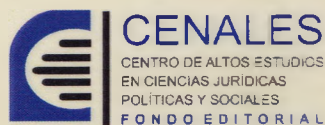


CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO  
PROFESOR PRINCIPAL DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

# DERECHO PROCESAL PENAL LECCIONES

CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004





CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

**DERECHO**  
**PROCESAL PENAL**  
LECCIONES







CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

PROFESOR PRINCIPAL DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

# DERECHO PROCESAL PENAL LECCIONES

CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004



**DERECHO PROCESAL PENAL**  
**LECCIONES**  
**PERÚ: NOVIEMBRE DE 2015**

© CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

DISEÑO DE PORTADA, DIAGRAMACIÓN Y CORRECCIÓN DE ESTILOS  
JANET TORRES NICHÓ  
YOSSELIN CANAL QUISPE  
ISRAEL DAVID NEYRA ROMERO  
YESSICA ROXANA MINAYA MATA

**EDITORES**

© INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES  
JR. JOSÉ SABOGAL 190, URB. LOS JAZMINES  
DISTRITO DE SANTIAGO DE SURCO

© CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES  
JR. ILO 352, CERCADO DE LIMA

PRIMERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2015

TIRAJE: 7200 EJEMPLARES - TAPA DURA

ISBN: 978-612-47050-0-7

**IMPRESIÓN**

IAKOB COMUNICADORES & EDITORES S. A. C.  
CALLE TALLADORES 474, URB. EL ARTESANO, ATE

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2015-15322

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

Abreviaturas y convencionalismos utilizados.....	XLIII
Prólogo Prof. Dr. D. Vicente Gimeno Sendra .....	XLV
Prólogo Prof. Dr. D. José María Asencio Mellado .....	XLVII
Prólogo Prof. Dra. Dña. Olga Fuentes Soriano .....	LI
Presentación Prof. Dr. D. Miguel Rafael Pérez Arroyo .....	LIII
Introducción .....	LVII

## PARTE PRIMERA DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN

### LECCIÓN PRIMERA DERECHO PROCESAL PENAL

I.	DERECHO PROCESAL	
1.	Conceptos fundamentales .....	3
2.	Definición de derecho procesal .....	4
II.	DERECHO PROCESAL PENAL	
1.	Definición .....	6
2.	Autonomía del derecho procesal penal .....	6
3.	Extensión del derecho procesal penal .....	8
4.	Función del derecho procesal penal .....	8
4.1.	Derecho penal y derecho procesal penal .....	9
4.2.	Ámbito funcional del derecho procesal penal .....	10
5.	Esencia del derecho procesal penal .....	12
6.	Metas y medios del derecho procesal penal .....	14
7.	Fuentes del derecho procesal penal .....	16
7.1.	Concepto. Legalidad procesal penal .....	16
7.2.	Las otras fuentes del derecho procesal .....	18

## LECCIÓN SEGUNDA NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

I.	NORMAS PROCESALES. ASPECTOS GENERALES	21
	1. Contenido .....	21
	2. Clasificación .....	22
	3. Naturaleza .....	23
II.	EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES	
	1. Aspectos generales .....	24
	2. Eficacia espacial de las normas procesales .....	24
	3. Eficacia temporal de las normas procesales .....	25
	3.1. Bases constitucionales y legales .....	25
	3.2. Progresividad y favorabilidad .....	28
	4. Eficacia personal de las normas procesales .....	29
III.	INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES	
	1. Aspectos generales de la interpretación de las normas procesales .....	34
	2. Aspectos específicos de la interpretación de las normas procesales .....	36
IV.	EL PROCESO PENAL .....	38
V.	EL SISTEMA PROCESAL PENAL .....	40

## LECCIÓN TERCERA CONSTITUCIÓN, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

I.	PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN	49
	1. Aspectos generales .....	49
	1.1. Planteamiento básico .....	49
	1.2. Conflictos constitucionales en el proceso penal .....	50
II.	PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL	
	1. Concepto .....	54
	2. Clasificación .....	56
	3. Principios de necesidad y oficialidad .....	57
	4. Principios de legalidad u obligatoriedad y de oportunidad .....	59

4.1.	Principio de legalidad u obligatoriedad .....	59
4.2.	Principio de oportunidad reglada .....	60
5.	Principios de aportación de parte y de investigación de los hechos .....	61
6.	Principios estructurales del proceso .....	63
6.1.	Principio de dualidad .....	64
6.2.	Principio de contradicción .....	64
6.3.	Principio de igualdad de armas procesales .....	65
6.4.	Principio de eficacia de la serie procedimental .....	67
7.	Principio relativo a la configuración del objeto procesal: el acusatorio ..	67
7.1.	Concepto .....	67
7.2.	Notas esenciales .....	68
8.	Principio de valoración libre de la prueba .....	72
9.	Principio de oralidad .....	73
9.1.	Oralidad y ordenamiento jurídico nacional .....	73
9.1.1.	Referentes constitucionales .....	73
9.1.2.	Referentes de segundo nivel .....	74
9.1.3.	El acta de la audiencia .....	75
9.2.	Alcances de la oralidad .....	76
9.2.1.	Concepto .....	76
9.2.2.	Notas características .....	77
9.2.3.	Sistema de oralidad en el NCPP .....	78
9.2.4.	Oralidad y medios electrónicos .....	79
10.	Principio de inmediación .....	80
11.	Principio de concentración .....	83
12.	Principio de publicidad .....	84
III.	GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL	
1.	Definición y alcance de las garantías procesales penales .....	88
2.	Clasificación de las garantías procesales .....	89
3.	Garantía del debido proceso .....	90
3.1.	Concepto y alcances .....	90
3.2.	Juez legal .....	91
3.3.	Juez imparcial .....	94
3.4.	Plazo razonable .....	97
3.5.	<i>Non bis in idem</i> procesal o interdicción de la persecución penal múltiple .....	102
3.6.	Derecho al recurso: doble grado de jurisdicción .....	104
3.7.	Legalidad procesal penal .....	106

4.	Garantía de tutela jurisdiccional .....	107
4.1.	Concepto y contenido .....	107
4.2.	Derecho al proceso .....	108
4.3.	Derecho a una sentencia fundada en derecho .....	109
4.4.	Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos .....	113
4.5.	Derecho a la firmeza, la invariabilidad y la cosa juzgada .....	113
4.6.	Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales .....	114
5.	<b>Garantía de la presunción de inocencia .....</b>	114
5.1.	Concepto y manifestaciones .....	114
5.2.	Presunción de inocencia como regla de prueba .....	116
5.3.	Presunción de inocencia como regla de juicio. El <i>in dubio pro reo</i> .....	118
6.	Garantía de defensa procesal .....	119
6.1.	Concepto y contenido .....	119
6.2.	Derechos instrumentales de la garantía de defensa .....	121
6.2.1.	Derecho de audiencia .....	121
6.2.2.	Derecho de defensa técnica y de autodefensa .....	125
6.2.3.	Derecho a probar y controlar la prueba .....	128
6.2.4.	Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable .....	131
IV.	TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL .....	134

**PARTE SEGUNDA**  
**EL ÓRGANO JURISDICCIONAL PENAL:**  
**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

**LECCIÓN CUARTA**  
**PRESUPUESTOS PROCESALES Y JURISDICCIÓN PENAL**

I.	PRESUPUESTOS PROCESALES	
1.	Concepto y alcances .....	139
2.	Clasificación .....	140
II.	REGULACIÓN .....	140
III.	JURISDICCIÓN PENAL	
1.	Antecedentes .....	141
2.	Definición .....	141
3.	Órganos jurisdiccionales penales .....	143

4.	Extensión y límites de la jurisdicción penal .....	144
4.1	Extensión de la jurisdicción penal .....	144
4.2	Límites de la jurisdicción penal .....	144
4.2.1.	Criterio objetivo .....	144
4.2.2.	Criterio territorial .....	145
4.2.3.	Criterio subjetivo .....	146
IV.	JURISDICCIÓN MILITAR	
1.	Aspectos fundamentales .....	147
2.	El delito militar .....	148
3.	Conflictos de jurisdicción .....	150

**LECCIÓN QUINTA  
COMPETENCIA PENAL**

I.	CONCEPTO Y ALCANCES .....	152
II.	COMPETENCIA OBJETIVA	
1.	Concepto .....	154
2.	Criterios .....	154
2.1.	Criterio por razón de la persona del imputado: <i>Ratione personae</i> .....	154
2.2.	Criterio general por razón de la materia: <i>Ratione materiae general</i> .....	155
2.3.	Criterio especial por razón de la materia: <i>Ratione materiae especial</i> .....	155
III.	COMPETENCIA FUNCIONAL	
1.	Concepto .....	156
2.	Manifestaciones de la competencia funcional .....	156
2.1.	Proceso penal declarativo .....	156
2.2.	Proceso penal de ejecución .....	157
2.3.	Proceso penal de protección provisional o coerción .....	158
IV.	TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL .....	158
V.	COMPETENCIA TERRITORIAL	
1.	Fueros ordinarios generales .....	160
2.	Fueros ordinarios especiales .....	161

3.	Fueros extraordinarios .....	161
4.	Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial .....	162
VI.	NORMAS DE REPARTO .....	163
VII.	COMPETENCIA POR CONEXIÓN	
1.	Concepto .....	163
2.	Hechos punibles conexos .....	165
3.	Reglas de competencia por conexidad procesal .....	166
3.1.	Competencia objetiva .....	166
3.2.	Competencia territorial .....	167
VIII.	CUESTIONES DE COMPETENCIA	
1.	Concepto .....	169
2.	Declinatoria de competencia .....	169
3.	Transferencia de competencia .....	171
4.	Contienda de competencia .....	173
5.	Acumulación procesal .....	174
6.	Inhibición y recusación .....	177
6.1.	Definición y alcance .....	177
6.2.	Sistema de recusación del NCPP .....	180
6.3.	Causas o motivos de inhibición y recusación .....	182
6.4.	Procedimiento de la inhibición y recusación .....	185
6.4.1.	Inhibición .....	185
6.4.2.	Recusación .....	186
6.5.	Efectos de la recusación de la inhibición y recusación .....	188
6.6.	Extensión de la inhibición y recusación .....	189

**PARTE TERCERA**  
**LAS PARTES PROCESALES**

**LECCIÓN SEXTA**  
**LAS PARTES PROCESALES: TEORÍA GENERAL**

I.	CONCEPTO	
1.	Alcances .....	193
2.	Concepto .....	194



II.	REGULACIÓN	
1.	Descripción normativa .....	195
2.	Denominación utilizada .....	196
III.	CLASIFICACIÓN	
1.	Criterios de clasificación .....	197
2.	Partes y posición procesal .....	197
2.1.	Las partes penales .....	198
2.2.	Las partes civiles .....	199
3.	Partes y necesidad de su intervención .....	200
4.	Partes y carácter de su intervención .....	200

**LECCIÓN SÉPTIMA  
LAS PARTES ACUSADORAS**

I.	EL MINISTERIO PÚBLICO	
1.	Concepto y configuración institucional .....	202
1.1.	Concepto .....	202
1.2.	Institucionalidad del Ministerio Público .....	203
2.	Actividad y legitimación .....	206
2.1.	Roles del Ministerio Público .....	206
2.1.1.	Conductor de la investigación preparatoria .....	207
2.1.2.	Acusador público .....	209
2.1.3.	Parte en el recurso .....	210
2.2.	Capacidad y legitimación del Ministerio Público .....	210
2.3.	Ministerio Público y Policía .....	211
2.4.	Ministerio Público y excusa .....	213
2.5.	Ministerio Público y facultades coercitivas .....	213
2.5.1.	Medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos .....	213
2.5.2.	Citación compulsiva .....	214
II.	LA POLICÍA NACIONAL	
1.	Aspectos generales .....	214
2.	La función policial de investigación del delito .....	216
3.	Las atribuciones de la Policía de Investigación .....	218
4.	La función criminalística de la Policía Nacional .....	220

III.	EL QUERELLANTE PARTICULAR	
	1. Base legal .....	221
	2. Precisiones conceptuales .....	222
IV.	EL ACTOR CIVIL	
	1. Base legal .....	224
	2. Precisiones conceptuales .....	225
	3. La víctima en el proceso penal .....	227
	3.1. Concepto de agraviado .....	228
	3.2. Derechos del agraviado .....	229
	3.3. Deberes del agraviado .....	231
	3.4. Apoderado común .....	231

### LECCIÓN OCTAVA LAS PARTES ACUSADAS

I.	EL IMPUTADO	
	1. Concepto .....	232
	2. Capacidad .....	233
	2.1. Capacidad para ser parte .....	234
	2.2. Capacidad procesal .....	234
	2.3. Legitimación pasiva .....	236
	2.4. Postulación .....	236
	3. Derechos .....	237
	3.1. Derechos de participación .....	237
	3.2. Derechos de actuación pasivos .....	238
	3.3. Derechos de protección frente a los medios de comunicación .....	239
	4. Deberes .....	240
	4.1. Moralidad procesal .....	240
	4.2. Presencia y ausencia del imputado .....	241
II.	EL ABOGADO DEFENSOR	
	1. Concepto .....	242
	2. Posición procesal del abogado defensor .....	243
	3. Derechos y deberes del abogado defensor .....	243
	4. Defensor voluntario y defensor necesario .....	244
	5. Reemplazo, exclusión, sanción, sustitución y expulsión del abogado defensor .....	245

III.	LA PERSONA JURÍDICA	
	1. Planteamiento .....	246
	2. Incorporación como parte .....	246
	3. Procedimiento ulterior .....	247
	4. Derechos y garantías .....	248
IV.	LAS PARTES CIVILES	
	1. Planteamiento .....	249
	2. El tercero civil responsable .....	250
	3. Incorporación como parte del responsable civil .....	251
	4. Procedimiento ulterior .....	252
	5. Derechos y garantías .....	252

**PARTE CUARTA**  
**ACCIÓN PENAL, ACCIÓN CIVIL Y OBJETO PROCESAL**

**LECCIÓN NOVENA**  
**ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL**

I.	ACCIÓN PENAL	
	1. Aspectos generales .....	255
	1.1. Concepto .....	255
	1.2. Alcance .....	255
	1.3. Contenido .....	257
	2. Modalidad de ejercicio .....	257
	3. Principios informativos .....	258
	4. Características .....	259
II.	PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	
	1. Concepto y justificación .....	260
	2. El artículo 2 NCPP .....	261
	2.1. Criterios de oportunidad .....	262
	2.1.1. Primer grupo .....	262
	2.1.2. Segundo grupo .....	264
	2.2. Momento procesal .....	265

III.	ACCIÓN CIVIL EX DELICTO	
1.	Concepto .....	266
2.	Naturaleza de la acción civil <i>ex delicto</i> .....	268
3.	Legitimación activa y pasiva .....	271
3.1.	Legitimación activa .....	271
3.2.	Legitimación pasiva .....	272
4.	La petición en la acción civil <i>ex delicto</i> .....	273
5.	La causa de pedir en la acción civil <i>ex delicto</i> .....	274
IV.	CUESTIÓN PREVIA	
1.	Introducción .....	274
2.	Concepto .....	274
3.	Requisito o condición de procedibilidad .....	275
4.	Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad .....	276
V.	CUESTIÓN PREJUDICIAL	
1.	Concepto .....	277
2.	Requisito .....	278
3.	Clases .....	278
3.1.	Causas prejudiciales homogéneas y heterogéneas .....	278
3.2.	Causas prejudiciales devolutivas e incidentales .....	279
3.2.1.	Cuestiones prejudiciales devolutivas .....	279
3.2.2.	Cuestiones prejudiciales no devolutivas .....	280
4.	Tratamiento procedimental .....	280
VI.	EXCEPCIONES	
1.	Concepto .....	281
2.	Clasificación .....	282
2.1.	Aspectos generales .....	282
2.2.	Excepción de naturaleza de juicio .....	282
2.3.	Excepción de naturaleza de amnistía .....	283
2.4.	Excepción de cosa juzgada .....	283
2.5.	Excepción de prescripción .....	283
2.6.	Excepción de improcedencia de acción .....	284

3.	Tratamiento procedimental .....	284
4.	Presupuesto y trámite de las cuestiones referentes a la persecución penal .....	285

**LECCIÓN DÉCIMA  
OBJETO PROCESAL**

I.	CONCEPTO.....	286
II.	OBJETO PENAL	
	1. Concepto .....	287
	2. Elementos esenciales .....	287
	3. Funciones.....	290
III.	OBJETO CIVIL	
	1. Concepto .....	290
	2. Pretensión civil.....	290
	2.1. Definición y alcance .....	290
	2.2. Pretensión civil anulatoria excepcional.....	291
	2.3. Régimen procesal.....	292
	3. Identificación. Elementos esenciales .....	292

**PARTE QUINTA  
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL  
(EL PROCESO COMÚN)**

**LECCIÓN UNDÉCIMA  
TEORÍA GENERAL**

I.	EL PROCESO PENAL .....	297
II.	CLASES DE PROCESO PENAL.....	298
III.	EL PROCESO PENAL COMÚN DECLARATIVO DE CONDENA.....	298

**LECCIÓN DUODÉCIMA  
LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

I.	INTRODUCCIÓN	
	1. Regulación legal .....	300
	2. Aspecto fundamental.....	300

3.	Definición y finalidad.....	302
3.1.	Definición.....	302
3.2.	Finalidad.....	302
4.	Funciones.....	303
5.	Contenido.....	303
6.	Notas características.....	304
6.1.	Carácter preparatorio de la investigación.....	304
6.2.	El principio de la documentación.....	305
6.3.	El principio de la investigación de oficio.....	305
6.4.	El principio del secreto de las actuaciones.....	306
7.	Facultades coercitivas.....	306
8.	Funciones del juez de la investigación preparatoria.....	307
II.	ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	
1.	La denuncia.....	308
2.	Actos iniciales y diligencias preliminares.....	309
2.1.	Actos iniciales.....	309
2.2.	Diligencias preliminares.....	309
2.3.	La inspección preliminar.....	310
2.4.	El informe policial.....	312
2.5.	La disposición de archivo.....	313
2.6.	Impugnación de la disposición de archivo.....	314
2.7.	La acusación directa.....	315
3.	La investigación preparatoria formalizada. La disposición fiscal.....	316
3.1.	La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.....	316
3.2.	Las diligencias de la investigación preparatoria.....	319
3.3.	La tutela de derechos y la disposición de formalización de la investigación preparatoria.....	320
III.	POLICÍA NACIONAL Y MINISTERIO PÚBLICO	
1.	Ámbito de las relaciones funcionales entre ambas instituciones.....	322
2.	Principales funciones genéricas del Ministerio Público.....	323
3.	Diligencias preliminares.....	324
3.1.	Las diligencias de prevención.....	324
3.2.	Identificación de las diligencias policiales de investigación.....	324

IV.	ACTOS DE INVESTIGACIÓN	
	1. Concepto y clases.....	325
	2. Actos de investigación comunes.....	329
	3. Actos de investigación limitativas de derechos.....	330
V.	BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS	
	1. Conceptos generales.....	331
	2. Presupuestos generales para la adopción de las medidas de búsqueda de pruebas	334
	3. Clasificación de las medidas.....	336
	4. Procedimiento de habilitación de medidas.....	339
VI.	CADENA DE CUSTODIA	
	1. Bases legales y conceptuales previas.....	341
	2. La cadena de custodia: definición y alcances.....	344
	3. La ruptura de la cadena de custodia.....	347
VII.	ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN	
	1. Fundamento.....	349
	2. El agente encubierto o especial.....	350
	2.1. Definición.....	350
	2.2. Regulación legal.....	352
	2.3. Valoración.....	352
	2.4. Exención de responsabilidad.....	357
	2.5. Algunos problemas probatorios.....	357
	2.5.1. Efectos probatorios.....	357
	2.5.2. La ilicitud probatoria derivada de la infiltración.....	357
	2.5.3. Testimonial del agente encubierto.....	358
	2.6. Problemas probatorios.....	358
	2.6.1. Efectos probatorios.....	358
	2.6.2. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial.....	359
	2.6.3. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación.....	359
	2.6.4. Identificación y recogida del cuerpo del delito.....	359
	2.6.5. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida...	359

3.	La circulación y entrega vigilada .....	360
3.1.	Definición .....	360
3.2.	Objeto .....	361
3.3.	Procedimiento .....	361
3.4.	Envíos postales .....	361
4.	Las operaciones encubiertas .....	362
4.1.	Definición .....	362
4.2.	Procedimiento .....	363
4.3.	Valoración .....	363

### VIII. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.	El plazo .....	364
2.	El proceso complejo .....	364
3.	La determinación del plazo .....	365
4.	La intervención del juez de la investigación preparatoria .....	365

## LECCIÓN DÉCIMA TERCERA LA ETAPA INTERMEDIA

### I. ASPECTOS GENERALES

1.	Concepto .....	367
2.	Resultado .....	367
3.	Funciones .....	368
3.1.	Función principal .....	368
3.2.	Función secundaria o accesoria .....	369
4.	Características .....	369
5.	Sistema adoptado .....	369
6.	Fases .....	372
7.	Procedimiento .....	372

### II. EL SOBRESEIMIENTO

1.	Concepto .....	373
2.	Notas esenciales .....	373
3.	Clases de sobreseimiento .....	374
4.	Efectos .....	374
5.	Recursos .....	375
6.	Presupuestos .....	375



