaciones que estos mantengan en su presencia, etcétera. Por eso se ha señalado, por HAIRABEDIÁN, que el paradigma es un agente actor, hábil

para engañar a quienes se supone viven del engaño y la ocultación, que está autorizado para cometer hechos punibles pese a ser funcionario estatal. El agente encubierto podrá “ver” y “escuchar”, en definitiva, intentará recabar información para reportar al fiscal [BARLETTA].

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL

1. AA.VV. ABADÍAS SELMA, ALFREDO – SIMÓN CASTELLANO, PERE (Coordinadores): *La prisión provisional*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2020.
2. AA.VV. ABEL LLUCH, XAVIER – PICÓ I JUNOY, JOAN (Directores): *La prueba electrónica*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.
3. AA.VV. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA (Coordinador): *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
4. AA.VV. BARJA DE QUIROGA, JACOBO (Director): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomos I y II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
5. AA.VV. BASILICO, RICARDO A. – TERRADILLOS BASOCO, JUAN (Directores): *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial IBdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2019.
6. AA.VV. BELING, ERNST; AMBOS, KAI; y GUERRERO, OSCAR JULIÁN. *Las prohibiciones probatorias*. Editorial Temis, Bogotá, 2009.
7. AA. VV. CABEZUDO BAJO. MARIA JOSÉ. *Investigacion y prueba en el proceso penal* (Gonzales-Cuellar Serrano – Sanz Hermida, Ágata (director y coordinada), editorial Colex, Madrid, 2006.
8. AA. VV. FERRER BELTRÁN, JORDY; GASCÓN ABELLÁN, MARINA; GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL y TARRUFFO, MICHELE. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2006.
9. AA.VV. GARRIDO CARILLO, FRANCISCO (Director): *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2021.
10. AA.VV. GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS – BARONA VILAR, SILVIA: *Proceso Penal Derecho Procesal III*, 3ra. Edición, Valencia, 2023.

11. AA.VV. GÓMEZ MARÍN, VÍCTOR – MONTIEL, JUAN PABLO – SATZGER, HELMUT (Editores): *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2018.
12. AA. VV. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (coordinador). *Pureba y proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
13. AA. VV. GUZMÁN FLUJA, VICENTE y FLORES PRADA, IGNACIO (directores). *Justicia penal y derecho de defensa*. Conti, Carlotta. *Las prohibiciones probatorias en el proceso penal italiano*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
14. AA.VV. KOSTORIS, ROBERTO E. (Editor): *Manual de Derecho Procesal Penal Europeo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022.
15. AA.VV. OTEIZA, EDUARDO (presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal): *La prueba en el proceso*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2018.
16. AA.VV. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS (Director – Coordinador): *Derecho procesal penal*, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
17. AA. VV. RIVES SEVA, ANTONIO (director). *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 5.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2012.
18. AA. VV. RIVES SEVA, ANTONIO (director). *La prueba en el proceso penal*, Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Aranzandi, Navarra, 2012.
19. AA.VV. RIVES SEVA, ANTONIO PABLO (Director): *La prueba en el proceso penal – Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Tomos I y II, 7ma. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2021.
20. AA.VV. ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA: *Procesos y prueba prohibida*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022.
21. AA. VV. VÁZQUEZ, CARMEN (Coordinadora): *Hechos y razonamiento probatorio*, Editorial Zela, Puno, 2019.
22. AA.VV. VILLAR FUENTES, ISABEL – CARO CATALÁN, JOSÉ (Directora, Coordinador): *Investigación y prueba en los procesos penales de España e Italia*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2019.
23. ABAD YUPANQUI, SAMUEL: *Constitución y proceso constitucional*, Ed. Palestra, 5.a ed., Lima, 2015.
24. ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: *Evidencia digital en el proceso penal*, Editorial IBdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2023.

25. ADOLFO ALVARADO, VELLOSO / AGUILA GRANADOS, GUIDO: *Lecciones de derecho procesal civil*, Ed. San Marcos, 2.a ed., Lima, 2011.
26. ALARCÓN MENÉNDEZ, JORGE MIGUEL: *La investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal penal*, Editorial Grijley, Lima, 2010.
27. ARAGONESES, ALONSO: *Instituciones de derecho procesal penal I*, Gráficas Mesbard, Madrid, 1976.
28. ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA y otros. *Derecho Procesal Penal* Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2002.
29. ARIANO DEHO, EUGENIA: *Impugnaciones procesales*, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2015.
30. ARRABAL PLATERO, PALOMA: *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
31. ASECIO GALLEGO, JOSÉ MARÍA: *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
32. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
33. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho procesal civil*. Parte Primera, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
34. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. (coordinador), y López Yagüe, Verónica. *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con jurisprudencia*. Editorial La Ley, Madrid, 2013.
35. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
36. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Principio acusatorio e imparcialidad*, Ed. Grijley, Lima 2013.
37. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989.
38. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA (director): *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.
39. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho procesal penal*, 5.a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
40. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, 6ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

41. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 4.a ed., Valencia, 2008.
42. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Ara, Lima, 2010.
43. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*. Estudios Fundamentales. INPECCP Fondo Editorial, Lima, 2016.
44. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales*, Editorial INPECCP – CENALES, Lima, 2016.
45. ASECIO GALLEGO, JOSÉ MARÍA: *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
46. ATIENZA, MANUEL. *Sobre el razonamiento judicial*. Editorial Palestra, Lima, 2017.
47. ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, NICETO y LEVENE RICARDO hijo: *Derecho procesal penal*. Editorial Kraft, Buenos Aires, 1945.
48. ALSINA, HUGO: *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Editorial Compañía Argentina de Editores Sociedad de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, 1941.
49. ALVA MONGE, PEDRO JOSÉ / SÁNCHEZ TORRES, ALEXANDER GERMÁN: *Las casaciones penales en el Perú*, t. I, Jurista Editores, Lima, 2015.
50. ALVA MONGE, PEDRO JOSÉ / SÁNCHEZ TORRES, ALEXANDER GERMÁN: *Las casaciones penales en el Perú*, t. II, Jurista Editores, Lima, 2015.
51. ALVARADO URÍZAR, AGUSTINA: *Teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita*, Editorial Tirant lo Blanch – Instituto de Ciencias Penales de Chile, Valencia, 2021.
52. ÁLVAREZ RODRIGUEZ, JOSE RAMON-RÍUS DIEGO, FRANCISCO JOSÉ: *La entrada y registro en lugar cerrado*. Editorial Tecnos, Madrid, 2009.
53. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
54. ALZAMORA VALDEZ, MARIO: *Derecho Procesal Civil – Teoría del proceso civil*, Editorial SESATOR, Lima, 1974.12-A.
55. ALZAMORA VALDEZ, MARIO: *Derecho Procesal Civil – Teoría del proceso ordinario*, Editorial Tipografía Peruana, Lima, 1966.

56. AMBOS, KAI/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *Constitución y sistema acusatorio*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
57. ANDRÉS IBAÑES, Perfecto. *La prueba y convicción judicial en el proceso*. Hammurabi, Buenos Aires, 2009
58. ANGULO ARANA, Pedro: *La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
59. ANGULO ARANA, Pedro: *El interrogatorio de testigos en el proceso penal*, Gaceta Jurídica, 2.a ed., Lima, 2008.
60. ARMENTA DEU, TERESA. *Estudios de Justicia Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2014.
61. ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
62. ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 14ta. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2023.
63. ARIAS DUQUE, JUAN CARLOS/CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette y otros: *El proceso penal acusatorio colombiano*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005.
64. ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, 5.a. ed., Madrid, 2010.
65. ARMENTA DEU, TERESA (coordinadora): *La convergencia entre proceso civil y penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
66. ARMENTA DEU, TERESA: *Sistemas procesales penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
67. ARMENTA DEU, TERESA: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Ed. Marcial Pons, 2.a ed., Madrid, 2011.
68. ARNAÍZ SERRANO, AMAYA: *Las partes civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
69. ARNAÍZ SERRANO, AMAYA. “La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal”. www.cienciaspena-les.net/files/2016/10/8amaya-arnaiz.pdf.
70. BACHMAIER WINTERT, LORENA (coordinadora): *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
71. BACIGALUPO, ENRIQUE: *El debido proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

72. BÁEZ, JULIO: *Derecho procesal penal*, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010.
73. BANACLOCHE PALAO, JULIO / ZARZALEJOS NIETO, JESÚS: *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
74. BANACLOCHE PALAO, JULIO / ZARZALEJOS NIETO, JESÚS / GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial La Ley, Madrid, 2012.
75. BANACLOCHE PALAO, JULIO / ZARZALEJOS NIETO, JESÚS: *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2023.
76. BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomos I y II, Editorial Aranzadi, Navarra, 2019.
77. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos: *Derecho procesal penal*, Ed. Mc GrawHill, 3.a ed., México D. F., 2009.
78. BENAVENTE CHORRES, Hesbert: "La incautación de bienes en el Proceso Penal". En Revista Gaceta Jurídica. Colección 18, tomo 4, número 10, Lima 2010.
79. BERNAL CUELLAR, JAIME / MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO: *El proceso penal*, t. II, Universidad Externado de Colombia, 6.a ed., Bogotá, 2013.
80. BERNAL CUELLAR, JAIME / MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO: *El proceso penal*, t. II, 6.a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
81. BERTOLINO, PEDRO. "La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina". En AA. VV. *La víctima en el proceso penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
82. BINDER, Alberto M: *Introducción al derecho procesal penal*, 2.a ed., tercera reimpresión, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
83. BUENO DE MATA, FEDERICO: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2019.
84. BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora académica): *Derecho probatorio contemporáneo / prueba científica y técnicas forenses*, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO, Cartagena, 2012.

85. BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora académica): *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO, Cartagena, 2013.
86. BROWN, GUILLERMO. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2002.
87. CÁCERES JULCA, ROBERTO. “La prueba ilícita y los instrumentos procesales para su exclusión probatoria”. En *Actualidad Penal* 18, diciembre de 2015, Lima.
88. CACERES JULCA, Roberto: *Las medidas cautelares en el Nuevo Proceso Penal*, Ed. Jurista Editores, Lima, 2009.
89. CAFFERATA NORES, José: *La prueba en el proceso penal*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998.
90. CAFFERATA NORES, José/HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *La prueba en el proceso penal*, Ed. LexisNexis, 6.a ed., Buenos Aires, 2008.
91. CAFFERATA NORES, José y otros: *Manual de derecho procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004.
92. CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, Vol. I, Bibliográfica, Argentina, 1945.
93. CALDERON CEREZO, Ángel/CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Ed. Dikynson, Madrid, 2002.
94. CALDERON SUMARRIVA, Ana/AGUILA GRADOS, Guido: *Derecho procesal penal - Didáctico*. Escuela de Graduandos Águila y Calderón, Ed. San Marcos, Lima, 2001.
95. CALVINHO, Gustavo: *El sistema procesal de la democracia*, Ed. San Marcos, Lima, 2008.
96. CAMARGO ACOSTA, Johan S.: *Código Procesal Civil comentado*, t. II, Ed. Adrus, Arequipa, 2010.
97. CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.
98. CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO y otros. *Código Penal-Doctrina y Jurisprudencia*. Colex, Madrid, 1997.
99. CARNELUTTI, Francesco: *Lecciones sobre el proceso penal*, t. IV, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950.