6.1. Enumeración.....	375
6.2. Elementos constitutivos.....	375
7. Audiencia preliminar de control del requerimiento de sobreseimiento...	376
8. Decisión del juez de la investigación preparatoria.....	377
III. LA ACUSACIÓN FISCAL	
1. Concepto.....	379
2. Contenido.....	380
3. Audiencia preliminar de control de la acusación.....	381
3.1. Objeto.....	381
3.2. Pasos previos.....	382
3.3. Características.....	383
3.4. Desarrollo.....	383
4. Decisiones tras la audiencia preliminar.....	384
4.1. Regla general.....	384
4.2. Ámbitos específicos.....	384
5. Las convenciones probatorias.....	386
IV. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO	
1. Concepto.....	387
2. Efectos.....	387
3. Contenido.....	388
4. Remisión de actuaciones.....	388
V. EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO.....	388
<b>LECCIÓN DÉCIMA CUARTA</b>	
<b>LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO</b>	
I. ASPECTOS BÁSICOS	
1. Concepto.....	390
2. Principios.....	390
3. Regulación legal.....	391
II. RÉGIMEN DEL JUICIO ORAL	
1. Régimen de la publicidad.....	392
2. Régimen de la concentración.....	393
3. Régimen de la concurrencia de los sujetos procesales. Inmediación.....	395

4.	Régimen de los incidentes .....	396
5.	Régimen disciplinario.....	396
6.	Régimen de dirección, poder discrecional y auxilio jurisdiccional en el juicio.....	397
6.1.	Poder de dirección.....	397
6.2.	Poder discrecional.....	398
6.3.	Auxilio jurisdiccional.....	398
7.	Régimen de documentación del juicio.....	398
7.1.	Registro de actuaciones.....	398
7.2.	Intervención y peticiones de las partes.....	399
7.3.	Resoluciones dictadas en la audiencia.....	399
III.	PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL	
1.	Estructura del juicio oral.....	399
2.	El periodo inicial.....	400
3.	El periodo probatorio.....	404
4.	El periodo decisorio I. Alegatos finales.....	410
5.	El periodo decisorio II. Deliberación y sentencia.....	413

## LECCIÓN DÉCIMA QUINTA LA SENTENCIA

I.	ASPECTOS BÁSICOS	
1.	Concepto.....	416
2.	Naturaleza jurídica.....	416
3.	Génesis lógica.....	417
4.	Requisitos.....	417
5.	Aclaración y corrección de sentencia (y demás resoluciones).....	424
II.	EFFECTOS DEL PROCESO	
1.	Cosa juzgada.....	428
1.1.	Concepto.....	428
1.2.	Clasificación.....	428
1.3.	Fundamento.....	429
1.4.	Cosa juzgada material.....	429
1.5.	Impugnación de la cosa juzgada.....	432

2.	Las costas.....	432
2.1.	Concepto.....	432
2.2.	Regulación básica y aspectos esenciales.....	433
2.3.	Imposición.....	433
2.4.	Tasación.....	434

**PARTE SEXTA**

**EL PROCESO PENAL DE PROTECCIÓN PROVISIONAL – LAS MEDIDAS DE COERCIÓN**

**LECCIÓN DÉCIMA SEXTA  
PROCESO PENAL Y MEDIDAS DE COERCIÓN  
CONCEPTOS GENERALES**

I.	EL PROCESO DE PROTECCIÓN	
1.	Concepto y naturaleza jurídica.....	437
2.	Notas características.....	438
II.	LAS MEDIDAS DE COERCIÓN	
1.	Concepto.....	439
2.	Presupuestos e impugnación.....	440
3.	Clasificación.....	442
4.	Elementos.....	443
5.	Juicio de coerción.....	444
6.	Principio <i>pro hominie</i> .....	445

**LECCIÓN DÉCIMA SÉPTIMA  
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES**

I.	CONCEPTO.....	446
II.	DETENCIÓN	
1.	Concepto.....	447
2.	Detención policial.....	448
3.	Arresto ciudadano.....	449
4.	Detención judicial preliminar.....	450
5.	Detención convalidada.....	451

6.	Detención incomunicada .....	451
7.	Recurso de apelación .....	453
III.	PRISIÓN PREVENTIVA	
1.	Concepto .....	453
2.	Presupuestos .....	457
2.1.	Presupuestos materiales .....	457
2.2.	Presupuestos formales .....	463
3.	Duración .....	464
3.1.	Plazos ordinario y especial .....	464
3.2.	Prolongación de la prisión preventiva .....	465
3.3.	El plazo razonable de la prisión preventiva y su prolongación .....	465
4.	Impugnación .....	466
5.	Cómputo del plazo .....	467
6.	Revocatoria de comparecencia por prisión .....	467
7.	Prisión incomunicada .....	467
8.	Cesación de la prisión preventiva .....	468
8.1.	Últimas reformas en materia de cesación de la prisión preventiva .....	469
IV.	LA DETENCIÓN DOMICILIARIA	
1.	La medida adicional de vigilancia electrónica personal .....	471
V.	LA INTERNACIÓN PREVENTIVA .....	472
VI.	COMPARECENCIA	
1.	Concepto y alcances .....	473
2.	Comparecencia simple .....	474
3.	Comparecencia restrictiva .....	474
3.1.	Características generales .....	474
3.2.	La vigilancia electrónica personal .....	475
VII.	ARRAIGO .....	476
VIII.	SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS .....	477

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

I.	DEFINICIÓN .....	479
II.	CLASES E IDENTIFICACIÓN	
	1. Clasificación .....	479
	2. Identificación .....	480
	3. Presupuestos materiales .....	480
	3.1. <i>Fumus delicti comissi</i> .....	480
	3.2. <i>Periculum libertatis</i> .....	481
	4. Procedimiento .....	481
	5. Las concretas medidas de coerción reales .....	483
	5.1. El embargo .....	483
	5.2. La inhibición .....	485
	5.3. La incautación .....	486
	5.3.1. Aspectos generales .....	486
	5.3.2. Especialidades en el delito de tráfico ilícito de drogas .....	488
	5.4. Las medidas preventivas contra personas jurídicas .....	490
	5.5. Medidas anticipadas, desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos .....	492
	5.6. Secuestro conservativo .....	496

**PARTE SÉPTIMA  
EL DERECHO PROBATORIO PENAL**

**LECCIÓN DÉCIMA NOVENA  
ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL**

I.	DEFINICIÓN Y FUNCIÓN	
	1. Definición .....	499
	1.1. Concepto .....	499
	1.2. Limitaciones. Relación prueba y verdad .....	500
	1.3. Principios de la actividad probatoria .....	501
	1.4. Actividad probatoria .....	501
	2. Función .....	501
	3. El derecho a la prueba .....	503
	4. Regulación de la prueba .....	504

II.	INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA	
1.	Objeto de la prueba .....	505
2.	Libertad de prueba .....	506
2.1.	Regla general .....	506
2.2.	Objeto de la prueba .....	507
2.3.	Medios de prueba .....	508
3.	Objeto concreto y carga de la prueba .....	509
3.1.	Objeto concreto de la prueba .....	509
3.2.	Carga de la prueba .....	509
III.	ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA	
1.	Noción y alcances .....	510
2.	Diferencias .....	511
IV.	NOTAS Y PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA	
1.	Notas esenciales .....	511
2.	Principios reguladores .....	514
2.1.	Principios básicos .....	514
2.2.	Otros principios .....	517
V.	FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA	
1.	Fuente y medio de prueba .....	519
2.	Fuentes de prueba .....	519
3.	Medios de prueba .....	520
3.1.	Concepto y alcances .....	520
3.2.	Identificación de los medios de prueba .....	520

### LECCIÓN VIGÉSIMA

#### MEDIOS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

I.	EL IMPUTADO Y SU DECLARACIÓN	
1.	La declaración del imputado .....	522
2.	La confesión del imputado .....	525
2.1.	Concepto .....	525
2.2.	Efectos .....	525

II.	EL TESTIMONIO	
	1. Concepto .....	526
	2. Estatuto jurídico del testigo .....	527
	3. Capacidad, incompatibilidad, abstención .....	527
	4. Estructura de la testimonial .....	529
	5. Valoración del testimonio .....	531
III.	LA PERICIA	
	1. Concepto .....	533
	2. Designación de peritos .....	535
	3. El testigo-perito .....	536
	4. Estructura de la prueba pericial .....	536
	5. Especialidad en pericias institucionales .....	537
	6. Impugnación .....	539
	7. El perito de parte .....	540
	8. La pericia cultural .....	540
	9. Valoración de la pericia .....	542
	10. La prueba científica .....	543
IV.	EL CAREO	
	1. Concepto .....	545
	2. Reglamentación legal .....	546
	2.1. Presupuestos .....	546
	2.2. Necesidad .....	547
	2.3. Intervinientes .....	547
	2.4. Práctica .....	547
	2.5. Medio careo .....	548
V.	LA PRUEBA DOCUMENTAL	
	1. Concepto .....	548
	2. Existencia, validez y eficacia del documento .....	550
	3. Adquisición procesal .....	550
	4. Reconocimiento e impugnación .....	551
	5. Actuación .....	551
	6. Valoración .....	552
	7. Informe .....	552
	8. Prueba electrónica .....	553

VI.	EL RECONOCIMIENTO	
1.	Concepto .....	555
2.	Reconocimiento de personas .....	555
2.1.	Concepto y fundamento .....	555
2.2.	Procedimiento .....	556
3.	Reconocimiento impropio .....	558
4.	Reconocimiento de voces y otros .....	558
5.	Reconocimiento de cosas .....	558
6.	Fotografías y videos .....	559
VII.	LA INSPECCIÓN JUDICIAL .....	560
VIII.	LA RECONSTRUCCIÓN .....	563
IX.	LAS PRUEBAS ESPECIALES	
1.	Regulación .....	566
2.	Levantamiento de cadáver .....	566
3.	Necropsia .....	567
3.1.	Alcance .....	567
3.2.	Destino del cadáver .....	568
3.3.	Pericias auxiliares .....	569
4.	Pericias medicolegales .....	569
5.	Prueba de preexistencia y pericia de valoración .....	570
X.	EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO	
1.	Fases del procedimiento probatorio .....	571
2.	Fase de proposición probatoria .....	572
3.	Fase de admisión .....	572
4.	Fase de práctica .....	574

### LECCIÓN VIGÉSIMA PRIMERA

#### PRUEBA PRECONSTITUIDA, PRUEBA ANTICIPADA, CONVENCION PROBATORIA Y PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

I.	ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA 'SUMARIAL'	
1.	Alcances .....	575
2.	Irrepetibilidad .....	576
2.1.	Concepto .....	576



	2.2. Irrepetibilidad previsible .....	576
	2.3. Irrepetibilidad no previsible .....	577
	3. Urgencia .....	578
II.	PRUEBA PRECONSTITUIDA .....	
	1. Concepto .....	578
	2. Notas esenciales .....	579
	3. Conclusión .....	580
	4. Informe Especial de la Contraloría General de la República .....	580
III.	PRUEBA ANTICIPADA .....	
	1. Concepto y regulación .....	582
	2. Ámbito objetivo .....	583
	3. Motivos de irrepetibilidad .....	583
	4. Solicitud y práctica .....	583
	5. Reproducción en el juicio oral .....	584
IV.	CONVENCIÓN PROBATORIA .....	
	1. Reconocimiento legal .....	584
	2. Ámbito de funcionamiento .....	585
V.	PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA .....	
	1. Definición .....	586
	2. Identificación .....	587
	3. Presupuestos .....	587
	4. Procedimiento .....	587
	5. Límites .....	588

**LECCIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA**  
**APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y PRUEBA PROHIBIDA**

I.	ALCANCES DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA .....	590
II.	MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA .....	595
III.	REGLAS VALORATIVAS INCORPORADAS LEGALMENTE .....	598

IV.	LA PRUEBA INDICIARIA	
	1. Concepto y alcances .....	598
	2. Fases del razonamiento indiciario .....	601
	3. Requisitos de los indicios .....	603
	4. Tipología de los indicios .....	604
	5. Interpretación, aproximación y valoración indiciaria .....	606
	6. Algunas aplicaciones prácticas .....	607
V.	EL SILENCIO DEL IMPUTADO	
	1. Ámbito constitucional del derecho .....	610
	2. Valoración del silencio .....	611
	3. La versión del imputado .....	612
VI.	DECLARACIONES SUMARIALES Y PLENARIALES CONTRADICTORIAS .....	613
VII.	TESTIGOS DE REFERENCIA .....	614
VIII.	LAS DECLARACIONES ESCASAMENTE FIABLES	
	1. Planteamiento .....	616
	2. La declaración del coimputado .....	616
	3. La declaración de la víctima .....	618
IX.	LA PRUEBA PROHIBIDA	
	1. Regulación y concepto .....	619
	1.1. Alcance legislativo .....	619
	1.2. Estatuto jurídico inicial .....	621
	1.3. La prueba originaria y prueba derivada .....	627

**PARTE OCTAVA  
IMPUGNACIÓN PENAL**

**LECCIÓN VIGÉSIMA TERCERA  
IMPUGNACIÓN PENAL**

I.	ASPECTOS GENERALES	
	1. Regulación .....	639
	2. Definición .....	639

3.	La impugnación penal .....	640
3.1.	Concepto y tipología .....	640
3.2.	Bases de la impugnación. Notas esenciales .....	641
3.3.	Recurso .....	642
3.4.	Fundamento .....	643
3.5.	Notas esenciales .....	644
II.	RECURSOS PENALES Y CLASIFICACIÓN	
1.	Clasificación .....	645
2.	Condiciones constitucionales del sistema de recurso .....	647
2.1.	Exigencias constitucionales .....	647
2.2.	Directivas en materia de recursos .....	647
2.2.1.	Antecedentes: SCIDH de 2 de julio de 2004: .....	
	Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica .....	647
2.2.2.	Análisis de la CIDH .....	648
2.2.3.	Directivas a partir de lo resuelto por la Corte .....	650
3.	Principios generales del recurso .....	650
3.1.	Identificación .....	650
3.2.	Principio dispositivo .....	650
3.3.	Limitada competencia del Tribunal Superior. Efecto parcialmente devolutivo .....	651
3.4.	Prohibición de la <i>reformatio in peius</i> .....	652
3.5.	Poder de reparación o integración .....	654
3.6.	Renuncia, desistimiento e irretractabilidad .....	654
4.	Presupuestos procesales del recurso .....	656
4.1.	Definición y alcance .....	656
4.2.	Presupuestos subjetivos .....	657
4.2.1.	Gravamen .....	657
4.2.2.	Conducción procesal .....	658
4.3.	Presupuestos objetivos .....	659
4.4.	Presupuestos formales .....	660
5.	Efectos del recurso .....	663
5.1.	Planteamiento inicial .....	663
5.2.	Efecto devolutivo .....	663
5.3.	Efecto suspensivo .....	664
5.4.	Efecto extensivo .....	665
5.5.	Efecto diferido .....	666
6.	Adhesión al recurso .....	666

7.	Clasificación de los recursos .....	668
7.1.	Por el órgano competente .....	668
7.2.	Por la resolución recurrida .....	668
7.3.	Por el ámbito de impugnación .....	669

## LECCIÓN VIGÉSIMA CUARTA LOS RECURSOS PENALES

I.	EL RECURSO DE REPOSICIÓN	
1.	Concepto .....	671
2.	Resoluciones impugnables .....	671
3.	Procedimiento .....	672
II.	EL RECURSO DE APELACIÓN	
1.	Concepto .....	673
2.	Notas esenciales .....	675
2.1.	Ámbito de aplicación y resoluciones recurribles .....	675
2.2.	Naturaleza jurídica .....	676
2.3.	Efectos .....	677
2.3.1.	Efecto devolutivo .....	677
2.3.2.	Efecto suspensivo .....	678
2.3.3.	Efecto extensivo .....	678
3.	Modelo de la apelación en el NCPP .....	679
3.1.	Planteamiento .....	679
3.2.	Notas esenciales .....	680
4.	Procedimiento .....	682
4.1.	Interposición y formalización .....	682
4.2.	Admisión .....	682
4.2.1.	Decisión del <i>iudex a quo</i> .....	682
4.2.2.	Control del <i>iudex ad quem</i> .....	683
4.3.	Proposición de pruebas .....	684
4.3.1.	Preliminar. Apelación de autos .....	684
4.3.2.	Trámite previo .....	684
4.3.3.	Regulación legal .....	685
4.3.4.	Reglas Generales de admisión probatoria .....	686
4.4.	Audiencia de Apelación .....	688
4.5.	Sentencia de vista .....	692

4.5.1. Deliberación .....	692
4.5.2. Valoración de la prueba .....	692
4.5.3. Alcances de la sentencia de vista (art. 425 NCPP) .....	698
4.5.4. Audiencia de lectura de sentencia .....	702
4.5.5. Recursos .....	702
5. La SCIDH de 23 de noviembre de 2012: Caso Mohamed vs. Argentina .....	703
5.1. Antecedentes del caso .....	703
5.2. Análisis de la Corte .....	704
5.3. Algunas atingencias a la SCIDH Mohamed .....	706
III. RECURSO DE CASACIÓN PENAL	
1. Aspectos generales .....	708
1.1. Introducción .....	708
1.2. Concepto .....	710
1.3. Notas esenciales .....	711
2. Límites del Tribunal de Casación .....	713
2.1. Desde su naturaleza jurídica .....	713
2.2. Desde su ámbito funcional .....	717
3. Carácter del recurso de casación .....	718
4. Objeto impugnabile .....	718
5. Impugnabilidad subjetiva .....	720
6. Inadmisibilidad excepcional por economía procesal .....	721
6.1. Planteamiento básico .....	721
6.2. Motivos de inadmisibilidad excepcional .....	722
7. Motivos de casación: artículo 429 NCPP .....	723
7.1. Planteamiento general .....	723
7.2. Casación Constitucional: vulneración de precepto constitucional	724
7.2.1. Alcance .....	724
7.2.2. Presunción de inocencia .....	725
7.2.3. Motivación .....	727
7.3. Casación procesal: quebrantamiento de forma .....	731
7.3.1. Alcance .....	731
7.3.2. Infracción de las normas sobre el régimen de los actos procesales .....	733
7.3.3. Infracción de las normas reguladoras de la decisión .....	733
7.3.4. Valoración .....	734

7.4.	Casación sustantiva: Infracción de la ley material .....	736
7.4.1.	Análisis .....	736
7.4.2.	Las normas procesales y casación sustantiva.....	739
7.5.	Casación jurisprudencia: infracción de doctrina jurisprudencial...	739
8.	Casación y condena del absuelto en segunda instancia .....	740
9.	Tramitación .....	745
9.1.	Aspecto básico .....	745
9.2.	Fase de interposición .....	745
9.2.1.	Acto de interposición .....	745
9.2.2.	Acto de calificación .....	746
9.2.3.	Acto de elevación .....	748
9.3.	Fase de sustentación .....	748
9.3.1.	Traslado .....	748
9.3.2.	Juicio de admisibilidad .....	748
9.3.3.	Alegatos ampliatorios .....	749
9.3.4.	Citación a la audiencia de casación .....	750
9.4.	Fase de decisión .....	750
9.4.1.	Deliberación .....	750
9.4.2.	Audiencia de lectura de sentencia .....	751
9.4.3.	Sentencia casatoria .....	751
10.	Sentencia vinculante .....	753
IV.	EL RECURSO DE QUEJA	
1.	Concepto .....	755
2.	Tramitación .....	756
2.1.	Acto de interposición .....	756
2.2.	Plazo y lugar del recurso .....	757
2.3.	Procedimiento y decisión .....	757
2.4.	Queja y recurso diferido .....	758
V.	LA ACCIÓN DE REVISIÓN	
1.	Aspectos generales .....	758
1.1.	Impugnación de la cosa juzgada .....	758
1.2.	Fundamento, definición, notas esenciales y principios .....	759
2.	Sujetos y órgano judicial de la revisión .....	762
2.1.	Sujetos de la promoción de la revisión .....	762
2.2.	Órgano judicial .....	763

3.	Motivos de revisión .....	764
3.1.	Alcances .....	764
3.2.	Motivos específicos.....	764
3.2.1.	Incócilabilidad de sentencias .....	764
3.2.2.	Duplicación de sentencias .....	765
3.2.3.	Hechos o medios de prueba falsos .....	766
3.2.4.	Nuevos hechos o medios de prueba .....	767
3.2.5.	Condena por delito por o contra el juez .....	767
3.2.6.	Inconstitucionalidad de la ley penal .....	768
4.	Procedimiento .....	768
4.1.	Acto de interposición .....	768
4.2.	Acto de calificación .....	769
4.2.1.	Juicio de admisibilidad y de procedencia .....	769
4.2.2.	Efectos .....	770
4.3.	Actos de sustanciación .....	771
4.3.1.	Traslado .....	771
4.3.2.	Actuación probatoria .....	771
4.3.3.	Audiencia de revisión .....	772
4.4.	La sentencia de revisión .....	773
4.4.1.	Sentencia desestimatoria .....	773
4.4.2.	Sentencia estimatoria .....	773
VI.	LA NULIDAD DE ACTOS Y ACTUACIONES	
1.	Aspectos generales.....	774
1.1.	Definición y vías procesales .....	774
1.1.1.	Definición .....	774
1.1.2.	Vías procesales .....	775
1.1.3.	Límite definitivo .....	776
1.2.	Regulación .....	776
2.	Supuestos de ineficacia de actuaciones .....	777
2.1.	El principio de taxatividad .....	777
2.2.	Clasificación de nulidades .....	778
2.3.	Nulidad absoluta o insubsanable .....	788
2.4.	Nulidad relativa o subsanable .....	782
2.5.	Presupuestos de la nulidad.....	783
2.5.1.	Trascendencia .....	783
2.5.2.	Protección .....	784