100. CARNELUTTI, FRANCESCO. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1971.
101. CASTILLEJOS MANZANARES, RAQUEL: *Medidas Limitativas de Derechos Fundamentales. En especial las tecnológicas*, Editorial Aranzadi, 2021.
102. CAVANI, RENZO: *Teoría Impugnatoria*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2018.
103. CARRIÓN LUGO, Jorge: *El recurso de casación en el Código Procesal Penal*, vol. III, Ed. Grijley, Lima, 2012.
104. CARRIÓN, ALEJANDRO. D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, 5ª. edición, Buenos Aires, 2006.
105. CASTILLO ALVA. “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”. En *Diálogo con la Jurisprudencia* 83, agosto de 2005, Lima, Gaceta Jurídica.
106. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista Editores, Lima, 2009.
107. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo: *Manual del sistema de justicia penal*, t. II, Ed. Librotécnia, 2.a ed., Santiago, 2010.
108. CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO – FELICES MENDOZA, MARÍA ESTHER: *El nuevo proceso penal*, Editorial Grijley, Lima, 2011.
109. COUTURE, EDUARDO J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ta. Edición, Editorial IBdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2022.
110. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho Penal Español*, Volumen I, Editorial Dykinson, Madrid. 2009.
111. CHAIA, RUBÉN A. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
112. CHÍA, Rubén A.: *La prueba en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
113. CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto/OBLIGADO, Daniel Horacio: *La nueva casación penal*, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2005.
114. CHIARA DÍAZ, CARLOS ALBERTO, OBLIGADO, DANIEL HORACIO. *La reparación del daño en el proceso penal*. Editorial Nova Tesis, Rosario, 2007.
115. CHIOVENDA, GIUSEPPE: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

116. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962.
117. CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1968.
118. CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2.a. ed., Valencia, 2005.
119. COMPAIRED, Carlos Román/SANTAGATI, Claudio Jesús: *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2010.
120. CORDERO, Franco: *Procedimiento penal*, Ed. Temis, Bogotá, 2000.
121. CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999.
122. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otro: *Derecho Procesal Penal*, Octava Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
123. COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.
124. CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.
125. CRUZ MORATONES, Carles/FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina/FERRER BELTRÁN, Jordi: *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
126. CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El nuevo proceso penal*, Ed. Palestra, 2.a ed., Lima, 2015.
127. CUBAS VILLANUEVA, Víctor/DOIG DÍAZ, Yolanda/QUISPE FARFÁN, Fany Soledad: *El nuevo proceso penal*, Ed. Palestra, Lima, 2005.
128. CUELLO IRIARTE, Gustavo: *Derecho probatorio y pruebas penales*, Ed. Legis, Buenos Aires, 2008.
129. D'ALBORA, Francisco J: *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Lexisnexis, 5.a ed., Buenos Aires, 2002.
130. DE ALMEIDA MENDONCA, ANDRÉ LUIZ – RODRÍGUEZ-GARCÍA, NICOLÁS: *El principio de validez de la prueba en casos de corrupción*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
131. DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2da. Edición, Madrid, 2018.

132. DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL. “Oralidad, Justicia Alternativa y el Ministerio Fiscal Español”. En *Jornadas Iberoamericanas: Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F.
133. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil*, t. I, 2.a ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
134. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/DÍEZ-PICAZO, Giménez/VEGAS TORRES, Jaime: *Derecho procesal / Introducción*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2.a ed., Madrid, 2002.
135. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal penal*, 5ta. Edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
136. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*, Ed. ARA, Lima, 2008.
137. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ed. ARA, Lima, 2010.
138. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo y otros: *Derecho Procesal Penal* (Dir.: Asencio Mellado, José María), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
139. DE AGUILA GUALDA, Salud: *La prueba en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2017.
140. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: *La individualización de la pena en los tribunales de justicia*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
141. DE LA RUA, Fernando: *La Casación Penal*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
142. DE MELO PEDROSO, Vanessa Alexandra: “La organización criminal y el futuro del Derecho penal”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Unipar*, vol. 11, junio 2008.
143. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
144. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *La prueba ilícita penal*. Aranzadi, Navarra, 2010.
145. DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, 3.a ed., Buenos Aires, 2004.

146. DIAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO – LÓPEZ CASTILLO, MAGDALENA: *Casación penal, recursos extraordinarios y presunción de inocencia tras la reforma de 2015*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2021.
147. DÍAZ CABIALE, JOSÉ - MARTÍN MORALES, RICARDO. *La garantía consti-tucional de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001.
148. DI GIULIO, GABRIEL H.: *Nulidades procesales*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
149. DOIG DÍAZ, Yolanda: “El sistema de recursos en el proceso penal peruano”, en: *La Reforma del Proceso Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal 2004*, HURTADO POZO, José, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004.
150. DOIG DÍAZ, Yolanda: *El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004*, Ed. Gaceta Jurídica, t. 149, abril de 2006.
151. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo/TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal*, Ed. Aranzadi, 4.a ed., Navarra, 2007.
152. ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar, La persona jurídica en el Nuevo Proceso Penal, en: *El Nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales*, CUBAS VILLANUEVA, Víctor, Ed. Palestra, Lima, 2004.
153. ESER, ALBIN, HIRSCH, HANS JOACHIN, LARRAURI, ELENA y otros (Maier, Julio: compilador). *De los delitos y de las víctimas*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
154. EUSAMIO MAZAGATOS, Ester-Sánchez Rubio, Ana. *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
155. FARALDO CABANA, Patricia: “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 19, año 2013.
156. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Lustel, Madrid, 1998.
157. FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
158. FERRAJOLI, LUIGI: *Los derechos y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2016.
159. FERRER BELTRÁN, JORDI: *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

160. FERRER BELTRÁN, JORDI: *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
161. FERRER BELTRÁN, JORDI: *Prueba sin convicción*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021.
162. FERRARA, Francesco: *Teoría de las personas jurídicas*. Ed. Reus, Madrid, 1929.
163. FIANDACA, GIOVANNI – MUSCO, ENZO: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006.
164. FIANDACA, GIOVANNI: *El derecho penal entre la ley y el juez*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
165. FIDALGO GALLARDO, Carlos. Las “pruebas ilegales” de la *Exclusionary Rule Estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.
166. FLORIAN, Eugenio: *Elementos de derecho procesal penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1934.
167. FLORES PRADA, Ignacio. “*La prueba anticipada en el proceso penal italiano*”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
168. FONTANET MALDONADO, Julio E: *Principios y técnicas de la practica forense*, Ed. Jurídica editores, San Juan de Puerto Rico, 2002.
169. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Aranzadi, Navarra, 2003.
170. GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino: *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Jurista Editores, Lima, 2008.
171. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Decomiso, incautación y secuestro*. Ideal Solución Editorial SAC, Lima, 2013.
172. GAMBOA, AGUSTÍN. “La oralidad en las etapas previas al juicio oral”. En *Revista La Ley, Revista de doctrina judicial* 23, del 7 de junio de 2006, Buenos Aires.
173. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Constitución y Derecho Procesal*, Editorial Civitas, Navarra, 2009.
174. GARBERÍ LLOBREGAR, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Bosh, Barcelona, 2012.

175. GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Derecho procesal civil*, Ed. Bosch, 2.a ed., Barcelona, 2012.
176. GARBERÍ LLOBREGAT, José/GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Apelación y casación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1994.
177. GARCIA CAVERO, Percy: *Derecho penal parte general*, Jurista Editores, 2.a ed., Lima, 2012.
178. GARCÍA CAVERO, Percy: *La persona jurídica en el derecho penal*, Ed. Grijley, Lima, 2008.
179. GARCIA CAVERO, Percy: *La prueba por indicios en el proceso penal*, Ed. reforma, Lima, 2010.
180. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. Editorial INPECC, Lima, 2006.
181. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho penal – Parte General*, Jurista Editores, Lima, 2009.
182. GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, 1998.
183. GASCÓN ABELLÁN, Marina/GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra, Lima, 2003.
184. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Proceso penal y persona jurídica*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
185. GIMENO BEVIÁ, JORDI: *El proceso penal de las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.
186. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal civil*, t. I, Editorial Colex, 2.a ed., Madrid, 2007.
187. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, t. I, Editorial Colex, 2.a ed., Madrid, 2007.
188. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2012.
189. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2015.
190. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Colex, 2.a ed., Madrid, 2015.

191. GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Colex, 2.a ed., Madrid, 2004.
192. GIMENO SENDRA, Vicente: “El principio acusatorio en Perú y España”, en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 52, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
193. GOMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal constitucionalizado*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2013.
194. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinador): *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
195. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.): *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010.
196. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y otros. *Derecho jurisdiccional III-Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
197. GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, FERNANDO: *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Editorial Forum, Oviedo, 2002.
198. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. COLEX, Madrid, 1990.
199. GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Entrada y registro en el domicilio. En *la restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
200. GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás / MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Editorial Castillo de Luna, Madrid, 2016.
201. GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL: *Quaestio Facti – Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Editorial Palestra – Editorial Temis, Lima – Bogotá, 2005.
202. GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luis: *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*, Ed. LEYER, Bogotá, 2005.
203. GONZÁLEZ RUS, Juan José: “La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuesta de reforma”, en: *Revista Anales de Derecho*, n.º 30, 2012.
204. GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (director)/ SANZ HERMEIDA, Ágata (coordinadora): *Investigación y prueba en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 2006.

205. GOSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 2007.
206. GUERRERO PALOMARES, SALVADOR: *La Imparcialidad Objetiva del Juez Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
207. GUTIÉRREZ BERLINCHES, ÁLVARO: *La acusación en el proceso penal italiano*, Editorial Colex, Madrid, 2006.
208. GUTIÉRREZ SANZ, MARÍA ROSA: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Editorial Civitas, Navarra, 2016.
209. GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador) y otros *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
210. GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
211. GRACIA MARTÍN, Luis. Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito. *En Revista Penal*, N.º. 38-julio de 2016, España.
212. GRANADOS PÉREZ, Carlos (Dir.): *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial II2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
213. GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
214. GUERRERO PERALTA. Oscar Julián: *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.
215. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*, Ed. Nueva Jurídica, 2.ª ed., Bogotá, 2007.
216. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2.ª ed. ampliada, Bogotá, 2005.
217. GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes de Derecho. Fundamentos teóricos*, Ediciones Legales, Lima, 2017.
218. GUIDO FASSO: *Historia de la filosofía del derecho*, t. I, Pirámide, Madrid, 1983.
219. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo: *La prisión provisional*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.

220. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo: *Derecho Procesal Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
221. GUZMAN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, 7.^a ed., Alear, Legislación Peruana, Lima, 1977.
222. GUZMAN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
223. HAKANSSON NIETO, Carlos: *Curso de derecho constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2009.
224. HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.
225. HASSERMNER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1984.
226. HERRERA ABIÁN, Rosario. *La intermediación como garantía procesal*. Editorial Comares, Granada, 2006.
227. HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Prueba prohibida y ponderación de intereses”. En *Actualidad Penal* 18, diciembre de 2015, Lima.
228. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. II, Ed. Idemsa, 3.^a ed., Lima, 2010.
229. HORVITZ LENNON, María Inés / LOPEZ MASLE, Julián: *Derecho procesal penal chileno*, t. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
230. HORVITZ LENNON, María Inés/LOPEZ MASLE, Julián: *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
231. HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de derecho penal – Parte General*, t. I, Ed. Idemsa, Lima, 2011.
232. HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIGA, Víctor: *Manual de derecho penal. Parte General*, t. II, Ed. Idemsa, 4.^a ed., Lima, 2011.
233. IACOVIELLO, FRANCESCO: *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, Editorial Palestra, Lima, 2022.
234. IBERICO CASTANEDA, Luis: “Teoría de la impugnación en el Código Procesal Penal de 2009”, en: *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
235. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *El comité de Derechos Humanos, La casación penal española y el Control del razonamiento probatorio*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

236. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *El razonamiento en las resoluciones Judiciales*, Ediciones Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2014.
237. IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Ara Editores – Ediciones Olejnik, Lima – Santiago, 2018.
238. JAEN VALLEJO, Manuel: “Los derechos del proceso penal”. En: la oralidad en el proceso penal. RENGIFO MARIN, Hilda Mary. Ed. Jurídica de Colombia, Medellín, 2005.
239. JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
240. JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
241. JERICÓ OJER, Leticia. “La atenuante de reparación del año y su vinculación con los procesos de mediación Penal”. En AA. VV. *Dogmática del Derecho material y procesal y política criminal contemporánea*. Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
242. JESCHECK, Han-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Tratado de derecho penal Parte General*, II Volúmenes, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
243. LATORRE, Ángel: *Introducción al derecho*, Ed. Ariel, Madrid, 2012.
244. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. I, Ed. Gaceta Jurídica, 3.ª ed., Lima, 2011.
245. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. II, Ed. Gaceta Jurídica, 3.ª ed., Lima, 2011.
246. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal: Doctrinas Generales*, t. I, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.
247. LLOBET RODRIGUEZ, Javier: “Proceso penal en la jurisprudencia”, en: *Código Procesal Penal Anotado con Jurisprudencia*, t. I, Ed. Jurídica Continental, San José, 2001.
248. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Ed. Jurídica Continental, 4.ª ed., San José, 2009.
249. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Derecho procesal penal*, t. I y II, Ed. Jurídica Continental, San José, 2005.
250. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso Penal Comentado*, Editorial Jurídica Continental, Sexta Edición, San José, 2017.

251. LLUCH, Xavier Abel & PICO I JUNOY, Joan: *La prueba pericial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
252. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de derecho procesal penal*, Ed. Akal/iure, Madrid, 1999.
253. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de derecho procesal penal*, Ed. Thomson Aranzandi, Navarra, 2004.
254. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Ed. IURE Editores, 2.a ed., México D. F., 2011.
255. LOPEZ ESCOBAR, Leonardo David: *Derecho probatorio contemporáneo*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012.
256. LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El interés casacional*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
257. LOUTAYF RANEA, Roberto/COSTAS, Luis Félix: *La acción civil en sede penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
258. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal-Parte General*, Editorial. IB de F, Buenos Aires, 2016.
259. MAGRO SERVET, VICENTE: *Guía práctica de la prueba en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2022.
260. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
261. MAIER, Julio/DÍAZ CANTÓN, Fernando: *Los recursos en el procedimiento penal*, Editores Del Puerto, 2.a ed. actualizada, Buenos Aires, 2004.
262. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, 2.a ed., Buenos Aires, 1996.
263. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, 2.a ed., Buenos Aires, 2004.
264. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
265. MANTOVANI, Ferrando. *Los principios del Derecho Penal*, Ediciones Legales, Lima, 2015.
266. MARTIN MORALES, Ricardo: *El principio constitucional de intervención indiciaria*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Número 2, 1999.
267. MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952.

268. MARCHENA GÓMEZ, Manuel-González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2005*. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.
269. MARINONI, Luiz Guilherme: *Introducción al derecho procesal civil*, Ed. Palestra, Lima, 2015.
270. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
271. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tecnos, Madrid, 2015.
272. MARTINEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Ed. Temis, Bogotá, 2002.
273. MAURACH, REINHART, Zipf, Heinz, y Gossel, Karl Heinz. *Derecho Penal - Parte General*. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
274. MEINI, Iván: *Lecciones de derecho penal – Parte General*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014.
275. MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando - Rojas Quiñónez, Sergio. “La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada”. En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 39, 2013.
276. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal - Parte General*, Ed. Repertor, Barcelona, 2008.
277. MIRA ROS, Corazón. *El expediente judicial electrónico*. Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
278. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor, 2.^a edición, Barcelona, 2004.
279. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
280. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 1999.
281. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista Editores, Lima, 2012.
282. MIXAN MASS, Florencio: *Teoría de la prueba*. Ed. BLG, Trujillo, 1992.