2.5.3. Subsanción.....	785
2.5.4. Conservación.....	788
2.6. Efectos de la nulidad.....	788
2.6.1. Planteamiento.....	788
2.6.2. Declaración y extensión.....	788
2.6.3. Límites.....	789
3. Tratamiento procesal de la nulidad.....	790
3.1. Control de oficio.....	790
3.2. Medio de impugnación.....	790
3.3. Incidente de nulidad.....	791

**PARTE NOVENA**  
**LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES**

**LECCIÓN VIGÉSIMA QUINTA**  
**LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES:**  
**GENERALIDADES**

I.	LA ANTERIOR LEY PROCESAL PENAL	
1.	Clasificación.....	795
1.1.	Lineamientos básicos.....	795
1.2.	Características.....	795
1.2.1.	Procedimientos ordinarios.....	795
1.2.2.	Procedimientos con especialidades procedimentales.....	796
1.2.3.	Procedimientos especiales.....	796
II.	EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
1.	Planteamiento básico.....	797
1.1.	Necesidad de un nuevo sistema procesal.....	797
1.2.	Regulación.....	797
1.3.	Justificación.....	798
1.3.1.	Alcances.....	798
1.3.2.	Costos y principios.....	799



**LECCIÓN VIGÉSIMA SEXTA  
LOS DIVERSOS PROCESOS ESPECIALES**

I.	EL PROCESO COMÚN	
	1. Planteamiento básico .....	801
	2. El procedimiento de investigación preparatoria .....	801
	3. El procedimiento intermedio .....	802
	4. El procedimiento de enjuiciamiento .....	802
II.	EL PROCESO INMEDIATO (NCPD originario y D. Leg. 1194)	
	1. Presupuestos del proceso inmediato .....	803
	1.1. Planteamiento .....	803
	1.2. Flagrancia delictiva .....	804
	1.3. Confesión .....	804
	1.4. Evidencia delictiva .....	805
	1.5. Declaración del imputado .....	806
	1.6. Proceso inmediato y causas con pluralidad de imputados .....	806
	2. Incoación del procedimiento inmediato .....	807
	2.1. El requerimiento fiscal .....	807
	2.2. Trámite inicial .....	808
	2.3. Decisión judicial .....	808
	3. Características del proceso inmediato .....	808
	4. Desestimación del requerimiento del proceso inmediato .....	810
	5. Decreto Legislativo n.º 1194 .....	810
	5.1. Aspectos generales .....	810
	5.2. De la definición del nuevo proceso inmediato .....	811
	5.3. Del juicio inmediato .....	815
III.	EL PROCESO DE SEGURIDAD	
	1. Objeto del proceso de seguridad .....	816
	1.1. Proceso penal y medida de seguridad .....	816
	1.2. Proceso de seguridad e inimputabilidad .....	818
	2. Incoación del proceso de seguridad .....	819
	3. Particularidades del proceso de seguridad .....	820
	4. Transformación del proceso .....	822
	4.1. Auto de transformación del proceso .....	822
	4.2. Proceso común y medida de seguridad .....	823

IV.	EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA	
1.	Aspectos generales	823
1.1.	Notas distintivas	823
1.2.	Ámbito de aplicación	824
2.	Legitimación activa y competencia	825
2.1.	Legitimación activa	825
2.2.	Competencia	825
3.	Iniciación del proceso	825
3.1.	Oportunidad	825
3.2.	Postulación procesal	826
3.3.	Efectos e impedimentos	826
3.4.	Modalidades de solicitudes de terminación anticipada	827
4.	Etapas del procedimiento	828
4.1.	Calificación de la solicitud	828
4.2.	Audiencia de terminación anticipada	829
4.2.1.	Características	829
4.2.2.	Pasos de la audiencia	829
5.	Sentencia anticipada	832
5.1.	Ámbito de la sentencia anticipada	832
5.1.1.	Juicio de legalidad	832
5.1.2.	Juicio de razonabilidad	833
5.2.	Estructura de la sentencia anticipada	834
6.	Beneficio premial	834
7.	Terminación anticipada y pluralidad de hechos imputados	835
8.	Recurso impugnatorio	836
V.	EL PROCESO POR DELITO PRIVADO	
1.	Aspectos generales	837
1.1.	Introducción	837
1.2.	Notas esenciales	838
2.	El derecho de acción penal y legitimación activa	839
2.1.	Derecho de acción penal	839
2.2.	Legitimación activa	841
3.	El procedimiento preparatorio de incoación de la causa	842
3.1.	La querrela	842
3.2.	El control de admisibilidad	843
3.3.	El control de procedencia	843

3.4.	La querrela preliminar y solicitud de auxilio judicial .....	844
3.5.	La admisión del proceso .....	845
4.	El procedimiento de enjuiciamiento .....	846
4.1.	Periodos del enjuiciamiento .....	846
4.2.	Particularidades del juicio .....	846
5.	Otras particularidades procedimentales .....	847
5.1.	La coerción personal .....	847
5.2.	El abandono .....	848
5.3.	El desistimiento y la transacción .....	848
5.4.	Sucesión procesal .....	849
5.5.	Publicidad de la sentencia .....	850
6.	Impugnación .....	850
VI.	EL PROCESO POR FALTAS	
1.	Caracteres generales .....	851
2.	Ámbito de aplicación, competencia y partes .....	852
2.1.	Modalidades de juicio de faltas .....	852
2.2.	Competencia .....	853
2.3.	Partes .....	853
3.	Iniciación del proceso .....	853
3.1.	Incoación .....	853
3.2.	Citación a juicio .....	855
4.	El juicio oral .....	855
4.1.	Instalación .....	855
4.2.	Periodos .....	856
5.	Impugnación .....	858
6.	Otras particularidades procedimentales .....	859
6.1.	Restricción de la libertad .....	859
6.2.	Desistimiento .....	859
VII.	EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	
1.	Aspectos generales .....	859
1.1.	Función pública y proceso penal .....	859
1.2.	Prerrogativas procesales .....	860
1.2.1.	Inmunidad y acusación constitucional .....	860
1.2.2.	Aforamiento .....	861

1.3.	Modalidades procedimentales .....	862
1.3.1.	Regulación legal .....	862
1.3.2.	Justificación .....	862
2.	El proceso por delito de función contra altos funcionarios públicos .....	863
2.1.	Competencia objetiva .....	863
2.2.	Requisitos de procedibilidad .....	863
2.3.	Iniciación y formalización del proceso penal .....	863
2.4.	Resolución de imputación .....	864
2.5.	Otras particularidades .....	865
2.6.	Auto de conversión del procedimiento .....	865
3.	El proceso por delito común contra altos funcionarios públicos: Inmunidad .....	866
3.1.	Ámbito de la inmunidad .....	866
3.2.	Autorización constitucional y proceso penal .....	867
3.3.	Requerimiento de levantamiento de inmunidad .....	867
4.	El proceso por delitos de función contra otros funcionarios públicos .....	868
4.1.	Ámbito .....	868
4.2.	Competencia objetiva .....	869
4.3.	Reglas del procedimiento .....	870

## VIII. EL PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

1.	Aspectos generales .....	870
1.1.	Regulación legal .....	870
1.2.	Definición .....	871
1.3.	El arrepentimiento o colaborador .....	871
1.4.	Notas esenciales del proceso por colaboración eficaz .....	872
2.	Ámbito competencial .....	872
2.1.	Ámbito del proceso de colaboración eficaz .....	872
2.2.	Competencia objetiva .....	873
3.	Principios .....	873
3.1.	Eficacia .....	873
3.2.	Proporcionalidad .....	873
3.3.	Condicionalidad .....	874
3.4.	Formalidad .....	874
3.5.	Oportunidad .....	874
3.6.	Exclusión personal del beneficio premial: Limitaciones .....	874

4.	Fases del proceso de colaboración eficaz: Estructura .....	875
4.1.	Fase de iniciación .....	875
4.2.	Fase de corroboración fiscal .....	876
4.3.	Fase de celebración del acuerdo .....	877
4.4.	El acuerdo de beneficios y colaboración .....	878
4.5.	Fase de control y decisión jurisdiccional .....	879
4.6.	Fase de revocación .....	881
4.7.	Efectos del auto revocatorio .....	882
IX. PROCESO CON ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES:		
ORGANIZACIÓN CRIMINAL		
1.	Aspectos generales .....	882
1.1.	Concepto de organización criminal .....	882
1.2.	Delitos comprendidos .....	884
2.	Aspectos procesales de la criminalidad organizada .....	885
2.1.	Ámbito de aplicación .....	885
2.2.	Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado .....	886
2.3.	La investigación preparatoria .....	895
3.	Los actos especiales de investigación .....	895
3.1.	Aspectos generales .....	895
3.2.	Seguimiento y vigilancia .....	897
3.3.	Operaciones encubiertas .....	897
3.4.	Geolocalización .....	898
3.4.1.	Alcances .....	898
3.4.2.	Procedimiento .....	900
3.4.3.	Derecho afectado y legitimidad de la medida .....	901
3.4.4.	Conservación de datos derivados de las telecomunicaciones .....	903
4.	La prueba trasladada .....	905
	Índice bibliográfico general .....	909



## ABREVIATURAS Y CONVENCIONALISMOS UTILIZADOS

<b>ATCE / AATCE</b>	Auto del Tribunal Constitucional Español / Autos del Tribunal Constitucional Español
<b>apdo. / apdos.</b>	apartado / apartados
<b>art. / arts.</b>	artículo / artículos
<b>BGHSt.</b>	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Sentencias del Tribunal Supremo Alemán]
<b>BverfGE</b>	Tribunal Constitucional Federal Alemán
<b>CADH</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica, 1977)
<b>CEP</b>	Código de Ejecución Penal (D. Leg. n.º 634 del 02 de agosto de 1991)
<b>CIDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>cit.</b>	citado anteriormente
<b>CJM</b>	Código de Justicia Militar (Decreto Ley n.º 23214 de 24 de julio de 1980)
<b>CMA</b>	Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales (D. Leg. n.º 613 del 08 de setiembre de 1990)
<b>CoIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>Comp.</b>	Compilador
<b>CoNA</b>	Código de los Niños y Adolescentes (Ley n.º 27337 del 07 de agosto de 2000)
<b>Const.</b>	Constitución Política del Perú
<b>CP</b>	Código Penal (D. Leg. n.º 635 del 08 de abril de 1991)
<b>CPC</b>	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS del 23 de abril de 1993)
<b>CPP</b>	Código de Procedimientos Penales (Ley n.º 9024 del 16 de enero de 1940)
<b>D. Leg.</b>	Decreto Legislativo
<b>D. S.</b>	Decreto Supremo

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



## PRÓLOGO

PROF. DR. D. VICENTE GIMENO SENDRA

Las *Lecciones de derecho procesal penal*, del que es autor mi querido amigo y distinguido colega, el profesor y magistrado, CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, es sin ningún género de duda, una obra de indispensable utilización, no solo por los estudiantes, sino también por todos los profesionales del derecho.

En el Dr. SAN MARTÍN concurren dos cualidades, que raramente se encuentran presentes en quienes nos dedicamos a la enseñanza e investigación del derecho procesal penal: una sólida formación teórica, y un amplio conocimiento de la jurisprudencia y de la práctica forense.

Tuve la ocasión de comprobar su aptitud de insigne jurista cuando, a finales de la década de los noventa, amplió sus estudios en dos Universidades españolas (las de Castilla La Mancha y especialmente la de Alicante, en donde conocería a mi discípulo, el catedrático de la asignatura, JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO, con quien establecería también una gran amistad). En esta ocasión, pude constatar su inquietud intelectual, que desde siempre le ha llevado a una puesta al día permanente en el conocimiento de la doctrina y del derecho comparado (no solo del hispano, sino también del alemán e italiano), fruto del cual es la elaboración del nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004.

Con respecto a su formación académica, el profesor SAN MARTÍN CASTRO no solo es un teórico del derecho penal y procesal penal, sino también un gran profesional, profundamente conocedor de la aplicación del derecho. No en vano fue abogado y, en la actualidad, desempeña el oficio de magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema. Esta visión triangular del derecho (desde la prestigiosa Universidad Pontificia Católica del Perú, la abogacía y la más alta Magistratura) convierte a sus *Lecciones* en una obra extremadamente útil para todos los jueces, fiscales y abogados que hayan de relacionarse con la justicia penal, ya que no nos encontraremos ante una mera información del derecho legislado, sino ante un estudio dogmático y bien sistematizado del derecho procesal penal, efectuado a partir de la Constitución, de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y, en especial, de sus principios constitucionales de tutela judicial efectiva, acusato-

rio, presunción de inocencia y defensa, tal y como han sido interpretados por los más altos tribunales encargados de la tutela de los derechos fundamentales.

Estoy seguro, pues, que de la lectura de las *Lecciones de Derecho Procesal Penal* del Dr. SAN MARTÍN, el profesional del derecho encontrará la argumentación necesaria para obtener el éxito de su pretensión o defensa, razón por la cual únicamente me resta felicitar al autor por su magnífico Manual que se convertirá en una obra de indispensable consulta, no solo en la República del Perú, sino también en toda Latinoamérica y, desde luego, en España.

En Madrid, octubre de 2015

**PROF. DR. D. VICENTE GIMENO SENDRA**  
*Magistrado emérito del Tribunal Constitucional español.*  
*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

## PRÓLOGO

PROF. DR. D. JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO

El derecho procesal penal forma parte e integra el derecho procesal. Sus conceptos e instituciones, aunque influenciados por los principios que lo informan derivados de los bienes en juego y su naturaleza, se han de construir dogmáticamente sobre los generales que constituyen la base de esta disciplina. No hay ni se puede hablar de conceptos propios y exclusivos del derecho procesal penal aunque los generales y comunes tengan sus perfiles propios en este ámbito. Toda construcción de esta rama jurídica que olvide esta afirmación o que pretenda eludirla incurre en un error que se traduce frecuentemente, cuando así se actúa, en graves consecuencias en un ámbito, el penal, en el que la seguridad jurídica es esencial por estar en juego derechos fundamentales básicos e irrenunciables. Cuando se construye un derecho procesal penal olvidando que el mismo forma parte del derecho procesal, se entra en una espiral de incertidumbres, discrecionalidad e inseguridad; en suma, que puede llevar a situaciones de desigualdad, impunidad selectiva o excesiva represión, pues en el fondo se sustituye la dogmática por la subordinación del proceso penal a fines, intereses y funciones tan relativos, como jurídicamente incapaces de servir de base al proceso.

El NCPP, de gran calidad jurídica y por ello convertido en referente en el derecho comparado, es consecuente con las ideas expuestas y, en el marco de una opción determinada por un modelo acusatorio de corte continental, no otro aunque haya quien muestre su inclinación por uno diferente y pretende forzar el vigente o subordinarlo a lo que no es, ofrece respuestas que se adaptan a las exigencias básicas de la dogmática procesal. Un Código, el vigente, jurídicamente correcto y adecuado al esquema de principios en los que se inspira, que ofrece seguridad jurídica, aunque puede torcerse si se interpreta conforme a modelos que le son ajenos.

Por lo dicho, intentar contraponer a este modelo seguido por el NCPP otro distinto, como es el adversarial anglosajón o introducir interpretaciones propias de este último, más exageradas incluso que las del proceso civil, que es dispositivo. En definitiva, realizar afirmaciones respetables en el ámbito de la espe-

culación intelectual, pero incoherentes con el sistema procesal vigente instaurado por el NCPP, solo puede ser fuente de disfunciones que a la larga pueden hacer fracasar la aplicación del Código. Ya se aprecian tensiones que están produciendo efectos no deseables.

Así lo explica magistralmente el Dr. San Martín Castro en el brillante prólogo de esta esencial obra que se presenta, pues, como un instrumento imprescindible para el estudio y el conocimiento del vigente proceso penal peruano y que debe servir para poner orden donde ciertas corrientes están generando inseguridad. La obra del Dr. San Martín, pues, es algo más que un estudio del derecho procesal penal, pues el tratamiento de esta responde a las exigencias y al método imprescindible para acercarse a esta disciplina con rigor, a pesar de la dificultad de abordar el derecho procesal desde una dogmática compleja que, a pesar de serlo, no puede ser sustituida por la improvisación o la genialidad.

La estructura de la obra que se recensiona responde —y esto es decir mucho en estos momentos—, al esquema clásico procesal que hunde sus raíces en el trinomio sistemático conceptual según Calamandrei: jurisdicción, acción y proceso, que constituyen los tres grandes conceptos básicos de la disciplina. No obstante, en una labor necesaria y clarificadora por ser fundamento básico y elemento formativo imprescindible, se inicia la obra con una reflexión medida, rigurosa y certera sobre la autonomía del derecho procesal, que hunde su explicación en el clásico concepto de acción, tan olvidado incomprensiblemente, así como se analizan las funciones y eficacia temporal y espacial de la materia; del mismo modo, por su carácter político y técnico, se estudian los principios del proceso y del procedimiento, vinculados a un modelo social determinado, el de la economía real y un sistema político, el democrático. Estos principios son los que, por sus vinculaciones con el objeto y las partes y dependiendo de los factores mencionados, caracterizan al proceso penal y lo dotan de su carácter propio. Siendo los mismos conceptos, la incidencia en el proceso penal de valores sociales y políticos determinados, genera diferencias que, sin embargo, no implican que las instituciones del derecho procesal penal sean radicalmente distintas a las del civil en el que, en definitiva, se fundamenta. Por ende no se puede conocer el derecho procesal penal si no se parte del civil.

La presente obra aparece, y esa es su finalidad, confesada expresamente, como un Manual de derecho procesal dirigido especialmente a los estudiantes; no es un Tratado sobre la materia. De este modo, al ser los rasgos los propios de un trabajo pedagógico, destaca por su claridad y sencillez, así como, consecuentemente, por el uso acertado de los conceptos básicos de la disciplina. Contribuirá

sin duda alguna a la formación sólida de los alumnos universitarios y servirá de freno a algunas veleidades que se han ido introduciendo de soslayo en el estudio del proceso penal y que responden a opciones en las que se echa muchas veces de menos el conocimiento debido de la dogmática procesal. Por ello, esta obra, al analizar la materia atendiendo a sus bases conceptuales y hacerlo con estudiantes que dan sus primeros pasos en la asignatura, podrá servir para invertir una tendencia arriesgada que solo puede evitar la vuelta al conocimiento riguroso. Tal vez sería necesario, si se quiere profundizar y soslayar los riegos que se mencionan, un replanteamiento acerca de la división del derecho procesal en ramas coincidentes con el derecho material. La autonomía del derecho procesal lo hace merecedor de esa independencia y entidad propias, así como su unidad conceptual. Por el contrario, aunque ese paso no se adelante, obras como la presente, que acreditan el conocimiento obligado de los conceptos básicos de la disciplina, nacido como se ha dicho al amparo del proceso civil, pueden servir para reconducir derivados no convenientes que la realidad acredita deben superarse.

La obra, como se ha dicho, respeta una estructura procesal clásica, pedagógica y clara que permite conocer el proceso penal de forma sistemática y coherente, frente a obras que transgreden la lógica que impone el modelo procesal vigente que, por ser de derecho público, protege intereses de esta naturaleza.

Su pretensión de enseñar, subsume el NCPP en unas lecciones que se desarrollan con un orden no cronológico, meramente procedimentalista, sino sistemático, el que resulta imprescindible para el conocimiento básico y teórico ineludible para un jurista que no quiera ser un simple leguleyo. La brevedad no le priva de la profundidad necesaria. El tratamiento jurídico es el adecuado, por lo cual esta obra material es imprescindible para el estudio y aprehensión teórica y práctica del NCPP. Se huye en ella de la genialidad, tendencia excesivamente de moda hoy en día, para incidir en el estudio riguroso, serio, calmo y sereno de una disciplina técnicamente compleja en la que no caben simplificaciones en exceso arriesgadas. No se pretende en este libro crear, sino exponer ordenadamente con el fin de transmitir conocimiento, lo que no es poco. Esto lo consigue un autor reconocido internacionalmente, por lo que no necesita reafirmarse, siendo su obra, ya amplia, la que habla por él.

Doy las gracias al Dr. San Martín Castro por la confianza que me ha mostrado en este encargo, que me llena de satisfacción, así como la cita que a mi persona realiza en el prólogo entre aquellos que le han aportado algo en su saber, que es mucho. Deseo, por mi parte, devolverle el cumplido fruto de la amistad que nos une, pues lo considero y califico como uno de los más prestigiosos proce-

salistas de este complicado momento histórico. Obras como la que se presenta son de obligado conocimiento, consulta y estudio; en cuanto al prestigio de su autor, su firma es aval de calidad y profundidad, así como de rigor científico.

En Alicante, octubre de 2015

**PROF. DR. D. JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO**

*Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Alicante  
España*

## PRÓLOGO

PROF. DRA. DÑA. OLGA FUENTES SORIANO

La obra que el Dr. César San Martín Castro, modestamente, presenta bajo el título de *Lecciones de derecho procesal*, constituye en realidad un auténtico tratado sobre la materia, de imprescindible lectura para el jurista que, desde cualquier perspectiva, pretenda ahondar en el conocimiento del proceso penal.

Se trata de un amplísimo trabajo de análisis, investigación, estudio y reflexión; completo tanto en su extensión, cuanto en su profundidad. En su extensión, porque aborda la totalidad del proceso y, además, no desde una perspectiva exclusivamente lineal o temporal sino profundizando, como punto de partida necesario para su entendimiento, en sus funciones, principios y relaciones que rigen entre el proceso penal y el derecho sustantivo. En relación a su profundidad, dado que cada una de las instituciones jurídicas abordadas se analiza con perspectiva científica, investigadora, dogmática y, simultáneamente, práctica.

Posiblemente, en esta última circunstancia apuntada, resida la grandeza de la obra del Dr. San Martín. Este trabajo aúna una compleja y diversa pluralidad de perspectivas que permiten ofrecer una visión de las instituciones jurídicas única, solvente y extraordinaria. Así, al análisis y la reflexión dogmática que solo el profundo conocimiento que ostenta el autor como investigador jurídico consolidado y consagrado, se añade su conocimiento empírico de la problemática jurídica derivado del ejercicio práctico del derecho desde diversas ópticas a lo largo de toda su vida profesional: desde el ejercicio de derecho de defensa que durante años, como abogado, ha ocupado sus principales preocupaciones hasta el ejercicio de la función jurisdiccional como magistrado —y presidente— de la Corte Suprema.

Asimismo, el haber sido parte integrante de las comisiones prelegislativas y legislativas que dieron forma definitiva al Código Procesal Penal de 2004 sitúa al Dr. San Martín en una posición privilegiada respecto del conocimiento de la gestación de la norma; ello favorece, sin duda, una acertada interpretación auténtica que, a lo largo de la obra, en no pocas ocasiones se nos revela como resolutoria de muchos problemas y contradicciones normativas.

Como resultado de todo lo anterior, el autor nos presenta en este trabajo no solo un análisis del proceso penal peruano y su funcionamiento tras el advenimiento del Nuevo Código de 2004 sino, en puridad, toda una línea de pensamiento, de reflexión en torno al proceso penal, sus funciones, su finalidad última, y en consonancia con ella la forma que deben adoptar y en la que deben ser entendidas todas y cada una de las instituciones que lo configuran.

En Elche de Alicante, octubre de 2015

**PROF. DRA. DÑA. OLGA FUENTES SORIANO**

*Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad Miguel Hernández. Elche.  
España*



## PRESENTACIÓN

PROF. DR. D. MIGUEL RAFAEL PÉREZ ARROYO

La obra *Lecciones de derecho procesal penal*, de autoría del maestro peruano César San Martín Castro, que el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP, Fondo Editorial), en alianza con el Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales (CENALES), tienen el honor de presentar a la comunidad jurídica peruana, latinoamericana y europea, una de las obras más importante –sino en la más– en derecho procesal penal peruano y latinoamericano, escrita en los últimos 20 años. Esta afirmación está fuera de toda duda. De ahí la importancia y obligadamente breve que debe ser esta presentación que me toca realizar, sin pretensión siquiera de ser un prólogo de la Obra, la cual ha sido ya elaborada por los ilustres juristas: los profesores doctores Vicente Gimeno Sendra, José María Asencio Mellado, Olga Fuentes Soriano, entre otros. Tan solo quiero presentar la Obra, a juzgar por la comunidad jurídica, como trascendental y que, incluso, constituirá en lectura y consulta obligatoria de todo aquel que pretenda acercarse siquiera al espíritu del Código Procesal Penal de 2004, al punto que su influjo en el derecho procesal penal peruano, no podrá ni tan siquiera ser obviada. La presente publicación tiene, por tanto, vocación de ser libro de cabecera de todos los abogados y magistrados –fiscales y jueces– que pretendan impartir justicia en nuestro país.

En lo personal, conozco la Obra de César San Martín desde antes que se escriba. A partir de sus notas didácticas de clases en Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica, un grupo de alumnos suyos le animamos a pasar en limpio todas sus notas, y posteriormente a pensar y opinar por la publicación de su primera obra en derecho procesal penal, hecho que ocurrió en 1999, luego de dos estancias de Investigación en la Universidad de Castilla La Mancha y la Universidad de Alicante, tal y como lo pone de manifiesto el ilustre jurista español Dr. Vicente Gimeno Sendra. Desde aquella oportunidad hasta ahora, han pasado casi 20 años; en los cuales se han publicado los dos tomos de su *Derecho procesal penal* (2003). Tantos años que ahora, al ver estas *Lecciones de derecho procesal penal*, del profesor San Martín Castro, no quepa sino recordar los muchos momentos en

que su maestría y vocación por la docencia universitaria, ha quedado plasmada, más allá de sus libros, sus artículos y sus ponencias magistrales; sino y sobre todo, en sus cualidades personales de amigo y de maestro.

Esta obra jurídica, por tanto, no solo se erige en uno de los textos de derecho procesal penal más avanzados de la doctrina procesalista peruana, de obligada consulta por todos los operadores jurídicos, sino también está escrita por un verdadero maestro, con discípulos en Perú, España y otros países a los cuales ha tenido la generosidad de concurrir al llamado de la docencia. Un profesor e investigador nato del derecho cuya coherencia dogmática solo es comparable con su modo de conducirse por la vida, de ahí que ejerce la más alta magistratura en el país. Como pocos, el profesor San Martín es ejemplo de vida personal y académica.

Aun cuando el profesor San Martín Castro, la ha denominado *Lecciones de derecho procesal penal*, haciendo gala de su eterna honestidad intelectual y académica, la obra; desarrollada en IX bloques o apartados y 25 lecciones en total, explora todo lo atinente a la dogmática procesal relativa al Nuevo Código Procesal Penal de 2004, sin apartarse de él. Constituye pues, como lo ha señalado el profesor José María Asencio, en un esfuerzo honesto en cuanto a desentrañar los verdaderos caminos por donde el legislador ha recorrido sus apuestas teóricas al momento de elaborar un cuerpo legislativo como es el Código Procesal Penal de 2004, el mismo que en la práctica diaria y promovido por extrañas apuestas teóricas fue virada a horizontes que no le correspondían ni por asomo. De eso es enemigo el profesor San Martín, de apuestas teóricas que por vocaciones innovadoras pretendieron adscribir al Código Procesal Penal de 2004, a modelos que nada o poco eran compatibles con lo que constituye su esencia y su tradición jurídica eurocontinental. Más nada. Aun cuando haya referencias anglosajonas que en términos de influencias modélicas hayan marcado apartados diversos del Código que en nada lo dibujan como tal. Es, en este sentido, la presente obra, un fiel reflejo de los modelos teóricos a los que se ha adscrito el Código Procesal Penal de 2004, por tanto el más auténtico.

Los que formamos parte del conglomerado de asociados e investigadores del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), fundado en 2005 con profesores e investigadores que aún ahora ya no forman parte de él, dado los cargos en el Estado de los cuales son titulares, y los que aún pertenecemos a este proyecto académico y sin fines de lucro, nos engalana por completo que el profesor San Martín Castro haya confiado en nosotros para esta primera edición de su magnífica obra. La alianza conformada por el INPECCP

y CENALES, ha hecho posible esta edición. Esperemos que la obra tal como está presentada, satisfaga las expectativas del lector. Muchas gracias por seguir confiando en nosotros.

En Lima, octubre de 2015

**PROF. DR. D. MIGUEL RAFAEL PÉREZ ARROYO**

*Profesor de Derecho y Criminología  
Presidente y Director General del  
Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP)  
Máster en Criminología  
Doctor en Derecho*



# INTRODUCCIÓN

## I

Han transcurrido once años desde la promulgación y publicación del *Código Procesal Penal de 2004*, aprobado por Decreto Legislativo n.º 957. Durante ese tiempo se ha gestado una incipiente y progresiva jurisprudencia, a la cual han contribuido, en buena medida, los plenos jurisdiccionales superiores distritales y nacionales y, en especial, la casación y los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, progresivamente, pero de modo consistente, empezó la andadura de la doctrina nacional acerca del nuevo sistema procesal penal. El trabajo dogmático se inició con la publicación de artículos en revistas y libros colectivos; se prosiguió, con comentarios a la Ley Procesal Penal, manuales del Código –de diversa extensión y complejidad– y monografías sobre instituciones específicas: principios y garantías procesales, prueba, prisión preventiva, partes procesales y casación, entre otros. Del mismo modo han contribuido, a su vez, las revistas especializadas –universitarias y judiciales– así como las editoriales más solventes del país.

Consideré necesario dejar que la reflexión dogmática y la evolución de la jurisprudencia se asiente y, en todo caso, esperar que determinados perfiles del razonamiento dogmático puedan plasmarse o expresarse con una razonable información, y con un riguroso enfoque procesalista, a partir de las fuentes del Código, de los fundamentos teóricos que lo sostienen y del estado de la actual discusión del derecho procesal. Era importante –según entiendo– luego del trabajo prelegislativo y legislativo, propiamente dicho –en el que participé activamente–, dedicarse a pensar con seriedad acerca del derecho procesal penal, y desde la teoría del derecho y las bases del Nuevo Código Procesal Penal construir –sin prisa, pero sin pausa– un saber jurídico-procesalista que respete la opción legislativa asumida –con observancia de las normas supremas que integran el Programa Procesal Penal de la Constitución y de las directivas trazadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos– y, a partir de allí, explicar con seriedad las instituciones del Código Procesal Penal.

Dos riesgos siempre estarán presentes en la interpretación y aplicación del Código Procesal Penal. El primero, la asunción teórica del nuevo Código bajo las perspectivas del Código derogado, que determinará una línea hermenéutica, sin duda errática, que tergiversará todo aquello que de novedoso y transformador trae consigo el nuevo sistema procesal penal. El segundo, la afiliación a una concepción en extremo radical o “acusatoria fundamentalista” que, incluso –preñada de un activismo irracional–, relativice las prescripciones normativas invocando la aplicación directa de los principios –que se entienden sin matiz alguno y al margen de las reglas fijadas por el propio Código, las cuales en última instancia le dan sentido y coherencia sistemática– y, por tanto, también equivocada, que “transforme” el Código en un modelo dizque adversarial a semejanza del sistema angloamericano, y alejado por cierto de nuestra tradición eurocontinental –del sistema del *civil law*–, al que sigue afiliado el Código Procesal Penal, conjunta y contemporáneamente de las reflexiones germanas, españolas y francesas, que son muy claras en trazar, desde nuestra propias raíces y con una razonable cuota comparatista, un perfil renovador y crítico del derecho procesal penal actual. Esto último explica por qué insisto en la configuración del Código Procesal Penal en la lección segunda, y en las relaciones entre principios y garantías del proceso penal en la lección tercera; y antes en enfocar la evolución y el encuadre teórico del sistema procesal penal nacional, a la luz de las reformas que se han presentado en América Latina y, precedentemente, en Alemania, Portugal, Italia, y con altibajos y demoras, en España.

## II

Estas *Lecciones de derecho procesal penal* constituyen, desde mi particular perspectiva, el primer intento que llevo a cabo de reflexión y construcción de una dogmática adaptada al nuevo Código Procesal Penal. Por esta razón, con cierta prudencia, lo denomino “Lecciones”, para destacar precisamente esta inaugural aproximación a un sistema procesal reformado; por ende, sus destinatarios privilegiados son los estudiantes de pregrado y posgrado, así como –en clave profesional, aunque relativa– los jueces, fiscales y abogados litigantes. Su extensión, en consecuencia, no es particularmente abundante –creo, no obstante, que por el trajín de una obra que me demoró varios años en armar y estuvo sometida a varias vicisitudes personales, se me pasó la mano en el número de páginas que contiene–, aunque espero sea lo necesariamente profunda –¡no tanto, claro está!– que el caso y el actual estado de la dogmática y de la jurisprudencia nacional requieren.

Esta misión, desde luego, tiene sólidos precedentes: mi labor jurisdiccional y de abogado litigante, siempre vinculada al quehacer de la justicia penal; mi función docente, justamente en el curso de Derecho Procesal Penal, en la Pontificia Universidad Católica del Perú; y mi actividad publicística, por ser autor específicamente de un texto muy amplio sobre derecho procesal penal, aunque residenciado en el estudio del Código de Procedimientos Penales de 1939.

Por todo ello, como siempre, destaco con particular importancia el papel que tiene la jurisprudencia para el desarrollo del Código y de la doctrina procesalista. He procurado, con especial énfasis, incorporar muchísimas decisiones judiciales, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También, inexcusablemente, por la lógica de la globalización y de una cierta estandarización de las soluciones normativas, cito la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Supremo de España, del Tribunal Constitucional de España, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de la Corte Suprema de Colombia, de la Corte Suprema de Costa Rica, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos y de la Cámara Nacional de Casación de la Argentina, que espero relativizar, en el futuro, con la profundización de la jurisprudencia nacional: el tiempo es la mejor guía y el remedio para acercarme a este objetivo metodológico.

No puedo dejar de mencionar las huellas que han dejado en mí las enseñanzas de quien considero mi maestro en Derecho Procesal, el profesor doctor VICENTE GIMENO SENDRA, así como de su discípulo —y gran amigo intelectual—, JOSÉ MARÍA ASENSIO MELLADO, cuya constante ayuda y solidaridad comprometen mi admiración permanente. Además debo nombrar, por cierto, a otros importantes juristas españoles como MANUEL ORTELLS RAMOS y JORDI NIEVA FENOLL; en sede Latinoamericana —la patria grande— a JULIO MAIER y JOSÉ CAFFERATA NORES; y, en el Perú, sin duda, a DOMINGO GARCÍA RADA y FLORENCIO MIXAN MASS. Estimo que el homenaje a tan preclaros procesalistas a través de una obra de derecho se expresa no en citarlos, más o menos acriticamente, sino en tomar en cuenta su pensamiento y desde él desarrollar creativamente las instituciones del proceso penal. Espero haber asumido ese lineamiento metodológico.

De manera muy especial, debo destacar la obra y ejemplo de vida, académica y personal, del profesor doctor JOSÉ HURTADO POZO, quien años atrás me sugirió vivamente que asuma el reto de especializarme en Derecho Procesal Penal. Sus consejos, apoyo, delicadas llamadas de atención —cuando correspondían— y absoluta solidaridad en momentos difíciles, así como su profundo conocimiento del Derecho

Penal y Procesal Penal, hacen de él un referente muy importante en mi labor universitaria y jurisdiccional.

En la reflexión dogmática ha tenido y tiene un valor superlativo mi desempeño en la Corte Suprema de Justicia. El conocimiento de los casos y, sobre todo, la deliberación con mis colegas jueces supremos me han servido muchísimo para dar, en lo posible, respuestas racionales y jurídicamente correctas a los innumerables problemas que plantea el diario quehacer de la impartición de justicia penal. Los asuntos procesales son muy variados y de diversa complejidad, por ello, el debate y el intercambio de opiniones —obviamente con la búsqueda de información y puntos de vista de juristas, nacionales y extranjeros, y fuentes bibliográficas diversas... ¡y hay algunos que consideran que cuando se procede de esa forma, se vulnera la ética judicial!—, que es el *modus operandi* previo para absolver el grado, resulta decisivo. Casualmente, producto de esos debates es que en el devenir de la obra he podido cambiar de puntos de vista, matizar algunas ideas preconcebidas y ratificar lo que estimaba adecuado; aunque debo aclarar que los errores que contiene la obra son enteramente míos.

### III

Las Lecciones de derecho procesal penal las divido en nueve partes —una por cada institución relevante del derecho procesal penal—, a semejanza de mi obra anterior. A partir de la perspectiva institucional que asumo, cumplo con desarrollar, como primera parte, las reflexiones básicas de este quehacer, con un gran acento en lo que significa el derecho procesal —y sus conceptos claves: jurisdicción, acción y proceso—; las relaciones entre derecho penal material y derecho procesal penal; el rol de la Constitución desde el punto de vista del proceso jurisdiccional; la norma procesal penal; el sistema procesal penal; y los principios y garantías del proceso penal —me esfuerzo en distinguir con claridad dos nociones distintas, pero a menudo confundidas: principios y garantías—. La segunda parte está dedicada al presupuesto procesal con relación al órgano jurisdiccional; y, la tercera parte, a otro presupuesto procesal: las partes procesales, con un enfoque renovador en ambos casos y con un manejo más fino desde la perspectiva procesalista. La cuarta parte estudia la acción penal, la acción civil y el objeto procesal; los principios de obligatoriedad, acusatorio y de contradicción, según entiendo, están llamados a jugar un papel central en el desarrollo y la configuración de la acción penal, la pretensión punitiva y el objeto procesal penal.



Cumplido este acercamiento, la quinta parte se destina al análisis de la estructura del proceso penal común, la parte dinámica —que tiene varios rasgos propios o singulares que he tratado resaltar—. La sexta parte aborda el examen del proceso de coerción —en el que se acentúa, como corresponde, el examen de la prisión preventiva, en cuanto a la medida de coerción más grave del sistema procesal penal, entre otras medidas coercitivas—. La séptima parte afronta el estudio del derecho probatorio —que tiene grandes cambios y mayores singularidades—, en el que se pasa revista al concepto de acto de prueba, a los principios que lo informan, al régimen legal de los medios de prueba, a la apreciación probatoria y a la prueba prohibida —que, poco a poco, aunque no exenta de dificultades, se abre paso en la jurisprudencia nacional—. La octava parte se consagra al análisis de la impugnación penal —en la que se reflexiona acerca del rol y los alcances polémicos de la apelación y de la casación, donde además se plantea una perspectiva propia acerca de la condena del absuelto y del rol de la casación, en la que está de por medio una noción central en orden al principio de inmediación y a los alcances del control desde la perspectiva de las reglas jurídicas, y no jurídicas, por remisión de aquellas, para la definición del juicio histórico.

La novena parte, y final de la obra —por ahora—, se concentra en los procesos especiales. Merecen una exposición particular las últimas reformas referidas al proceso con especialidades procedimentales contra la criminalidad organizada, en las que se indaga acerca de su particular estructura y se explora sobre los alcances de la geolocalización y todas aquellas figuras especiales asociadas a la persecución de la delincuencia organizada: agente encubierto y especial, entrega vigilada y operaciones encubiertas.

Quedan para una posterior reflexión tres instituciones procesales que merecen un tratamiento más cuidadoso y pausado: las medidas instrumentales restrictivas de derechos, el proceso penal de ejecución y el proceso auxiliar de cooperación judicial internacional. Muchos de estos temas —pero no todos— los he desarrollado en los artículos reunidos en mis *Estudios de derecho procesal penal*, y analizados en mi libro *Derecho procesal penal*. Considero que es necesaria una mayor reflexión en estos temas, en especial sobre el primero, por lo que conscientemente lo dejo para una segunda edición.

#### IV

No puedo dejar de resaltar el apoyo de todas aquellas personas que, de uno u otro modo, me han prestado una inestimable colaboración en el desarrollo y la culminación de esta obra. Agradezco, muy sinceramente, a los doctores JOEL

SEGURA ALANIA, ALEXANDER GERMÁN SÁNCHEZ TORRES y FRANCISCO ÁLVAREZ DÁVILA, su buena voluntad en ayudarme en esta tarea académica, siempre problemática e incomprensida. También valoro el apoyo, en partes relevantes del desarrollo final de la obra, de los doctores LEYLA CARUAJULCA AGUILAR, PEDRO ALVA MONGE y ALEJANDRO OLIVA NAVARRO. Un punto aparte merece el constante acicate para la culminación del libro, y el auxilio en la facilitación de fuentes bibliográficas y jurisprudencia por parte de la profesora doctora YOLANDA DOIG DÍAZ. Igualmente, reconozco la siempre inteligente colaboración de LEANDRO REAÑO PESCHIERA, al proporcionarme oportunas reflexiones desde el derecho penal material y acercarme a la jurisprudencia extranjera.

Por último, no puedo dejar de mencionar a mi esposa, MARÍA DEL ROSARIO VILLAVERDE, y a mis hijos, CÉSAR y DIEGO; sin ellos, toda esta dedicación no tendría sentido.

En Lima, octubre de 2015

**PROF. DR. D. CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

*Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

*Juez Supremo Titular en lo Penal de la República del Perú*

*PARTE PRIMERA*

**DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN**



# *LECCIÓN PRIMERA*

## **DERECHO PROCESAL PENAL**

### **I. DERECHO PROCESAL**

#### **1. Conceptos fundamentales**

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

- A.** La jurisdicción está expresamente contemplada en el art. 138 de la Constitución, incardinada dentro del capítulo VIII, denominado “Poder Judicial”, y se resume en la noción de “potestad de administrar justicia”, según las palabras utilizadas por la Ley Fundamental. La Constitución concibe esta potestad, o función jurisdiccional, como poder público, residenciada en el Poder Judicial, y con ello la diferencia plenamente de la legislación y de la Administración. Por tanto, la legislación puede definirse como aquella actividad o función, constitucionalmente estructurada, que consiste en la tutela del derecho objetivo en el caso concreto —sea que la norma actuada o aplicada proteja un derecho subjetivo, u otros intereses individuales, colectivos, generales o públicos— con valor de cosa juzgada [ORTELLS]. Como potestad que es, la jurisdicción comprende un haz de facultades que se proyectan desde el juez hacia las partes e incluso a los terceros; estas facultades son ordenatorias, de instrumentación o documentación, decisoria y de ejecución [GIMENO].
- B.** La acción está incardinada, fundamentalmente, en el art. 139.3 de la Constitución, en cuya virtud se reconoce a todos los sujetos jurídicos el derecho fundamental de dirigirse al órgano jurisdiccional solicitando de él tutela para sus derechos e intereses legítimos. Atiende tanto al actor en el proceso civil, y al querellante y fiscal en el proceso penal, como a quien tenga que comparecer en el proceso como parte demandada o acusada. En el proceso penal, materia de nuestro trabajo, la acción penal,

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

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

## 2. Definición de derecho procesal

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

normativa, el derecho procesal puede definirse como aquella rama del ordenamiento jurídico, integrada propiamente por normas del derecho público, que regula globalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional –presupuestos, requisitos y efectos del proceso [GIMENO]–, a fin de obtener la satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias de las partes; en otras palabras, estudia todas las manifestaciones del fenómeno jurisdiccional [NIEVA].