283. MIXAN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, Ediciones BGL, Trujillo, 2003.
284. MONTERO AROCA, Juan: *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
285. MONTERO AROCA, Juan: *Proceso penal y libertad*, Ed. Arazandi, Navarra, 2008.
286. MONTERO AROCA, Juan/GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/MONTÓN REDONDO, Alberto/BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 12.^a ed., Valencia, 2003.
287. MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
288. MONTERO AROCA, Juan/GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/MONTÓN REDONDO, Alberto/BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 22.^a ed., Valencia, 2014.
289. MONTESINOS GARCÍA, Ana. “La lectura o reproducción de las declaraciones sumarial es de los menores en el juicio oral”. En AA. VV. *El proceso penal - cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
290. MONTON REDONDO, Alberto: “Los medios de impugnación”. En: *Derecho Jurisdiccional*, W. MONTERO AROCA, Juan, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
291. MONTÓN REDONDO, Alberto y otros. *Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
292. MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo/VILA ORMEÑO, Cynthia: *La Constitución de 1993 y precedentes vinculantes*, Editorial Grijley, Lima, 2012.
293. MORA IZQUIERDO, Ricardo/SÁNCHEZ PRADA, María Dolores: *La evidencia física y la cadena de custodia dentro del procedimiento penal acusatorio*, Editores Gráfico Colombia, Bogotá, 2007
294. MORA MORA, Paulino: “La importancia del juicio oral en el proceso penal”. www.corteidh.or.cr/tablas/r17072.pdf.
295. MORAS MOM, Jorge: *Manual de derecho procesal penal*, Editorial LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
296. MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ/VALENTÍN: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

297. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
298. MORENO CATENA, Víctor y otro: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
299. MORESO MATEOS, José Juan/VILAJOSANA, Josep María: *Introducción a la teoría del derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
300. MORENO RIVERA, Luis: *La casación penal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2013.
301. NIEVA FENOLL, JORDI: *Derecho Procesal III Proceso Penal*, 2da, Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
302. NEYRA FLORES, José Antonio: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Idemsa, Lima, 2015.
303. NEYRA FLORES, José Antonio: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Idemsa, Lima, 2015.
304. NIEVA FENOLL, Jordi. “Los problemas de la oralidad”. En *Revista Justicia*. Madrid, 2007.
305. NIEVA FENOLL, Jordi. Proceso penal y delitos de corrupción. En *Revista InDreer*. Barcelona, marzo de 2013.
306. NIEVA FENOLL, Jordi: *El hecho y el derecho en la casación penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.
307. NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
308. NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de derecho procesal penal*, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2012.
309. NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal I. Introducción*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
310. NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2012.
311. NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho Procesal III – Proceso Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2017.
312. NOGUERA RAMOS, Iván: *Investigación en la escena del crimen*, Ed. Grijley, Lima, 2012.

313. NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959
314. OCHOA MORENO, Benjamín. “La Implementación de la oralidad en el proceso laboral”. En *Informes de Investigación*. Grupo: Derecho Laboral y Seguridad Social. Bogotá, 2005.
315. Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNDOC): *Compendio de casos de delincuencia organizada*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
316. ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Ed. Alternativas, Lima, 1999.
317. ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual derecho procesal penal*, t. II, Ed. Reforma, Lima, 2014.
318. ORTELLS RAMOS, Manuel. “Problemas de la oralidad en el proceso penal español”. En *Revista Mexicana de Justicia*, enero-diciembre 2013, UNAM.
319. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
320. ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho Jurisdiccional – Proceso Penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.
321. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
322. ORTELLS RAMOS, Manuel/CÁMARA RUIZ, Juan/SÁNCHEZ, Ricardo Juan: *Derecho procesal. Introducción*, Ed. Punto y Coma, Valencia, 2003.
323. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las medidas cautelares*, Editorial La Ley, Madrid, 2000.
324. ORTELLS RAMOS, Manuel/TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Dirección y Coordinación): *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
325. ORTIZ SCHINDLER, Enrique/MEDINA RAMIREZ, Marco Antonio: *Manual del nuevo proceso penal*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2005.
326. OSTOS, José Martín y otros. *Materiales de Derecho Procesal*. Tomo III, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.
327. OTTO, Harro: *Manual de Derecho Penal*, 7ma. Edición Reelaborada, Editorial Atelier, Barcelona, 2017.
328. PALACIO, Lino Enrique: *Los recursos en el proceso penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

329. PARDO IRANZO, Virginia: *La prueba documental en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
330. PASTOR ALCOY, Francisco: *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
331. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones de Profesional Lta., 18.ª edición, Bogotá, 2013.
332. PAVÓN GÓMEZ, Germán: *De la casación y la revisión penal*, Ed. doctrina y Ley, Bogotá, 2010.
333. PAZ PANDURO, Moisés, Anglas Lostaunau, Carlos. “La víctima en el proceso penal peruano. ¿El Estado brinda la atención que requiere?. En AA. VV. El sistema penal y su aplicación teórico-práctico. Adrus D&L Editores, Lima, 2013.
334. PAZ RUBIO, José Mario/MENDOZA MUÑOZ, Julio/OLLE SESÉ, Manuel/RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1999.
335. PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Colex, Madrid, 2000.
336. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Rodhas, 2.ª ed., Lima, 2014.
337. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rodhas, 2.ª ed., Lima, 2014.
338. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: *Los principios de legalidad y oportunidad*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
339. PÉREZ ARROYO, Miguel: *Derecho penal y derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. INPECCP, Lima, 2010.
340. PÉREZ ARROYO, Miguel: “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto; la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y Procesal penal. Trabajo ganador de la 3era. Mención especial a los mejores juristas españoles organizado por la “Ley”. *Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, La Ley, nro. 4987, 4988, 4989 (2000).
341. PÉREZ ARROYO, Miguel: “Regulación del agente encubierto como institución contra la criminalidad organizada” (*en*) *Gaceta Penal* N° 19, Enero 2011.