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

- A. Es parte del derecho público –que se define por la concurrencia de dos notas esenciales: la nota del interés público o social y la nota de la manifestación de imperio [PÉREZ SERRANO]–. El juez interviene en el proceso como autoridad, como un órgano público del Estado, actuando una potestad de imperio [GIMENO]. Las relaciones jurídicas que ligan a las partes y a los participantes procesales en general con el órgano jurisdiccional son relaciones de derecho público: el juez ocupa una posición superior, con independencia de que el interés deducido en el proceso sea público o privado.
- B. Es un derecho autónomo, distinto del derecho constitucional y del derecho administrativo. Constituye una realidad propia y distinta del derecho sustantivo a cuyo servicio se establece. Su objeto son las normas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, a los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional, y a la forma y contenido de la actividad tendente a dispensar dicha tutela [DE LA OLIVA]. Persigue la satisfacción de pretensiones en un caso concreto [VIADA/ARAGONESES]; de los derechos e intereses legítimos de las personas.
- C. El derecho procesal es instrumental. El proceso es un medio para conseguir un fin específico, la protección jurisdiccional de los derechos a través de la actuación o aplicación de la ley en el caso concreto [CORDÓN]. El derecho procesal, entonces, atendiendo al fin a que sirven, por regla general, sus normas son de carácter instrumental porque componen mediatamente un conflicto atribuyendo un poder o imponiendo una sujeción [CARNELUTTI]; sirve al derecho material, de suerte que este informa el modo de abordar su contenido y varios –no todos, desde luego– de sus principios. El derecho procesal se constituye, pues, en un instrumento que permite al Estado la resolución de controversias, y cuya finalidad, como resulta de lo expuesto, es hacer eficaz el derecho material [ASENCIO].

## II. DERECHO PROCESAL PENAL

### 1. Definición

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

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

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

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

### 2. Autonomía del derecho procesal penal

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

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

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



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

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

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

### 3. Extensión del derecho procesal penal

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

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

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

### 4. Función del derecho procesal penal

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

#### 4.1. Derecho penal y derecho procesal penal

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

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

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

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

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

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

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

#### 4.2. **Ámbito funcional del derecho procesal penal**

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

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

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

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

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

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

## 5. Esencia del derecho procesal penal

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

También se reconoce, desde la perspectiva de los principios oficial y acusatorio, al Ministerio Público como órgano encargado de la persecución del delito, y de descubrir y sostener la verdad real o material (arts. 159.4-5 de la Constitución, y IV.2, 61.1 y 65.1 del NCPP). El Ministerio Público es concebido como un órgano independiente del Poder Judicial –encargado de la función decisoria–, aunque para evitar su dominio incontrolado en perjuicio del imputado y las demás partes procesales, se le somete al control del juez. Ello no obsta, desde su relación con las demás partes procesales y la exigencia de un proceso justo y equitativo, a que, principalmente, en el juicio oral, se consolide la necesaria igualdad de armas con la parte acusada, y a que en sede de investigación preparatoria, cuyo señorío no puede desconocérsele, se reconozcan un conjunto de derechos instrumentales a las demás partes, y a que, a su vez, se afirme que las actuaciones del fiscal no tienen carácter de definitivas (art. 325 NCPP).

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

- A. En la etapa de procedimiento de investigación preparatoria se reúnen los elementos de convicción, de cargo y descargo, para que el fiscal funde su acusación y la parte investigada prepare su defensa (art. 321 NCPP), en la que existe una clara predominancia del fiscal, sin desconocer el principio de contradicción y el derecho de defensa de las demás partes procesales, en especial del imputado (art. 337.4-5 NCPP).
- B. En la etapa de procedimiento intermedio se examina, desde las actuaciones de la investigación preparatoria, si existe base suficiente para acusar y pasar a la siguiente etapa (art. 344.1 NCPP), cuyo principio dominante, a la par de reconocer el señorío del Tribunal y la plena igualdad procesal con una amplia posibilidad de intervención de las partes frente al requerimiento fiscal (arts. 345.2 y 350.1 NCPP), es el de seriedad de la pretensión punitiva, en cuya virtud no basta con que esté configurado por el fiscal, o el querellante particular en su caso, la pretensión punitiva, es necesario, además, como presupuesto de la admisibilidad del juicio, que se valore la seriedad de la pretensión por el órgano jurisdiccional, en sentido favorable, a la continuidad del proceso —que es lo se denomina “juicio de acusación”— a fin de evitar los juicios carentes de fundamentos y ya lastrados por la inconsistencia jurídica relativa a los hechos delictivos [ALMAGRO NOSETE].
- C. En la etapa de enjuiciamiento o procedimiento principal se decide sobre el objeto del proceso, en función de la acusación. El rol principal corresponde al juez y se reconoce una amplia y pareja actividad de las partes, bajo la vigencia del conjunto de principios que dominan la escena procesal: contradicción, igualdad de armas, publicidad, oralidad, inmediación y concentración (art. 356.1 NCPP). El rol activo corresponde a las partes en lo que respecta al aporte probatorio, y el juez se limita a controlar la corrección del trámite y a que el esclarecimiento, como meta fundamental del proceso, se cumpla en todo lo que fuera

materialmente posible, exigencia que en última instancia modula la intervención del juez en su cumplimiento (arts. 363.1 y 375.4 NCPP).

## 6. Metas y medios del derecho procesal penal

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

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



ticia. Desde el principio de instrucción, plenamente constitucional, le corresponde al juez, de conformidad con el derecho, respetando el principio de contradicción y las demás garantías procesales, elaborar una imagen acerca de los hechos que sea tan fiel a la realidad como sea posible –no que se imponga el punto de vista postulado por alguna de las partes o de un testigo o perito acerca de la verdad– [GÖSSEL].

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

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

Unida a la posibilidad de una decisión correcta, que sea compatible con la verdad material, la meta del procedimiento requiere, además, que la decisión sobre la punibilidad del imputado sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal, y que restablezca la paz jurídica [ROXIN]. En este ámbito los medios que se vale el Estado para alcanzar la verdad, informados por el principio de formalidad –vinculación formal de la prueba de la verdad–, deben ser respetuosos del ordenamiento jurídico y del contenido esencial de los derechos constitucionales del imputado, pues de otro modo las evidencias obtenidas de esa forma son inutilizables, son de valoración prohibida (arts. VIII.1-2 del TP y 159

NCPP). Por consiguiente, la meta del proceso penal no consiste en alcanzar la verdad material a cualquier precio (criterio, ya expuesto, de la admisibilidad jurídica de los medios de prueba).

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

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

## 7. Fuentes del derecho procesal penal

### 7.1. Concepto. Legalidad procesal penal

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

Si se toma en cuenta la forma en que las normas jurídicas se manifiestan, su régimen jurídico, se tiene que en el derecho procesal la legislación es la fuente formal más importante: principio de supremacía de la ley –principio de reserva material de ley–, en cuya virtud los procesos se han de desarrollar con arreglo a ella [MONTERO]. La Ley, por tanto, es la fuente básica, fundamental y preferente del derecho procesal penal, de suerte que las demás fuentes del derecho se aplicarán si

se acomodan a los principios fundamentales de la ley, es decir, tienen un carácter de segundo grado o indirecto [FENECH].

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

Como rige el principio de legalidad procesal (art. 1.2 TP NCPP), sin duda, la ley es la fuente más importante del Derecho procesal penal, así establecido por el art. 138, § 1, de la Constitución. Obviamente, dentro de ella, la supremacía corresponde a la Constitución y, en segundo lugar, a los Tratados. La Constitución es la primera ley que ha de aplicarse y esta contiene numerosas normas procesales. El art. 51 le otorga rango supremo y, como tal, contiene disposiciones que regulan, de uno u otro modo, los aspectos orgánicos de la jurisdicción, las garantías procesales y diversas instituciones procesales (véanse, por ejemplo, los arts. 139, 2, 159 y 173, entre muchos otros); es decir, en ella se encuentran formulados, explícita o implícitamente, principios básicos encaminados al perfeccionamiento del proceso jurisdiccional [CORDÓN].

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Muchos de ellos contienen normas procesales, tanto básicas cuanto específicas que desarrollan alguna institución propia de la cooperación judicial. En el caso de las primeras, cuando se trata de Tratados sobre Derechos Humanos, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tienen rango supremo, ellas y la jurisprudencia que emana de los tribunales respectivos –derecho originario y derecho derivado– (SSTC n.º 1268-2001/HC, de 15-04-02, y n.º 4587-2004/AA, de 29-11-05).

Dentro de las normas con rango de ley –que tienen un valor normativo superior siempre que emanan del órgano constitucionalmente investido para

dictarlas y se mantengan dentro de los límites constitucionales [GARCÍA DE ENTERRÍA]—, se tienen como leyes procesales comunes la LOPJ y el Código Procesal Civil, y como leyes procesales específicas, para nuestra disciplina, el Código Procesal Penal.

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

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

## 7. 2. Las otras fuentes del derecho procesal

Nuestra Constitución establece otras dos fuentes formales directas en defecto de la legislación, por ende, de carácter secundario: los principios generales y el derecho consuetudinario (art. 139.8). Los principios generales del derecho, en concreto, aquellos propios del proceso penal, que analizaremos en la Lección siguiente, tienen un indudable carácter de fuente jurídica, con la prevención de

que estén concretados, emanen o se desprendan de la propia Constitución y de la ley –que debe desarrollarlos–, de donde necesariamente han de partir –su reconocimiento legal expreso refuerzan su eficacia [PRIETO CASTRO]–, por imperio mandato del art. 138, § 1, de la Constitución. Cabe advertir que los principios generales de contenido procesal –concebidos como instrumentos válidos para la aplicación de la justicia, en tanto valor superior del ordenamiento– no suelen ser plasmados de modo absoluto o puro, por lo que al momento de su aplicación debe, primero, establecerse su existencia, después ha de determinarse su exacto contenido y si ha sido constitucionalizado, segundo, ha de interpretarse en el conjunto del sistema procesal y, finalmente, ha de aplicarse como cualquier otra norma [MONTERO AROCA].

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

Pese a lo expuesto, respecto del derecho consuetudinario, se debe tener presente –por el carácter pluricultural del Estado peruano– el art. 149 de la Constitución que reconoce la aplicación específica, no del derecho legislado, sino de las normas tradicionales de las comunidades campesinas y nativas y su propio sistema de administración de justicia en su ámbito territorial, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Según el art. 18 NCPP la jurisdicción indígena es considerada un límite de la jurisdicción penal ordinaria.

Un problema específico presenta la jurisprudencia –en sentido estricto, es decir, la emanada de los más Altos Tribunales de Justicia– como fuente del derecho. En el sistema jurídico continental se la tiene como una fuente derivada, sujeta a la ley y expresión de esta –es, pues, un problema jurídico constitucional que

cada ordenamiento resuelve de una u otra forma [DÍEZ PICAZO]—. No obstante tal concepción, el valor jurídico de la jurisprudencia —como algo más que ser conformadora y complementadora de la ley preexistente— se ha venido acentuando en nuestro ordenamiento, primero, con lo dispuesto por los arts. 22 LOJP y 433.3-4 NCPP, que autoriza a la Corte Suprema de Justicia a dictar fallos vinculantes o de efectos generales, y, segundo, con el art. 429.5 NCPP que configura un motivo específico de casación: el apartamiento injustificado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional —que solo puede entenderse así cuando ambos Altos Tribunales la declaren expresamente como precedente vinculante—. Si bien no se advierte de la infracción de sus decisiones —concebidas, en todo caso, como directriz y auxiliar de interpretación de la Constitución y de la Ley, que consagran la vigencia efectiva del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley y del valor seguridad jurídica, así como la coherencia del derecho— una concreta sanción procesal —la nulidad en su caso—, es evidente que si el órgano jurisdiccional no sigue la doctrina jurisprudencial en caso de recurso impugnatorio la resolución que no la acate será irremediabilmente revocada por el órgano superior que conozca del respectivo recurso devolutivo.

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

## LECCIÓN SEGUNDA

### NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

#### I. NORMAS PROCESALES. ASPECTOS GENERALES

##### 1. Contenido

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

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

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

## 2. Clasificación

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

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

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

En este último ámbito, de las normas funcional-procesales, es posible reconocer una subclasificación: normas procesales materiales y normas procesales formales. Las primeras son aquellas que describen la conducta de las personas que



intervienen en el proceso, imponiéndole deberes, cargas-sanción, cargas-facultad. Las segundas no describen una conducta sino el contenido de los actos procesales y sus condiciones de tiempo, lugar y modo, y sus respectivas sanciones en caso de incumplimiento o infracción [DÍAZ].

### 3. Naturaleza

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

- A. Irrenunciabilidad de las normas procesales. No pueden ser sustituidas por actos jurídicos voluntarios que están regidos por el principio de autonomía de la voluntad. Son vinculantes. No puede haber un proceso convencional, debido a que rige el principio de legalidad procesal, que no se puede alterar por “pactos procesales”. El proceso es una creación legal *ex novo*, lo cual explica la supremacía de la ley entre las fuentes del derecho procesal [CORDÓN].
- B. Carácter de *Ius Cogens* de las normas procesales. Estas tienen una naturaleza imperativa, de necesaria aplicación en sus propios términos en cuanto se dé el supuesto de hecho que prevén. No se aceptan, por lo general, las normas dispositivas, esto es, aquellas que permiten que el supuesto de hecho previsto sea sustituido, para la producción de la consecuencia jurídica establecida por la norma, por otro supuesto que se ha fijado por la voluntad de las partes. Las normas de derecho dispositivo son escasas en el derecho procesal y, en todo caso, debe tenerse presente que es la ley la que determina la aplicación o no de una determinada norma procesal, a partir de que se aprecie existente el supuesto de hecho que prevé. Así, existen normas en el proceso civil que pueden calificarse de dispositivas, tales como las que regulan la competencia territorial, que permiten a las partes fijar la sede jurisdiccional de resolución del conflicto. No es norma dispositiva, sin embargo, aquella que concede facultades o derechos procesales cuyo titular puede ejercitar o no, porque en estos casos las partes no pueden sustituir el supuesto al que la consecuencia se vincula, y se limitan a optar por una de las varias posibilidades que la propia norma procesal expresamente establece.

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

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

## II. EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES

### 1. Aspectos generales

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

### 2. Eficacia espacial de las normas procesales

El principio general, como se ha expuesto, es que las normas de un Estado son aplicables en todo el ámbito de su territorio nacional –definido por el art. 54 de la Constitución–. Las normas procesales penales son normas territoriales. Rige el brocardo *lex fori*, de manera tal que todo acto procesal llevado a efecto en el Perú por nuestros jueces se tramitará conforme a nuestras normas, incluso las actuaciones procesales realizadas por jueces nacionales en funciones de auxilio judicial internacional y, por tanto, en el marco de un proceso extranjero regido por los preceptos imperantes en ese país. En el derecho procesal penal internacional rige un principio básico: todos se atienen al derecho interno, la cooperación judicial internacional se realiza conforme a la ley interna, salvo –claro está– que se haya establecido convencionalmente un régimen distinto. En conclusión, no se puede aplicar el derecho procesal extranjero.

Es de distinguir, por lo demás, la competencia internacional de los tribunales penales peruanos. Aquí rige lo dispuesto en los arts. 1, último párrafo, y del 2 al 4 del Código Penal, que asumen, de uno u otro modo, los principios (i) de la competencia real, (ii) de la personalidad activa, (iii) de la personalidad pasiva, (iv) de la competencia universal, de la competencia de reemplazo o de sustitución justicia universal, y (v) de la administración de justicia por representación [HURTADO POZO]. En todos estos supuestos en los que el Código Penal dispone que

es aplicable la ley penal (material) peruana, pese a la presencia de un elemento extranjero o internacional –de ahí su denominación de derecho penal internacional–, lo será igualmente la ley procesal penal nacional –no cabe duda, por tanto, que ese ámbito pertenece al derecho penal material, en tanto fijan el dominio de aplicación del poder punitivo del Estado [HURTADO POZO]–. Reconocer lo anterior, sin embargo, no afecta a la territorialidad de la ley procesal penal que los jueces peruanos conozcan de esos delitos –que lo harán, siempre, con arreglo a las normas procesales nacionales–, pues en estos casos se ha producido una ampliación del principio de territorialidad de la ley penal sustantiva en atención a los principios antes citados, “que para constituir supuestos de extraterritorialidad de la ley procesal requerirían que el proceso, no solo el delito, se desarrollase fuera del territorio de la nación” [IBAÑEZ Y GARCÍA-VELASCO].

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

### 3. Eficacia temporal de las normas procesales

#### 3.1. Bases constitucionales y legales

El art. 103 de la Constitución afirma el principio fundamental en materia de aplicación de normas en el tiempo. Esta norma suprema prescribe que las leyes no tienen fuerza ni efecto retroactivo, rigen por ende a partir de su plena entrada en vigencia. El art. 51 de la Constitución estipula que la publicidad es esencial para la vigencia de las leyes, y el art. 109 sanciona que esta es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo que la propia ley contenga disposición contraria que postergue su vigencia en todo o en parte. La irretroactividad de la ley, en consecuencia, es esencial y consolida el valor de seguridad jurídica, que en sede procesal significa que las partes tienen derecho a saber de antemano que su pretensión y defensa se ejercitarán en un procedimiento en el que el programa de posibilidades, cargas y obligaciones procesales ha de encontrarse legalmente preestablecido [GIMENO].

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

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

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

En esta misma perspectiva, a fin de evitar la indefensión que generaría cambios sorpresivos en la legislación procesal a partir de la cual se estructuró la co-

respondiente estrategia procesal y la eficacia de los actos procesales, el art. VII.1 TP del NCPP prescribe que seguirán rigiéndose por la ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado –referido a los medios de impugnación y a todo tipo de actuaciones procesales, incluyendo por cierto las medidas limitativas restrictivas de derechos–. Esta norma no hace sino atemperar la aplicación natural del principio de derogación mediante la incorporación positiva de los principios de conservación y de coherencia lógica de las normas en cada caso particular.

Se discute si el criterio general del factor de referencia centrado en las actuaciones procesales puede ser objeto de excepciones o de una aplicación discriminada según los casos. No son aceptables, sin duda, las excepciones referidas a las normas que regulan el proceso mismo como forma instrumental usada por el juez para el cumplimiento del objeto de la administración de justicia, esto es, la actuación del derecho penal material en el caso concreto [MORAS] –las denominadas normas simplemente instrumentales–. Empero, es plenamente aceptable el criterio referido al *tempus delicti comissi*, a las normas que, de uno u otro modo, regulan la garantía procesal específica del juez legal predeterminado por la ley –llamada también ‘juez natural’–, uno de cuyos elementos es precisamente la preterminación del juez en relación a la fecha de comisión del delito, tal como lo ha reconocido el art. 8.1 de la CADH [HURTADO POZO] –con las matizaciones que en su momento se expondrán–. Asimismo, es de seguir este último criterio cuando se trata de normas referidas a las condiciones o presupuestos de procedibilidad o de impedimentos de procedibilidad –por ejemplo, requisito de querrela y régimen de la prescripción–, pues se sitúan en la frontera con el derecho penal material, y en no pocos de ellos su ubicación es dudosa, que sería el caso de la prescripción en que un sector de la doctrina la considera una institución mixta, por lo que sería aplicable el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, en tanto estén vinculadas al castigo estatal –a la configuración del injusto y su sanción– y a su medida [ROXIN]; es decir, aquellas normas procesales que por sus efectos inciden específicamente en el castigo estatal y su medida –son las denominadas “normas procesales con efectos sustanciales” [BORRERO RESTREPO]–. La jurisprudencia colombiana, por ejemplo, ha calificado de normas sustantivas a las que afecten las esferas de libertad del imputado o condenado, esto es, las que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas (Corte Suprema de Colombia, Sentencia n.º 23910 de 2005). El criterio que se ha de seguir, por tanto, será el afianzamiento de la garantía de objetividad que sustenta el principio de legalidad.

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

### 3.2. Progresividad y favorabilidad

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

El problema que se plantea es que tanto la Constitución –art. 103: “Ninguna ley tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”– como el nuevo Código Procesal Penal –art. VII.2: “La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente [...]”– afirman la posibilidad de que la ley procesal penal –que, sin duda, es una ley en materia penal o que integra el ámbito de la legislación penal– se aplique retroactivamente siempre que favorezca al reo o imputado. La favorabilidad en materia procesal penal está legislativamente admitida –en consecuencia, no está en discusión–. Además, como ha quedado explicado en el apartado anterior, si la ley penal es material y procesal con efectos sustanciales, entonces el criterio de aplicación es el de *tempus delicti comissi* –tiempo de comisión del delito–: ambas afectan, restringen o limitan derechos fundamentales o las esferas de libertad del imputado (SCSJC n.º 23910 de 2005), esto es, inciden específicamente en el castigo estatal o su medida; mientras

que si es procesal instrumental, cuyo carácter es neutral o técnico al hacer más expedito el trámite de la actuación procesal y permitir que se pueda ir agotando sucesiva y preclusivamente cada uno de los pasos que integran el esquema procesal (SCSJC n.º 23006 de 2005), el criterio de aplicación es el de *tempus regis actum* –tiempo de realización del hecho o acto procesal–.

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

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

- A. Que se trate de institutos procesales análogos, similares o equivalentes.
- B. Que las normas procesales sean de carácter sustancial; esto es, que los referentes de hecho sean idénticos.
- C. Que las normas en comparación no se refieran a instituciones propias o exclusivas del nuevo modelo procesal, correspondientes por tanto a su especial naturaleza (SCSJC n.º 23880 de 2005).

#### 4. Eficacia personal de las normas procesales

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

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

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

En el caso del derecho internacional se tienen a los agentes diplomáticos, a los jefes de Estado o representantes del mismo enviados a otro Estado a una misión especial, y a los funcionarios y empleados consulares. Universalmente estas reglas han sido consolidadas en diversos convenios: Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, Convenio de Viena sobre relaciones consulares y Convenio de Viena sobre misiones especiales. Su fundamento radica en la protección de las buenas relaciones con países extranjeros, al objeto de que las mismas no se empañen por la posible responsabilidad penal de alguno de sus representantes en Perú, confiándose en que, de haber responsabilidad, su país le perseguirá adecuadamente [CUELLO CONTRERAS].

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



presentan cuando el agente cesa en su cargo o representación o si desaparece la personería internacional del Estado extranjero como tal.

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

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

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

cesa y la persecución procesal tiene lugar sin obstáculo alguno, esto es, sin autorización previa del Congreso –se trata de un plazo de caducidad–.

- B.** La inmunidad –que solo rige para el derecho penal– está prevista en los arts. 93 § 3, 161 § 3 y 201 § 2 de la Constitución. Es concebida como límite al principio de igualdad y a la garantía de tutela jurisdiccional, y busca que el órgano constitucional concernido no sufra la privación injustificada de uno de sus miembros. A diferencia de la acusación constitucional se circunscribe a los delitos comunes, con exclusión de los cometidos en el ejercicio de las funciones. Puede definirse como **(i)** una prerrogativa institucional, un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción, del Congreso como institución y de sus miembros de manera individual –esto último en tanto derechos reflejos de los que goza el alto funcionario en su condición de miembro del órgano constitucional correspondiente: Congreso, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo; no es un derecho subjetivo ni privilegio personal del congresista: STC n.º 0026-2006-PI/TC, de 08-03-07–; y, como tal, **(ii)** destinada a proteger la posición institucional del órgano constitucional concernido, en cuya virtud los congresistas –también se extiende a los magistrados del Tribunal Constitucional y al Defensor del Pueblo– no pueden ser privados de su libertad, con la única excepción del delito flagrante, y/o procesados (inmunidades de arresto y de procesamiento) sin previa autorización del Congreso –o del Pleno del Tribunal Constitucional en el caso de sus magistrados–. Este evalúa, no la existencia de indicios de criminalidad como es el caso de la acusación constitucional, sino en aras de la defensa de la institución parlamentaria examina si la vía penal puede ser utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento del órgano constitucional o de alterar su composición. Apunta a evitar una intencional política hostil a los parlamentarios, magistrados constitucionales y defensor del pueblo. En la medida en que es una prerrogativa institucional, que funciona como un auténtico presupuesto procesal –mejor dicho: obstáculo procesal–, deja intacto el posible injusto y la culpabilidad de aquel cuya responsabilidad se hace depender de algún requisito [CUELLO CONTRERAS].

Cinco son sus características más saltantes [LATORRE]:

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

- ii. Tiene un carácter corporativo, pues protege al órgano constitucional como tal –su capacidad funcional [TIEDEMANN]– y no de sus miembros en particular, a estos se les protege en la medida que representan al órgano al que pertenecen y su calidad de tales, no como un derecho subjetivo.
- iii. Es de carácter irrenunciable por el alto funcionario, dado que es una garantía de la función, de procedimiento y de carácter corporativo –rasgo institucional supraindividual–.
- iv. Es temporal, solo difiere por un tiempo la persecución procesal de una persona, no lo libera de responsabilidad.
- v. Posee revisabilidad restringida, una vez denegada la petición judicial de levantamiento de fuero, desde la necesaria protección de la garantía de tutela jurisdiccional, puede revisarse a partir de la exigencia de motivación de la decisión en los estrictos límites del control de politicidad del pedido judicial: si con la detención o procesamiento del alto funcionario se instrumentaliza al Poder Judicial para fines políticos [GÓMEZ BENÍTEZ] –si el denegatorio ha cumplido con valorar ese extremo, único posible, del petitorio judicial, que tiene un carácter ampliamente discrecional–.

Dos son los ámbitos de esta institución. Desde la perspectiva temporal, se limita al tiempo en que dure el mandato del alto funcionario; el art. 93, § 3, extiende la garantía desde la elección del congresista hasta un mes después de haber cesado en sus funciones; pero superado ese plazo, resurge la posibilidad de persecución penal [JESCHECK]. Desde la perspectiva espacial solo alcanza a las imputaciones por delitos cometidos dentro del ámbito territorial del Estado, con las excepciones legalmente previstas contempladas en el Código Penal.

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

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

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

### III. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES

#### 1. Aspectos generales de la interpretación de las normas procesales

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

evidencia: determinar desde la actividad probatoria los hechos o datos relevantes al caso. 4. Decisión de subsunción: comprobar si tales hechos o datos encajan o no en el supuesto fáctico de la norma [WROBLEWSKI].

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

La rigurosidad que implica el proceso de interpretación de la ley deriva sin embargo de la necesidad de que las decisiones judiciales permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestada a través del órgano que representa al pueblo —al sistema de fuentes definido por la Constitución—. En el proceso de interpretación se ha de plasmar tanto la seguridad jurídica como la igualdad de todos ante la ley [JESCHECK]. Ello no significa, desde luego, desconocer la existencia, como diría HART, de una ‘textura abierta’ de las normas, de suerte que en numerosas oportunidades —en los llamados ‘casos difíciles’— ha de conferirse a la interpretación un margen de discrecionalidad jurídica, pero que en todo caso ha de respetar el principio de seguridad jurídica y tener en cuenta, desde su finalidad aplicativa, el principio de igualdad jurídica [QUINTERO].

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

valores y directivas constitucionales, que informan las leyes y fundamentan la interpretación de las mismas –es lo que se denomina interpretación conforme a la Constitución–.

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

## 2. Aspectos específicos de la interpretación de las normas procesales

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

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

En tal virtud, la interpretación restrictiva, por imperio de la ley, se impone a las normas procesales que: **(i)** restringen la libertad de las personas –verbigracia: imposición de reglas de conducta, normas sobre medidas coercitivas personales y reales, sin perjuicio de destacar, por su intensidad, las referidas a la detención y prisión preventiva, y normas instrumentales restrictivas de derechos–; **(ii)** limitan el ejercicio de un poder reconocido a las partes, esto es, reducen en sus contenidos y alcances la facultad reconocida a la persona de hacer o de abstenerse de hacer algo –los poderes de acción, jurisdicción y defensa tienen raigambre constitucional,

cuyo ejercicio es reglamentado por la ley, que a su vez puede traducirse en una limitación, la cual solo admite una regulación expresa y concretamente definida, de suerte que fuera de los casos taxativamente previstos no cabe una extensión de sus disposiciones [CAFFERATA]-; e (iii) imponen sanciones procesales, es decir, las que de uno u otro modo, por imperio del principio de moralidad, de un lado, asocian la invalidez del acto procesal al incumplimiento de determinados presupuestos o requisitos establecidos por la ley (nulidad: arts. 149 y 154 NCPP; inadmisibilidad: art. 405 NCPP; caducidad: arts. 13.1, 151.3 NCPP inutilizabilidad –solo para el caso de la denominada ‘prueba prohibida’: art. 159 NCPP–), y, de otro lado, imponen castigos a las partes y sus letrados que infrinjan determinadas directivas o reglas del proceso (sanciones disciplinarias: arts. 338.2 y 364 NCPP; arts. 52, 53 y ss. CPC; y arts. 185.3-4, 292 LOPJ).

Es claro, por lo demás, que la analogía en el derecho procesal penal –cuando el caso no está previsto de manera alguna en la ley, aun cuando se extendiese su interpretación hasta el límite máximo de su amplitud posible [QUINTERO/PRIETO], cuya finalidad es la creación de nuevo derecho [BACIGALUPO]– no está prohibida, en tanto no importen restricciones de derechos –cuando está en juego la libertad de las personas o una garantía individual: art. 139.9 de la Constitución– y sanciones de índole procesal y disciplinaria; o, más ampliamente, cuando en el caso no legislado exista un *quid* que las rechace, porque sea él mismo materia restrictiva, taxativa o excepcional [QUINTERO/PRIETO]. Ante los casos de las llamadas lagunas legislativas procesales y frente al conjunto de normas vigentes que sistematizan un ordenamiento procesal penal, estas lagunas pueden ser cubiertas (i) por otras previsiones del mismo ordenamiento procesal penal –es lo que se denomina, siguiendo a CARNELUTTI, autointegración–, (ii) por prescripciones de otras ramas jurídicas o aún (iii) por los principios generales del derecho, entendido esto como el orden jurídico integral del Estado en su manifestación positiva –heterointegración– [CLARIÁ OLMEDO].

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

El art. VII.4 del TP del NCPP establece una segunda regla hermenéutica: En caso de duda sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. Esta regla jurídica puede utilizarse, conforme a la previsión constitucional estipulada en el art. 139.11, en dos supuestos: (i) la determinación de la ley aplicable en

los supuestos de sucesión normativa –teoría de las fuentes del derecho–, y (ii) la determinación del alcance de una norma ya identificada –teoría de la interpretación–. Es evidente que el NCPP ha extendido el sintagma leyes penales a las leyes procesales penales.

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

#### IV. EL PROCESO PENAL

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

Como a través del proceso el juez aplica el derecho objetivo a los casos concretos, esto es, preserva el ordenamiento jurídico, tutelando efectivamente los



derechos e intereses de todos —lo que revela su pleno carácter instrumental—, se distinguen tantos procesos, como disciplinas sustantivas o materiales existen. El proceso, como apunta CAPPELLETI, ha de adaptarse a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza propia del derecho material y a la finalidad de tutelar las instituciones del mismo.

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

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

Admitido lo anterior, y una vez superado el reconocimiento de la influencia del derecho material, las exigencias de la técnica procesal, aún cuando la ideología y la cultura intervienen en la adopción de las grandes decisiones y en la proposición de los más importantes objetivos —como, por ejemplo, la actuación

del derecho penal de una forma procesal contradictoria y bajo un rol acusatorio de los sujetos procesales –juez y partes–, la opción por el sistema de valoración de la prueba a partir de la sana crítica racional, y la predominancia de la forma oral del proceso–, se expresa ampliamente para la definición de los objetivos y el desarrollo completo de la regulación procesal [ORTELLS].

Si bien la noción de proceso se refiere, en concreto, a un aspecto sustancial de la actividad del órgano jurisdiccional y de las partes bien mutuamente, o bien con relación al objeto procesal –es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional–, que engloban las diferentes situaciones en que se encuentran estas últimas y que generan derechos, obligaciones, posibilidades y cargas procesales, así como define los poderes del juez, determina el objeto procesal y precisa los presupuestos procesales; el vocablo “procedimiento” –que no es exclusivo del ámbito judicial y, por ello, tiene un significado más amplio– se circunscribe a la sucesión de actos que, en sede judicial, desarrollan el juez y las partes para el fin de la aplicación del derecho, esto es, se refiere –como señala PRIETO CASTRO– al aspecto puramente externo de la actividad procesal, a su desenvolvimiento formal –designa la actuación de proceder–, al fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo –todo proceso, necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional, concluye MONTERO, se desarrolla formalmente a través de un procedimiento–. El procedimiento, la regulación que lo concreta, está informado por el principio de legalidad procesal, expresa la necesaria seguridad jurídica que deben tener las partes en su actividad para obtener la sentencia o resolución buscada, y limita la actuación del poder del Estado a sus propias disposiciones [ASENCIO].

## V. EL SISTEMA PROCESAL PENAL

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

Cabe precisar que el vocablo “acusatorio” no ha sido utilizado en la Constitución nacional, y la expresión “principio acusatorio” no la utilizan la legislación,

jurisprudencia y doctrina estadounidense, que por lo demás destaca como definición de su proceso penal tres nociones claves: adversarialidad, debido proceso y equidad [GÓMEZ COLOMER]. El NCPP subraya cinco notas esenciales del juicio: ha de ser previo, oral, público, contradictorio y desarrollado legalmente (art. 1.2 del Título Preliminar del NCPP) –más allá de que incorpora múltiples posibilidades para evitar el juicio ligadas a los denominados principios de oportunidad y de consenso (proceso especial de terminación anticipada, proceso especial por colaboración eficaz, conformidad procesal)–, a la vez que recalca el carácter principal del juicio dentro del proceso penal, al prescribir que este se realiza sobre la base de la acusación, luego, sin acusación –controlada judicialmente: art. 352.2 y 4 NCPP– no hay juicio (art. 356.1 NCPP). El Código peruano, entonces, destaca dos ideas claves que permiten la denominación de acusatorio o adscrito al sistema acusatorio: la situación de igualdad y plenas posibilidades de contradicción ofrecidas a las partes, y el rol primordial del fiscal tanto en la incoación del proceso y del juicio, cuanto en la definición del objeto del proceso, de suerte que asume la prohibición de acumulación de las funciones de investigar, acusar y juzgar en un mismo órgano, base del denominado principio acusatorio.

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

En esta perspectiva, el núcleo central del modelo en cuestión es el juicio oral, público y abierto, y para lograr su predominio se articulan tres conjuntos de reglas básicas. La primera, el derecho a la asistencia letrada y el derecho al silencio

o cláusula de no incriminación. La segunda, las reglas sobre la carga de la prueba y la presunción de inocencia, que exigen el control de la defensa en todo el desarrollo del proceso: obtención, actuación y alegación. La tercera, la consideración del imputado como sujeto procesal no como objeto del proceso y de la prueba [VOGLER].

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

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

Los cambios operados en el sistema procesal penal eurocontinental a partir del último tercio del siglo pasado, desde sus propias particularidades y condiciones políticas, acentuaron los rasgos acusatorios o, en todo caso –si se quiere utilizar ese vocablo–, ‘adversariales’ del proceso penal, en relación con, aunque desarrollando, las ideas surgidas en la época de la Ilustración, sin admitir una asimilación absoluta del modelo anglosajón, por lo demás ajena a sus tradiciones

culturales e institucionales, que tiene luces y sombras, y por tanto no merecen ser idealizados [BACHMAIER].

Así las cosas, cabe puntualizar algunas líneas maestras del NCPP, que permitan calificarlo de acusatorio.

- A. Reconoce el señorío de la Fiscalía –órgano autónomo de derecho constitucional– en la persecución del delito y la conducción de la investigación penal, con el pleno concurso de la policía; incluso, el ejercicio de la acción penal no está judicialmente tutelado, de modo que el órgano jurisdiccional no tiene atribuida la función de examinar si existe fundamentos suficientes para investigar. La investigación ha de ser objetiva y apunta a la búsqueda de la verdad –sistema del que carece el proceso del *common law* [LANGBEIN]–. Ello implica la vigencia de los principios de oficialidad y de averiguación (*untersuchungsprinzip*) –claramente conectada con la búsqueda de la verdad material como característica tradicional del *civil law*–, no homologables en el proceso anglosajón [ARMENTA]. Para garantizar esa objetividad y evitar el dominio incontrolado del investigador –policía y fiscal– se instituye el juez de la investigación preparatoria. Una institución central del control del poder acusatorio del fiscal es el incidente de tutela (art. 71, apdo. 4, del NCPP), destinado a garantizar los derechos del imputado y la legalidad de la actuación del fiscal. Obviamente, está reservada al juez la limitación de derechos para garantizar el éxito de la investigación (art. VI del Título Preliminar del NCPP) –que es consustancial a la potestad jurisdiccional y al principio de proporcionalidad–, y se reconoce a la Policía un ámbito de acción específico para garantizar la máxima eficacia de la investigación (art. 68 NCPP) [BACHMAIER].
- B. El imputado y su defensa, al igual que la víctima –esto último impensable en el sistema adversarial o, por algunos, acusatorio puro– tienen plenas facultades para conocer de las actuaciones de la investigación, proponer solicitudes de investigación y participar en su ejecución –aunque también se reconoce, por razones de urgencia, la posibilidad de disponer el secreto sumarial–. El imputado tiene garantizado el derecho al silencio y a la no autoincriminación, así como el derecho de asistencia letrada desde el inicio de las actuaciones de investigación.
- C. Las actuaciones de la investigación preparatoria tienen mero carácter preparatorio del juicio; no tienen carácter jurisdiccional, esto es, de actos de prueba. La regla en materia probatoria es la vigencia del principio de

contradicción en su base estructural y de intermediación y oralidad en su modo de actuación, lo que trasunta el carácter principal de la fase procesal del juicio. Ello significa, en buena cuenta, la separación entre la investigación y el juicio, cuya expresión visible es la separación de los expedientes (arts. 134 y 136 NCPP), aunque su rigidez se matiza con la aceptación de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida, cuya viabilidad está sujeta a los presupuestos de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia [ILLUMINATI].

- D. La existencia de una etapa intermedia destinada al control de la investigación y, en especial, del requerimiento fiscal. La plenitud del contradictorio y la oralidad en sus actuaciones se plasma en esta etapa. El requerimiento fiscal no vincula al órgano jurisdiccional. El juicio de acusación está sometido a un examen contradictorio desde las exigencias de la legalidad y de la suficiencia de elementos de convicción. Esta fase procesal, no solo evita juicios inútiles y sin fundamento, sino garantiza la concentración del juicio oral, al definir las pruebas que se actuarán y, en su caso, excluir las impertinentes e inútiles y las ilegales o prohibidas.
- E. Una vez admitida la influencia de investigación preparatoria, en el juicio oral se reconoce la iniciativa probatoria de las partes, con lo que se afirma la imparcialidad judicial. El juez no asume en primera persona la responsabilidad de identificar y aportar los elementos de prueba necesarios para dictar la sentencia –tendencialmente se reconoce una cierta disponibilidad de la prueba a cargo de las partes [BITONTO]–. Ello no significa que el objeto del proceso sea disponible, por lo que no cabe abandonar a la autonomía de la voluntad de las partes los intereses públicos en juego, consecuentemente, se reconoce al juez formular preguntas a los órganos de prueba, dentro del objeto del debate, claro está, y acordar de oficio la admisión de nuevas pruebas, la cual debe ser utilizada con moderación y solo con la finalidad de integrar la iniciativa probatoria de las partes, y en ningún caso para suplirla [ILLUMINATI]. El argumento, enfatizado por LIEBMAN, de que el ejercicio de estos poderes hace perder al juez la propia imparcialidad y la independencia en el juicio, aparte de la ingenua noción psicológica en que se funda –supone un juez incapaz y psíquicamente débil–, no toma en cuenta que el juez en todo momento decide y toma posición –al aceptar una prueba, al rechazarla por impertinente o inútil, al desestimar una pregunta o una línea de interrogatorio, etcétera–; asimismo, un juez “normal” está en grado de

esclarecer si un testigo, por él llamado a declarar es creíble o no, de la misma manera cómo valora la credibilidad de un testigo solicitado por una parte. Por lo demás, los remedios contra el pre-juicio judicial, que se pueda dar en jueces “activos” y “pasivos” desde la perspectiva de la actuación de las pruebas, no pueden estar en la exclusión del poder de instrucción sino en la plena actuación del contradictorio de las partes, también por obra del mismo juez, y en la necesidad de que él redacte una motivación analítica y completa sobre los hechos, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables [TARUFFO].

- F. La posición del juez marca un claro distanciamiento con el *adversary system*. Resulta evidente que las partes determinan el objeto del debate –el fiscal fija el objeto procesal y con el concurso de la defensa, que puede fijar hechos negativos, impeditivos, extintivos o excluyentes, define el objeto del debate–, pero como el proceso eurocontinental insiste en el principio de averiguación y en la *veritas delicti*, y atribuye al juez la función de cumplir con las opciones de política criminal del Estado [DAMASKA], se presentan tres diferencias sustanciales [ILLUMINATI]:
- i. Desde la estructura de la organización judicial, el juicio está a cargo de jueces profesionales, lo que permite tanto la admisión de la prueba anticipada y preconstituida en los supuestos de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia, como la exigencia de motivación de las decisiones y el acento en las prohibiciones probatorias –antes que en las reglas de exclusión–.
  - ii. Desde el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, el fiscal está obligado a perseguir el delito: investigar y, en su caso, acusar, siempre que se presenten unos determinados hechos constitutivos de infracción penal, y en la medida en que exista sospecha –inicial simple, en un primer momento, y suficiente o vehemente, al momento de su requerimiento acusatorio–. Como el principio de legalidad determina la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, está sujeto al control judicial; incluso el retiro de la acusación solo es viable si el juez lo considera legalmente procedente.
  - iii. Desde los procesos basados en el principio del consenso, destinados a concluir anticipadamente y evitar el juicio oral, el juez debe controlar el contenido del acuerdo de las partes, de conformidad con el principio de legalidad. Se exceptúa la intensidad del control en la conformidad procesal, en que se reduce al control de la libre

voluntad y conocimiento informado del acusado, aunque se reconoce al juez, dados los hechos conformados, una posición autónoma en cumplimiento del principio de legalidad penal: carácter de injusto penal del hecho conformado, y razonabilidad y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas correspondientes. Desde luego, este tipo de procedimientos merecerán una valoración positiva siempre y cuando contribuyan a reducir los costes en términos económicos y de tiempo del proceso, y no entren en conflicto con las nociones fundamentales de justicia –no excluyan en la práctica el derecho de defensa y que un inocente, si se le declara culpable, sea condenado– [BACHMAIER].