342. PÉREZ ARROYO, Miguel: *Lineamientos de actuación del agente encubierto como instrumento de Investigación contra el Crimen Organizado*, en Instituto Pacífico, Actualidad Penal, Enero 2016.
343. PÉREZ ARROYO, Miguel: *La introducción del informe Criminológico y su Dictamen en al Proceso Penal Peruano como mecanismo de objetivación y mejor ponderación de la labor Fiscal y Judicial*, en Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo N° 114, Diciembre 2018.
344. PÉREZ ARROYO, Miguel: *Proceso Penal y Criminología a propósito del colaborador eficaz y valoración de sus aportes en la investigación criminal* – Libro Homenaje a Vicente Gimeno Sendra; Madrid – Castillo de Luna, 2020 (en prensa).
345. PÉREZ ARROYO, Miguel: *Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo*, INPECCP Fondo Editorial, Lima, 2020.
346. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: *El interrogatorio del acusado*, Editorial Civitas, Navarra, 2011.
347. PROTO PISANI, Andrea: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Palestra, Lima, 2018.
348. PÉREZ RIVAS, Natalia. *El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español*. En Revista Penal 39, enero de 2017, Valencia.
349. PÉREZ-RAGONE, Álvaro. *Oralidad y prueba en Alemania*. Informe Nacional.
350. PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo: *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*, Temis, Bogotá, 2005.
351. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín / FERREIRO BAHAMONDE, Xulio-Xosé / PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón / SEOANE SPIELGLBERG, José Luis: *Derecho procesal penal*, Ed. Civitas, Pamplona, 2009.
352. PÉREZ PINZÓN, Orlando: *Los principios generales del proceso penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
353. PICO I JUNOY, Joan: *El juez y la prueba*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007. 193.
354. PICO I JUNOY, Joan. “El principio de oralidad en el proceso civil español”. www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf.
355. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Criminalidad organizada*, Ed. Idemsa, Lima, 2006.

356. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Ed. Idemsa, Lima, 2013.
357. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *El proceso de seguridad*, en: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Ed. Ara, Lima 2009.
358. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: *Consecuencias jurídicas del delito – Giro punitivo y nuevo marco legal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2016.
359. PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador): *La prueba en el proceso*, editorial Palestra, Lima, 2018.
360. PROTO PISANI, Andrea: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Palestra, Lima, 2018.
361. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La víctima en el nuevo Código Procesal Penal desde la perspectiva de las exigencias europeas*. En AA. VV. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
362. POLANIO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima, 2008.
363. PUJADAS TORTOSA, Virginia: *Teoría General de las medidas cautelares penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
364. QUINTERO, Beatriz / PRIETO, Eugenio: *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1995.
365. QUIROZ SALAZAR, William: *La prueba del dolo en el proceso acusatorio garantista*, Ed. Ideas, Lima, 2014.
366. QUISPE FARFÁN, Fany Soledad y otros (coordinadores): *El nuevo Proceso Penal*. Editorial Palestra. Lima, 2005.
367. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *La prisión provisional como último ratio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2023.
368. RAMIREZ CARBAJAL, Diana: “Algunas apreciaciones sobre el derecho probatorio contemporáneo”, en: *Derecho Probatorio Contemporáneo*, Medellín, 2012.
369. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.
370. REYNA ALFARO, Luis Miguel: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2022.

371. REVILLA GONZALES, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
372. REYNA ALFARO, Luis: *Manual de proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
373. RICHARD GONZÁLES, Manuel, *Análisis crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal*, La Ley, 2013.
374. RIFÁ SOLER, José/RICHARD GONZALEZ, Manuel/ RIANO BRUN, Maki: *Derecho procesal penal*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.
375. RIVERA MORALES, Rodrigo: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial J. Rincón, Barquisimeto, 2012.
376. RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, t. I, Ed. Aranzi, 5.^a ed., Navarra, 2012.
377. RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, t. II, Ed. Aranzi, 5.^a ed., Navarra, 2012.
378. ROCCO, UGO: *Tratado de Derecho Procesal Civil – Volumen I*, Editorial Temis – Depalma, Bogotá – Buenos Aires. 1969.
379. RODRÍGUEZ SOL, Luis. Registro domiciliario y prueba ilícita. Editorial Comares, Granada, 1998.
380. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2016.
381. ROMAGNOSI, Giandomenico: *Génesis del derecho penal*. Trd. González Cortina y J Guerrero. Editorial Temis, Bogotá. 1956.
382. ROSAS YATACO, Jorge: *Los sujetos procesales en el nuevo Código procesal penal*, Ed. Lex&Iuris, Lima 2014.
383. ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Ed. Reus, Madrid, 2009.
384. ROMERO PRADAS, Isabel: *El sobreseimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
385. ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
386. ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

387. ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones DIDAT, Buenos Aires, 2019.
388. RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Fondo Editorial PUCP, 10.^a ed., aumentada, Lima, 2009.
389. RUBIO CORREA, Marcial: *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007.
390. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: *El ilícito civil en el Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1997.
391. SAN MARTIN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, Vol. I, Ed. Grijley, Lima, 1999.
392. SAN MARTIN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, Vol. II, 2.^a ed., Ed. Grijley, Lima, 2003.
393. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, Ed. Palestra, Lima, 2006.
394. SAN MARTÍN CASTRO, César/PÉREZ ARROYO, Miguel: *Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante*, Jurista. ed., Lima, 2019.
395. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Estudios de derecho procesal penal*, Ed. Grijley, Lima, 2012.
396. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Fondo Editorial INPECCP-CENALES, Lima, 2015
397. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. "La víctima". En AA. VV. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. ARA Editores, Lima, 2009
398. SANCHEZ VELARDE, Pablo: *El nuevo proceso penal*, Ed. IDEMSA, Lima, 2009.
399. SANCHEZ VELARDE, Pablo: *Código Procesal Penal comentado*, Ed. IDEMSA, Lima, 2013.
400. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el derecho penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
401. SANCHIS CRESPO, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Ed. Comares, Granada, 1995.
402. SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. *La prueba prohibida y nulidad de actuados*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2017

403. SANZ HERMIDA, Ágata. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
404. SCHIAVO, Nicolás: *Las medidas de coerción en el Código Procesal Penal en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.*
405. SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
406. SCHÜNEMANN, Bernd: *La reforma del proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
407. SCÜNEMANN, Brent, Peter-Alexis y otros. *La víctima en el sistema penal*. Editorial Grijley, Lima, 2006
408. SFERLAZZA, OTTAVIO: *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Editorial Fontanamara, Ciudad de México, 2006.
409. SEGURA ALANIA, Joel / SIHUAY HUAMANCAJA, Luis: *Recurso de casación penal peruano*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
410. SOPERA NAVAS, Francisco José: *Práctica del proceso penal*, Volumen I, Ed. Thomson Civitas, 2.^a ed., Madrid, 2004.
411. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1983
412. SORIA VERDE, Miguel Ángel (compilador). *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*. Ediciones PPU, Barcelona, 1993
413. SERRA DOMINGUEZ, Manuel: *Estudios de derecho procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969.
414. STRATENWERTH, Günter: *Derecho Penal Parte General I*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
415. STRUENSEE, Eberhard. *La prueba prohibida*. En Revista Peruana de Ciencia Penales 4, Lima, Julio-diciembre de 1994.
416. TALAVERA ELGUERA, Pablo: *La prueba en el nuevo proceso penal*, Academia de la Magistratura, Lima, 2009.
417. TARUFFO, Michele: *La prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
418. TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

419. TARUFFO, Michele: *Teoría de la prueba*, Ara Editores, Lima, 2012.
420. TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2003.
421. TOME GARCÍA, José Antonio: *Curso de Derecho procesal penal*, 2da. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2019.
422. TONINI, Paolo / CONTI, Carlotta: *La prueba en el proceso acusatorio contemporáneo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
423. TONINI, PAOLO: *Manuale di Procedura Penale*, 11ma. edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
424. TUZET, Giovanni: *Filosofía de la prueba jurídica*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021.
425. TUZET, Giovanni: *La prueba razonada*, Editorial Zela – Editorial CEJI México, Puno, 2020.
426. TONINI, Paolo - CONTI, Carlotta. *IL diritto delle prove penali*. 1.^a edición, Giuffrè Editore, Milano, 2012
427. URIARTE VALIENTE, Luis M. / FARTO PIAY, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Editorial La Ley, Madrid, 2007.
428. VALENCIA MIRÓN, ANTONIO JOSÉ: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Comares, Granada, 2000.
429. VÁSQUEZ, CARMEN (editora): *Estándares de prueba y prueba científica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
430. VECINA SIFUENTES, JAVIER: *La casación penal. El modelo español*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
431. VELASCO NÚÑEZ, ELOY (Dir.): *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial II- 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
432. VILLAR RAMÍREZ, Manuela Rosana. *La prueba ilícita*. En *Actualidad Penal* 18, diciembre de 2015, Lima.
433. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 2006
434. VIVES ANTÓN, Tomas y otro. *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

435. VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal: Parte General*, Ed. ARA, Lima, 2014.
436. VIVAS USSHER, Gustavo: *Derecho procesal penal*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999.
437. VOLK, Klaus. *El principio de oralidad en el proceso penal*. En Revista Mexicana de Justicia 25-26, enero-diciembre 2016, UNAM
438. VOLK, Klaus. *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007
439. VOLKS, Klaus: *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
440. VOLK, Klaus. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Ad Hoc Editorial, Buenos Aires, 2007.
441. WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut: *Derecho Penal – Parte General*, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
442. YAIPEN ZAPATA, Víctor Pastor: *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*, Ed. Ideas solución, Lima, 2014.
443. ZAFFARONI, Eugenio Raul y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal - parte General*. Editora, Buenos Aires, 2000
444. ZAPATA GARCÍA, María Francista. *La prueba ilícita*. Lexis - Nexis, Santiago 2004
445. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2009.

Este Libro se imprimió en los talleres gráficos
Ortega Artes Gráficas S.A.C.
situado en Cal. Carlos Arrieta Nro. 134, Urb. Estella Maris - Etapa Uno
Bellavista, Callao
Junio 2024