- G. La presencia de un juez profesional –que interviene tanto en la *questio facti* como en la *questio iuris*– y la necesidad de motivar los fallos en ambos puntos, a la vez que la incorporación de los principios y garantías procesales internacionalmente reconocidas, determinó dos perspectivas singulares:
- i. La inexistencia de un jurado de conciencia, que en mucho sustenta la pasividad del juez en el *adversary system*, conduce a que el juez no queda limitado a la *ratio decidendi* que le han formulado las partes en sus alegaciones –en este caso, el fiscal que es quien determina el objeto procesal–, pues su capacidad de elección normativa –propia del *civil law*– le permite determinar él mismo la *ratio decidendi* jurídica y, por ello, rige en todo caso el principio *iura novit curia*, aunque con limitaciones puntuales residenciadas en el respeto de los principios acusatorio y de contradicción [RAMÍREZ CARVAJAL].
  - ii. En clave de igualdad procesal, la incorporación generalizada del recurso de apelación contra las decisiones definitivas: sentencias y resoluciones equivalentes. La Constitución considera que el derecho a la pluralidad de la instancia es fundamental y forma parte del debido proceso. Corresponde al Tribunal de Apelación conocer del hecho y del derecho del fallo o resolución de primera instancia, aunque limitando su potestad de cognición al respeto del principio de intermediación, a la intangibilidad de la apreciación y valoración jurídica de las pruebas personales realizadas por el juez de primera instancia. A su vez reconoce el recurso de casación para conocer de las infracciones jurídicas de los fallos judiciales con el declarado



propósito de afirmar el principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho penal y de garantizar el valor de seguridad jurídica.

- H. La correlación entre acusación y fallo. La vigencia del sistema acusatorio exige una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia, cuya finalidad esencial consiste en la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. Hay dos perspectivas para analizar:
- i. **Subjetiva.** El proceso penal acusatorio es un proceso de partes en el que el acusado, a diferencia del inquisitivo, no puede ser considerado como un objeto sino como un sujeto, por lo que le asiste el derecho de defensa. Para el logro de tal objetivo será necesario que exista una previa acusación formal y escrita, y que se le otorgue un tiempo necesario para informarle de dicha acusación para que pueda preparar su defensa.
  - ii. **Objetiva.** El derecho del acusado a conocer la acusación formulada contra él reclama, no solo su determinación, sino también la información respecto al hecho delictivo, cuya comisión se le imputa, ello a fin de que pueda exculparse de él. Por tal razón, se puede burlar la referida norma cuando el Tribunal extienda su actividad de conocimiento y decisoria a otros hechos distintos a los narrados en la acusación. Distinto sería el caso cuando un mismo suceso histórico, que fuera descrito en la acusación, tuviese una denominación distinta en la sentencia, en cuyo caso no es posible afirmar una vulneración del acusatorio cuando se trata de delitos que sean homogéneos y dichos cambios de calificación no vulneren el derecho de defensa [GIMENO].

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

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

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

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

# *LECCIÓN TERCERA*

## CONSTITUCIÓN, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

### I. PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN

#### 1. Aspectos generales

##### 1.1. Planteamiento básico

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

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

jurisdiccionales, entendidas como mandatos, con un mayor grado de precisión que los valores y los principios, que se proyectan sobre la actuación estatal y particular [BERNAL/MONTEALEGRE]— sin perjuicio de las garantías de la Constitución, que determinan, en sus lineamientos nucleares, qué, cómo y quién ha de ejercer la potestad jurisdiccional [DIEZ-PICAZO GIMENEZ].

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

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

## 1.2. Conflictos constitucionales en el proceso penal

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

- A. Las especiales características del *derecho a la libertad* —art. 2.24 de la Constitución—. Este derecho, en caso de conflicto, ocupa un rango superior al derecho de penar del Estado —y a su presupuesto, que es el derecho de persecución penal—: arts. 44, 139.10 y 159.5 de la Constitución. El derecho a la libertad puede ser calificado de un valor superior del ordenamiento jurídico, que después del derecho a la vida e integridad corporal, es el máspreciado.

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

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

- B.** La plena vigencia y aplicación del *principio de proporcionalidad*, que opera tanto para el legislador como para el juez al momento de enjuiciar la aplicación de una medida restrictiva que afecte un derecho fundamental –cualquier actuación que suprima o elimine una posición jurídica adscrita al ámbito normativo del derecho o que impida o dificulte el ejercicio de las acciones relativas a las posiciones pertenecientes al mismo [BERNAL/MONTEALEGRE]–. El principio de proporcionalidad es considerado como un principio de carácter transversal que define, desde sus propios términos, los límites –forma y condiciones– a las restricciones de los derechos fundamentales materiales (art. VI del Título Preliminar del NCPP), y que se deriva la cláusula constitucional del Estado de derecho prevista en el art. 43 de la Ley Fundamental (STC n.º 10-2002-AI/TC, FJ 195) –es, siguiendo a ALEXY, una meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico–. Así las cosas, la encrucijada que presenta se expresa en el conflicto entre dos valores de gran importancia en una sociedad democrática y en un Estado de derecho: por un lado, la necesidad de proteger la seguridad ciudadana y el orden social, asegurando la eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso penal; y por otro, la imprescindible protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente frente a los posibles abusos del poder gubernativo [BANACLOCHE].

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

Para la concreción de este principio se parte de una premisa básica: todos los derechos fundamentales, salvo la vida misma –con la excepción, condicionada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,

de la pena de muerte: art. 140 de la Constitución—, son susceptibles de limitación en el curso de un proceso penal, siempre que lo disponga la ley, con arreglo a la Constitución, y que se lleve a cabo con respeto de las condiciones previamente estipuladas y de los fines que ella reconoce —noción de razonabilidad o del fin constitucionalmente legítimo (STC n.º 2235-2004-AA/TC, FJ 6)—. En materia de medidas limitativas de derechos: medios de búsqueda de prueba y de medidas de coerción procesal (arts. VI del TP, 203.1 y 253.2 del NCPP), se requiere que estas persigan un fin legítimo y el emanen de la autoridad legalmente habilitada para efectuarlas. La ley debe definir con exactitud, y con las garantías necesarias, el acto limitativo de un derecho fundamental; el cual, además, ha de estar objetivamente justificado y la decisión que lo imponga debe plasmar el juicio de necesidad correspondiente.

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

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

Los requisitos generales que debe cumplir la medida que limita un derecho fundamental se concretan en el cumplimiento de tres subprincipios: (i) Ha de ser necesaria para conseguir el fin perseguido,

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

- C. Otro principio transversal, a menudo confundido con el principio de proporcionalidad –que opera frente a las decisiones que afectan derechos fundamentales–, es el de *intervención indiciaria*, cuyo auténtico significado se centra en los actos de investigación de los delitos que tienen lugar en un Estado de derecho, y busca proteger al ciudadano frente a intervenciones restrictivas aleatorias o indiscriminadas de los poderes públicos so pretexto de la averiguación de los delitos [MARTÍN MORALES]. Es una reacción a distintas formas de exceso, que opera de modo previo a las decisiones restrictivas y se concreta en las circunstancias fácticas que soporten la posibilidad de la existencia de un delito, en el contenido de información que la autoridad penal cuente para imponerla [BERNAL/MONTEALEGRE]. El NCPP, en los arts. VI del Título Preliminar, 203.1 y 253.2, claramente lo diferencia del de proporcionalidad. Este principio hace referencia a la necesidad de contar con una imputación concreta, con indicios de criminalidad suficientes o, textualmente, “suficientes elementos de convicción”, para dictar una medida limitativa de un derecho fundamental: medidas coercitivas y medidas instrumentales restrictivas de derechos.

Lo crucial de este principio es que su aplicación, estrechamente vinculada al caso concreto, exige una estricta relación entre la naturaleza e intensidad

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

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

## II. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

### 1. Concepto

La doctrina es en extremo equívoca al momento de determinar el contenido, equivalencia y diferencias entre los conceptos o categorías de “principios, derechos fundamentales y garantías”. La Constitución nacional no atiende a la diferencia conceptual entre derechos fundamentales, de un lado, y principios procesales y derechos o garantías procesales, de otro, como se advierte en el art. 2, que se limita a proclamar un listado, abierto –por imperio del art. 3–, de derechos fundamentales, bajo la frase: “toda persona tiene derecho [...]”, y de la primera frase del art. 139 de la Constitución, que consagra la equívoca frase: “Son principios y garantías de la función jurisdiccional [...]”). Tampoco es cuidadosa en reconocer la diferencia entre garantías constitucionales o derechos fundamentales procesales y garantías de la Constitución, en la medida en que se entiende por ‘garantías’ el medio para asegurar, para lograr con seguridad o certidumbre, determinado fin [GELSI BIDART].

La Constitución, como se sabe, es fuente de toda juridicidad, grandes compendios de instituciones del Estado, de metas, principios, programas y valo-



res; sus disposiciones son una fuente inspiradora de principios. Esta tiene –si se asume el riesgo de identificarlos– dieciocho principios, cuya elaboración es labor de los jueces y de la doctrina, agrupados en cuatro rubros: **1.** Principios fundamentales del Estado. **2.** Principios técnico-jurídicos del ordenamiento. **3.** Principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos –aquí se encuentran los principios procesales–. **4.** Principios informadores del derecho, de sus diversas ramas [HAKANSSON NIETO].

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

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

- A. Son ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas. Son, pues, categorías lógico-jurídicas cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal [ALZAMORA VALDEZ]. Sin ellas no puede hablarse de proceso jurisdiccional.
- B. Su valor no es solo teórico, sino que tienen también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados.
- C. No tienen, sin embargo, naturaleza normativa, aunque algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos o normativizados en la Constitución.
- D. Su estudio tiene importancia como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del

proceso, y además su exposición tiene gran valor didáctico. Se les entiende como líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el número de coherencia que supone un concreto sistema procesal [ALVARADO VELLOSO].

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

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

Otra línea concibe los principios como lineamientos estructurales, características esenciales que tienen sus propias particularidades y funciones, y que informan el procedimiento penal; dan forma al sistema de enjuiciamiento y determinan su estructura y funcionamiento [BOVINO]. Como principios políticos no representan exigencias constitucionales, pero junto con ellas dan forma y estructuran el sistema de enjuiciamiento penal del Estado [MAIER].

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

## 2. Clasificación

Es de dividir los principios desde tres órdenes o perspectivas. Los principios derivados del derecho penal, al que sirve el proceso penal; y, los princi-

prios configurados a partir de la clásica distinción entre proceso y procedimiento [Acuerdo Plenario n.º 6-2011/CJ-116, FJ 8], esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales –requisitos y presupuestos– y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales –aspecto externo de la actividad jurisdiccional– [CORDÓN].

- A. Los principios derivados del derecho penal son tres pares dialécticos dados por: (i) necesidad y oficialidad; (ii) legalidad u obligatoriedad y oportunidad; y (iii) aportación de parte e investigación [ARMENTA].
- B. Los principios del proceso están en función: (i) al régimen de entrada de la pretensión y de su oposición o defensa en el procedimiento –principios estructurales de dualidad, contradicción e igualdad, y el principio de eficacia de la serie procedimental–; (ii) a los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal –principio acusatorio–; y (iii) a los poderes del juez en su enjuiciamiento, referidos a la valoración de la prueba –principio de prueba libre o libre convicción–.
- C. Los principios del procedimiento están referidos:
  - (i) A la forma de los actos procesales: principio de oralidad, cuyo aspecto central, no el único, informa la fase probatoria del procedimiento, en cuya virtud solo el material procesal aportado oralmente al juicio puede ser apreciado en la decisión judicial;
  - (ii) A la relación entre el tribunal y el material fáctico: principio de inmediación, de suerte que el juicio y la práctica de la prueba han de transcurrir ante la presencia directa del juez competente;
  - (iii) A los criterios técnico-jurídicos de concentración y preclusión –dice de la idea de aceleramiento procesal–, y jurídico político de publicidad –destaca la noción de contralor popular de la actividad procesal–. El primero busca concentrar las actividades procesales en un espacio corto de tiempo, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso. El segundo es consecuencia necesaria de la idea de justicia republicana y destaca la noción de responsabilidad de los jueces ante la sociedad, a quien representan, y de control por los ciudadanos [BOVINO].

### 3. Principios de necesidad y oficialidad

El principio de necesidad establece que la realización del derecho penal está sometida a la exigencia de un proceso jurisdiccional, que integra la garantía de le-

galidad penal –su opuesto es el principio de conveniencia–. El juicio previo, como presupuesto, para la sanción penal (arts. 1.2 del TP NCPP y V del TP del CP), consagra este principio. No solo está prohibida la autotutela y el *ius puniendi* no es disponible, sino que corresponde al Poder Judicial la aplicación del derecho penal –las partes no tienen derecho subjetivo alguno sobre la relación jurídico-material– y este se aplica por el órgano jurisdiccional necesariamente por medio del proceso –*nemo damnatur nisi per legale iudicium*– [MONTERO]. Por tanto, se impone el proceso para que se tenga oportunidad de demostrar la comisión del hecho, su calificación, sus responsables y con todo ello, arribado a la sentencia, se declare el derecho subjetivo del Estado de aplicar la pena expresamente declarada en aquella [MORAS]. Por lo demás, en esa línea, pero en una perspectiva externa, el referido principio no admite que para la aplicación del derecho penal se acuda a una jurisdicción arbitral, así como también las partes no tienen poder de disposición sobre el objetivo del proceso.

El principio de oficialidad, de un lado, exige que en el proceso penal, en tanto protege básicamente un interés público, propio de la tipificación penal, la persecución penal es promovida por órganos del Estado [BAUMANN], en nuestro caso por el fiscal (arts. IV.1 TP y 1.1 NCPP), y se realiza de oficio –el Estado, además de tener a su cargo la pretensión penal material, tiene el derecho y la obligación de perseguir penalmente [ROXIN]–; y, de otro lado, determina que el objeto procesal –los hechos punibles objeto de investigación, acusación, enjuiciamiento y decisión–, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de las partes, sino a lo establecido por la ley –propiamente, se trata del principio de inmutabilidad–. En consecuencia, el proceso penal por delitos públicos no es disponible por las partes, por lo que no puede ser suspendido, interrumpido o modificado por voluntad de las partes; tampoco resulta admisible, salvo en el caso de los delitos privados, el allanamiento, la renuncia o el desistimiento (art. 78.3 CP) [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO]. Este principio, opuesto al dispositivo, exige un mayor peso del órgano jurisdiccional y una menor posibilidad de las partes de disponer del objeto del proceso [BANACLOCHE].

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

‘delitos de persecución privada’—, en los que el ofendido reemplaza la actividad del Estado en la persecución del delito.

#### 4. Principios de legalidad u obligatoriedad y de oportunidad

##### 4.1. Principio de legalidad u obligatoriedad

El principio de legalidad o de obligatoriedad, por mandato legal, impone al Ministerio Público a perseguir los hechos punibles —deber impuesto legalmente— y, en su caso, al órgano jurisdiccional a la imposición de la pena legalmente prevista conforme a la calificación que resulte adecuada (STC n.º 1805-2005-PHC/TC, FJ 27). Es el necesario complemento del monopolio de la acusación a favor de la Fiscalía y tutela la igualdad en la aplicación del derecho, “puesto que solo la Fiscalía ha de decidir, después de la terminación del procedimiento de averiguación, si se formula acusación contra el presunto autor de un hecho punible, tiene que estar obligada también a la realización de las investigaciones” [TIEDEMANN]. La exigencia de persecución, como es obvio, se impone no cuando existan suposiciones vagas, sino cuando resultan indicios racionales de criminalidad o, como dicen los arts. 329.1 y 336.1 NCPP, “sospecha de la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito” o “indicios reveladores de la existencia de un delito” —ese es su contenido—. Esta facultad de decidir si se ejerce o no la acción penal, no puede ser realizada de modo arbitrario (STC n.º 6204-2006-HC/TC, FJ 7). Garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos (STC 8957-2006-PA/TC, FJ 15) [ROSAS].

Ahora bien, como la potestad persecutoria es reglada, el propio ordenamiento instituye un control específico, en cuya virtud el órgano jurisdiccional puede tanto desestimar la acusación si no concurren los presupuestos legales para su ejercicio, como instar el control jerárquico cuando no convergen los presupuestos para la falta de ejercicio de la acusación (arts. 346.1 y 352.4 NCPP) [ORTELLS/ARMENGOT]. Es de acotar que el NCPP rechazó el proyecto inicial que instituyó otro control a través de la figura del querellante adhesivo, que autorizaba al ofendido por el delito, ante la negativa del fiscal, a instar la acusación y atribuía al juez la potestad jurisdiccional para actuar el derecho penal pese a la omisión del fiscal.

Son dos las notas que expresa este principio de obligatoriedad: **1.** Inevitabilidad en la promoción de la acción penal por delitos públicos. **2.** Irretractabilidad de la misma [CHAIA], esto es, una vez promovido el proceso —puesta en conocimiento al juez: arts. 3 y 339.2 NCPP—, su suerte no puede depender de la

voluntad de las personas públicas o privadas que lo hayan iniciado: fiscal y querrelante particular; su curso y culminación está predeterminado legalmente.

#### 4.2. Principio de oportunidad reglada

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

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

Paralelo al principio de oportunidad se reconoce el *principio del consenso* –que puede ser considerado como una manifestación del principio de oportunidad [ARMENTA]–. Este principio, sobre la base formal de configuración del proceso en un sentido más contradictorio, reconoce, en algunos supuestos, cierta primacía al rol de las partes y, por ende, subordina el castigo del delito en algún grado, ciertamente relativizado, a la voluntad del acusador público y a determinados acuerdos que formulen las partes. Una expresión de lo expuesto es el caso de la institución de la conformidad procesal (art. 372 NCPP), de los procesos de terminación anticipada (art. 468 NCPP), de colaboración eficaz –concentrado en injustos de organización y en algunos delitos graves– (art. 472 NCPP). Estas instituciones,

en general, no han merecido reproches del TEDH. Las SSTEDH Golder, Airey y Deweer, de 21-02-75, 09-10-79 y 27-02-80, son aceptables en cuanto cumplan determinados requisitos, entre los que destaca la ausencia de amenaza –la naturaleza de los cargos y la acusación pendiente, que puede obviamente materializarse en una condena, no puede ser calificada de una amenaza o presión incompatible con los derechos fundamentales–.

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

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

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

Configurada de este modo la obligación del Ministerio Público, y de su ayudante principal: la Policía Nacional, corresponde a la etapa de enjuiciamiento la práctica de las pruebas pertinentes ofrecidas por todas las partes, acusadoras y acusadas. Bajo estas formales características se afirma, comúnmente, la primacía en el juicio oral del principio de aportación de parte (art. 353.2c NCPP). Empero, como ratificación de la absoluta relevancia del interés público –y no como excepción al principio de investigación de los hechos, como clásicamente se enun-

cia— se reconoce al órgano jurisdiccional una iniciativa probatoria; iniciativa que responde al principio de oficialidad y legitima el deber que le impone la ley de llevar a cabo la actividad probatoria necesaria para adquirir certeza sobre los hechos alegados por las partes (art. 155.3 NCPP). No es que las partes no tengan derecho de alegar y probar, sino que no solo ellas pueden hacerlo [ORTELLS/ARMENGOT]. La comunidad jurídica, en estos casos, ante una consecuencia jurídica tan trascendente no quiere confiar en la actuación —y en el egoísmo— de quienes participan en el proceso como partes [BAUMANN].

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

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

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



mente –respeto del principio de contradicción y del derecho de defensa– (STSE, de 26-12-03, FJ 3).

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

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

## 6. Principios estructurales del proceso

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

## 6.1. Principio de dualidad

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

## 6.2. Principio de contradicción

Es un principio de carácter absoluto, que atiende a las partes y a su rol en el proceso, y permite que el proceso tenga una estructura dialéctica. Básicamente es un mandato dirigido al legislador, que le dicta un modo de conformar el proceso, y cuya efectiva aplicación no puede ser denegada por el órgano jurisdiccional. En su mérito, las partes han de acceder al proceso, cualquiera que sea su posición, y han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional. De esta manera, el acceso garantizado de las partes al proceso persigue garantizar la plena efectividad del derecho de defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aún en la etapa de investigación preparatoria, situaciones materiales de indefensión (Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17-11-09)[RIFÁ/RICHARD/RIÑANO]. El principio expresa no solo la posibilidad que tiene el acusado de conocer la im-

putación, sino, más bien se refiere a la prohibición de condenar a una persona sin que previamente haya sido oída y vencida en juicio [ARMENTA].

Su contenido es doble. **1.** De un lado, importa la necesidad de ser oído, que se erige en un derecho no renunciable, que funciona como regla imperativa en la etapa de enjuiciamiento (arts. 1.2 TP y 356.1 NCPP): no se permite el juicio en ausencia (arts. 139.12 de la Constitución y 79.4-5 NCPP), y como regla no imperativa en la etapa de investigación preparatoria; las partes han de haber tenido la posibilidad procesal cierta de alegar, no se requiere de una obligación de hacerlo. **2.** De otro, impone el conocimiento de todos los materiales de hecho y de derecho, aunque en este último ámbito –de los materiales propiamente jurídicos– rige el *iura novit curia*, de suerte que el juez puede tener una tercera opinión, a condición de un previo conocimiento de las partes y la posibilidad de alegar en torno a la misma [MONTERO].

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

### 6.3. Principio de igualdad de armas procesales

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

El principio de igualdad de armas exige una conducta correcta de la administración de justicia punitiva en la persecución del delito y que inevitablemente genere desventajas para el imputado, a partir de lo cual el proceso incorpora salvaguardas jurídico-procesales a las partes, en especial al imputado, con la finalidad de tener influencia en el desarrollo y los resultados del proceso [GUERRERO]. Por

consiguiente, a las partes de un proceso se ha de conceder los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas, de modo tal que no quepan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas [MONTERO]. Pero no solo se requiere una regulación abstracta que reconozca la igualdad de armas, también se impone al juez el deber de “evitar que la desigualdad entre las personas [por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica] afecte el desarrollo o resultado del proceso” (art. VI TP del CPC); así, debe “allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia” (art. I.3 TP del NCPP), pues toda desigualdad injustificada –no razonable– produce indefensión [CORDÓN]. Solo de esta forma el proceso será realmente limpio, equilibrado o *fairness*. En materia procesal penal, la igualdad es un valor superior que irradia las posibilidades y, por tanto, la causa penal no puede albergar situaciones diferenciadas y tratos desigualitarios, pues todos los actores del proceso penal han de recibir idéntico tratamiento por parte de la jurisdicción, incluidos lógicamente a los aspectos de prueba. En sentido general este valor fundamental tiene tres dimensiones: 1. Como generalidad, que es la consagración de la igualdad ante la ley a efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos. 2. Como equiparación, que reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, y de todos los cuidados entre sí. 3. Como diferenciación, que es la diferencia entre distintos [RAMOS BASTIDAS Y OTRA].

La igualdad de armas procesales se expresa en toda su plenitud en la etapa de enjuiciamiento (art. 356.1 NCPP), aunque tampoco puede desconocer sus implicancias en las fases de investigación preparatoria e intermedia. Tal plenitud también tiene lugar en la etapa intermedia, pues importa para el acusado y las demás partes tanto el conocimiento previo y total de las actuaciones investigativas, como un derecho de postulación y alegación sin cortapisas que se plasma en las audiencias de control (arts. 345, 350 y 351 NCPP). En la etapa de investigación preparatoria, sin duda, se admite una ‘aparente’ desigualdad desfavorable al imputado, reconocida como un contrapeso a favor de la sociedad, que sin embargo se salvaguarda –en lo que se denomina procedimiento preliminar participativo [AMBOS]– porque se permite al imputado –y a las otras partes procesales– no solo conocer desde un inicio los hechos y las evidencias en su contra (art. 71 NCPP), sino también interponer solicitudes de actos o diligencias de investigación e intervenir en la actuación de todas ellas (art. 337.4 NCPP), salvo aquellas que por su propia naturaleza y finalidad no deba conocer, tales como la videovigilancia, el allanamiento y el control de comunicaciones (arts. 207.1, 214.1, 226 y 230 NCPP), así como las sometidas al secreto sumarial (art. 324.2 NCPP). En este último caso, se entiende que estas limitaciones son provisionales y no impiden la posterior restauración del equilibrio y la igualdad de armas [BANACLOCHE].

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

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

#### 6.4. Principio de eficacia de la serie procedimental

Para que el proceso pueda funcionar como medio adecuado de solución de un conflicto jurídico es imprescindible que la serie secuencial que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armoniosamente el debate contradictorio buscado por el legislador [ALVARADO VELLOSO]. Varias son las fases que tiene el proceso para que sea eficaz: denuncia o iniciación fiscal de oficio, diligencias policiales, o fiscales preliminares –optativa–, inculpación formal, investigación preparatoria, acusación, defensa preliminar, procedencia del debate, juicio contradictorio, y decisión. Si faltase una de ellas, la serie procedimental se volvería ineficaz y conspiraría contra el debido proceso.

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

#### 7.1. Concepto

Este principio y su par dialéctico, el principio inquisitivo, establecen bajo qué determinación de roles y bajo qué condiciones ha de efectuarse el enjuicia-

miento de la pretensión penal [GIMENO]; configura, pues, el objeto del proceso penal. Es un principio que atiende al juez. Supone un desdoblamiento de funciones entre acusador y juez, una efectiva separación entre el Ministerio Público –perseguir: investigar y acusar– y el Poder Judicial –juzgar– [BOVINO], que a su vez se entronca con el principio de oficialidad y con él da lugar al proceso acusatorio [ROXIN]. Es aplicable a todas las etapas e instancias del proceso penal, y garantiza la existencia de un órgano jurisdiccional independiente que deba fallar con carácter absolutamente imparcial [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO]. Así, juez y fiscal no son la misma persona y tienen tareas o funciones diferentes. Se trata de un principio estructural del proceso penal [STSE n.º 72/2009, de 29-01-09].

## 7.2. Notas esenciales

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

- A. **Atribución de la investigación y del juicio a distintos órganos públicos.** En aras de garantizar la imparcialidad judicial –ausencia de prejuicios o predisposición personal, y exclusión de cualquier duda legítima a este respecto– y el correcto ordenamiento del proceso penal, la ley encomienda al fiscal la incoación y la conducción de la investigación del delito –bajo control judicial– (arts. 60.2 y 322.1 NCPP) [RN n.º 1764-2009/Cusco, FJ 4], y al juez la determinación de la procedencia del juicio oral y su ulterior realización (arts. IV.1 y V.1 TP, y 346º.1 y 5, 351º-353º y 356º NCPP). Es más, cada etapa del proceso penal debe estar a cargo de un órgano público distinto: la investigación preparatoria al fiscal, la etapa intermedia al juez de la investigación preparatoria, y la etapa de enjuiciamiento al juez penal –unipersonal o colegiado– (arts. 28.3a, 29.4 y 60.2 NCPP); y, desde la perspectiva de la persona que integra esos órganos, quien ha intervenido en la investigación preparatoria y/o en la etapa intermedia no puede hacerlo en el juicio oral.
- B. **Distribución de funciones de acusación y decisión.** Rige el aforismo ‘*Nemo iudex sine accusatore*’. No solo la inculpación formal es de responsabilidad y titularidad exclusiva del Ministerio Público (arts. 60.1, 322.1, 329.1 y

336.1 NCPP), sino que fundamentalmente el juicio oral ha de iniciarse con la necesaria formulación y aprobación de la acusación, a través de la cual se introduce la pretensión penal y, cuando corresponde, la civil (arts. 356.1 y 11.1 NCPP), que determina el objeto del proceso y la persona del acusado; ambos elementos delimitan el ámbito sobre el que puede proyectarse el poder de resolución del juez [ORTELLS/ARMENGOT]. El órgano jurisdiccional, además, tiene vedada la posibilidad de sostener la acusación, de suerte que si el fiscal retira la acusación, solo podrá instar el control jerárquico, decisión que en última instancia lo vincula (art. 387.4 NCPP). Esto último, al igual que el procedimiento para forzar la acusación escrita (art. 346.1 NCPP), constituye una excepción material a este principio, justificado en la protección de los derechos públicos subjetivos del ofendido por el delito –al ser atentatorias del derecho de la víctima, se exige un control judicial (STC n.º 4620-2009-PHC/TC, FJ 11)–, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado [ROXIN].

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

- C. **Correlación entre la acusación y la sentencia.** Establece una determinada correlación o congruencia (similitud, semejanza o correspondencia) entre la pretensión penal –asumida en la acusación oral, que es la que marca el límite entre lo prohibido y lo permitido– y el fallo. La congruencia o correlación es el deber de dictar sentencia impuesto al juez conforme a las pretensiones deducidas por las partes en el proceso (Casación Penal n.º 09-2010/Tacna). Es la imposibilidad de variar el sustrato fáctico por el cual el sujeto ha sido sometido a proceso y posteriormente resulta acusado [CHALA]. Tiene una configuración objetivo-subjetiva: hechos atribuidos al acusado. Los defectos de incongruencia, en cuanto vulneración de este requisito, son incongruencia *supra o ultra petita*, incongruencia *extra petita* e incongruencia *infra petita*, según se conceda en el fallo más de lo que pedía el fiscal, se resuelva sobre un objeto procesal distinto o se conceda

menos de aquello legalmente establecido y pedido por el Ministerio Público. Propiamente no existe defecto de incongruencia omisiva –o por omisión de pronunciamiento– ya que entraña la vulneración de otro deber del juez: de exhaustividad o de motivación [LÓPEZ-FRAGOSO].

Son cuatro las expresiones de esta nota esencial:

- (i) *Congruencia fáctica*. Es de carácter objetivo. La vinculación entre acusación y sentencia –hecho acusado vs. hecho decidido– es al hecho punible –propiamente a la fundamentación– que se atribuye al imputado. Se circunscribe a (i) un acaecimiento real constitutivo de algún tipo de delito atribuido al imputado (elementos objetivo y subjetivo), y, dentro de tal fundamentación, (ii) al núcleo esencial del hecho justiciable –su esencialidad histórica es lo importante, por ende, aún cuando no han de ser distintos el hecho acusado y el hecho decidido no se requiere que necesariamente sean idénticos–, inmodificable como tal, no a sus circunstancias accesorias que muy bien pueden alterarse como consecuencia del debate oral (art. 397.1 NCPP). Es claro, entonces, que el juez no puede introducir en su sentencia ningún nuevo hecho que sea perjudicial para el acusado, que no figurara previamente en la acusación –interdicción de mutaciones esenciales–, pero ello no puede implicar, en modo alguno, que el relato de los hechos probados tenga que circunscribirse al mismo descrito por la acusación, ya que el juez puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio, y con la finalidad material y la mejor reproducción de la pasada realidad [SÁNCHEZ MELGAR].
- (ii) *Congruencia jurídica*. Exige una relativa concordancia entre el título acusatorio –que puede incluir conclusiones alternativas– y el título condenatorio –la perspectiva jurídica de los hechos imputados también es relevante, pues determina su relevancia y predetermina una específica estrategia defensiva–. El juez no puede castigar por un delito distinto al que ha sido objeto de acusación, ni siquiera apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la acusación. Se exceptúa esa exigencia, al permitirse la desvinculación del título acusatorio, en tanto las partes conozcan de esa alternativa y se respete la homologación o identidad del bien jurídico entre el tipo legal objeto de acusación y el tipo delictivo materia de condena (arts. 374.1 y 397.2 NCPP; Acuerdo Plenario n.º 4-2007/CS-116).



- (iii) *Congruencia cuantitativa*. La pena pedida por el Ministerio Público –en tanto elemento nuclear de la pretensión penal– vincula, en cierta medida, al órgano jurisdiccional –no puede introducirse elemento alguno, no propuesto por el fiscal, que condiciona la pena concreta–. Así, el juez no puede imponer una pena más grave que la requerida por el fiscal, aunque desde luego puede aplicar una pena menor si legalmente se justifica (arts. V y VIII TP del CP). Esta vinculación no procede, sin embargo, cuando la pena solicitada vulnera el parámetro punitivo legalmente previsto, cuando el fiscal insta una pena ilegal, “por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación” (art. 397.3 NCPP; v. gr.: STCE n.º 186/2009, de 07-09-09). En tal virtud, el juez –sin introducir un elemento fáctico nuevo, sorpresivo, que altere la dosificación penal– puede imponer la pena que corresponda (art. 397.3 NCPP), aunque en su extremo mínimo (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala II TSE, de 20-12-06). Tal posibilidad incluye el hecho de que el fiscal, por error, no pida una de las penas conjuntas legalmente previstas, pues el imputado obviamente estaba al tanto de la previsión normativa, de la cual se pudo defender en el juicio oral (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala Segunda, TSE, de 27-11-07).
- (iv) *Interdicción de la reforma peyorativa*. En las segundas o sucesivas instancias, como consecuencia de la exclusiva pretensión impugnativa del imputado, no se puede gravarlo aún más de lo que ya estaba por la sentencia recurrida. El órgano *ad quem* está vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en la segunda instancia y en casación. Vulnerar esa vinculación importa agravar *ex officio* la pena del recurrente [GIMENO]. Es un vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado. Cabe destacar otros vicios propios de la incongruencia:
- La incongruencia por incoherencia, que se presenta cuando existe contradicción entre la motivación y la decisión.
  - En los órganos colegiados se tiene dos supuestos: la incongruencia por falta de mayoría y la incongruencia por falsa mayoría de votos; esto es, cuando no se cuenta con el número de votos necesarios para formar resolución o cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una

decisión determinada pero se llega a otra por medio de la suma de votos [ALVARADO VELLOSO].

## 8. Principio de valoración libre de la prueba

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

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

Así, se entiende que la valoración de la prueba –el juicio valorativo judicial– radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: **i)** La premisa menor es una fuente-medio de prueba –resultado probatorio lícito, constitucionalmente aceptable, verificado en el juicio o, por excepción, a través de prueba preconstituida o anticipada–, **ii)** la premisa mayor es una máxima de la experiencia, y **iii)** la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar [MONTERO]. La necesaria invocación de la máxima de la experiencia –incluyéndose, desde luego, las reglas de la lógica y de

la ciencia, en el que juega un papel decisivo la prueba pericial, así como las reglas teóricas pertinentes— no significa arbitrariedad, sino que su objetivo es impedir el libre arbitrio y la posibilidad de entrada en la mente del juez de la “ciencia privada” [GIMENO].

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

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

## **9. Principio de oralidad**

### **9.1. Oralidad y ordenamiento jurídico nacional**

#### **9.1.1. Referentes constitucionales**

La Constitución no menciona la oralidad, entendida como la comunicación del pensamiento mediante la pronunciación de palabras destinadas a ser oídas [SFERLAZZA]. En materia de principios del procedimiento —que se refieren al aspecto exterior de la actividad jurisdiccional, la forma que han de adoptar los actos procesales, no a su contenido—, y en la medida que el NCPP asumió, como

no podía ser de otro modo, el sistema de legalidad de las formas procesales –la eficacia de los actos procesales está condicionada a su realización en el modo y con el orden establecidos en la ley, lo que es condición de seguridad jurídica y garantía de certeza en la resolución judicial [MONTERO]– la Ley Fundamental solo contempla la ‘publicidad’ de los procesos, salvo disposición contraria de la ley (art. 139.4). Empero, hace mención a determinadas formas que deben tener algunos actos procesales, y solo referidas a su par dialéctico: la ‘escrituralidad’, referente a las resoluciones judiciales (art. 139.5), y a la exigencia de informar de las causas o razones de la detención de una persona (art. 139.15).

### 9.1.2. Referentes de segundo nivel

El Nuevo Código en su Título Preliminar solo menciona la oralidad para referirse al juicio previo, público y contradictorio, siempre desarrollado conforme a las reglas que define (artículo I.1 TP NCPP). La oralidad está consagrada como una forma de expresión de los actos procesales del juicio oral (art. 356 NCPP) –primordialmente, a la forma de los actos procesales [Acuerdo Plenario n.º 06-2011/CJ-116, FJ 8, § 2]–, donde expresamente se la califica de principio, al igual que la inmediación, concentración y publicidad: los cuatro principios típicos del procedimiento penal. En esta línea el art. 361 NCPP precisa que la audiencia del juicio oral, del procedimiento principal, se realiza oralmente –que se documenta en un acta, cuyo contenido es la síntesis de lo actuado, conjuntamente con un registro por un medio técnico (ambos medios demuestran el desarrollo del juicio y la observancia de las formalidades legalmente previstas). La oralidad del juicio importa que toda petición o propuesta se argumenta oralmente, la prueba se ejecuta oralmente y, en general, de todos los que intervienen en su desarrollo, y las resoluciones que se dicten en ella se dictarán y fundamentarán verbalmente. “Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta” (art. 361.4 NCPP).

En las otras etapas del proceso, incluyendo la impugnativa, la oralidad se expresa en las audiencias legalmente previstas. En sede de investigación preparatoria el modelo base de audiencia es el estatuido en el art. 8 NCPP. Esta se realiza con quienes concurren –debe diferenciarse, por tanto, entre oralidad y contradicción– y el modo de alegación de los participantes es oral, no leído ni escrito. Las audiencias de la etapa intermedia (arts. 345.3 y 351 NCPP) tienen esa misma lógica, con la diferencia que la audiencia de sobreseimiento se instala con los asistentes –que es el modelo de la fase preparatoria–, mientras que la

audiencia de control de la acusación requiere la presencia obligatoria del fiscal y del defensor del imputado. Solo se escuchan alegaciones, no se actúan pruebas. Por último, las audiencias de apelación de sentencias, de casación y de revisión requieren la concurrencia del impugnante; de lo contrario se declara la inadmisibilidad de la impugnación interpuesta —la pretensión impugnativa necesita su ratificación en sede del Tribunal Ad Quem y la participación activa en su desarrollo como expresión de su interés procesal y muestra de moralidad procesal—. La desestimación de un medio de impugnación requiere norma expresa que la consagra; y, como quiera que limita un poder conferido a las partes se interpretan restrictivamente, esto es, circunscripta a la órbita de su ordenamiento, a su núcleo cierto, no pueden concebirse analógicamente ni extensivamente (art. VII.3 NCPP): no cabe aplicar la desestimación procesal de un medio de defensa o incidente en la fase preparatoria ni en la fase intermedia, en las audiencias de control del requerimiento fiscal; tampoco cabe hacerlo en la audiencia de apelación de autos.

### 9.1.3. El acta de la audiencia

El art. 120 NCPP define la exigencia del acta como medio de documentación de una actuación procesal —en este caso de la audiencia del juicio oral—; norma que la diferencia de la reproducción audiovisual del debate, pues aun cuando así fuera se debe efectuar la transcripción en un acta. Esto significa que el acta debe incorporar: **1.** Los datos referidos al marco externo del procedimiento. **2.** La protocolización del desarrollo de la audiencia, en cuya virtud ha de contener: **a)** todos los acontecimientos de importancia para la legitimidad del procedimiento —reproducir, en lo esencial, el desarrollo y los resultados del juicio oral, y poner de manifiesto la observancia de todas las formalidades esenciales—; **b)** los resultados esenciales de las declaraciones prestadas en la audiencia [ROXIN]; y **c)** el texto íntegro de las resoluciones interlocutorias expedidas en el curso de la audiencia.

La reproducción audiovisual tiene, de un lado, una mera función nemotécnica para el juez y las partes; y, de otro lado, con el acta —¡nunca sin ella!— demuestra el modo cómo se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades legalmente previstas, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. El registro solo funciona como garantía, control o medio y posibilita la revisión ulterior de la decisión tomada; asimismo permite verificar el detalle específico, pero no reemplaza la audiencia ni forma parte de la información que debe producirse en ella [CHAIA].

## 9.2. Alcances de la oralidad

### 9.2.1. Concepto

El NCPP tendencialmente apunta hacia un predominio de la oralidad en la ordenación –manifestación externa de la actividad procesal– del procedimiento; es una simple forma del proceso. No cabe, por evidente, concebir el procedimiento –el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal– de manera exclusiva siguiendo la oralidad o la escritura; no se trata de exclusividades sino de prevalencias, de predominio de coordinación y no de exclusión total [CAPELETTI]. Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales [Acuerdo Plenario n.º 06-2011/CJ-116, FJ 8, § 3].

La oralidad se expresa en un procedimiento cuando el fallo solo puede fundarse sobre lo que se ha aportado oralmente ante el órgano jurisdiccional; cuando las alegaciones, la prueba y, en su caso, la última concreción de las pretensiones y sus fundamentos, antes de la sentencia, se presenten al órgano jurisdiccional de viva voz [DE LA OLIVA]. La oralidad es imprescindible para que el juez pueda percibir por sí mismo los resultados de la prueba, sin ninguna clase de intermediarios [NIEVA]. Del mismo modo, exige que la etapa principal del proceso y toda decisión relevante se deban desarrollar en un ambiente de discusión argumentativa entre las partes. Pero no es un principio autárquico, sino que integra un sistema formado por series respectivas de principios entre sí coordinados: publicidad, intermediación y concentración, que se erigen en presupuesto o condición para que la oralidad pueda practicarse, y su modo de expresarse es el procedimiento que suele acabar con una audiencia oral en la que el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes.

Es cierto que la oralidad se ha demostrado imprescindible para la práctica de la prueba personal, y útil al final del periodo de alegatos finales de las partes y en los recursos –siempre que exista un auténtico diálogo entre las partes y el órgano jurisdiccional–. Pero, también es verdad que la escrituralidad –como principio alternativo– es más adecuada para las actuaciones que exijan más detenimiento y reflexión, como los escritos iniciales de un proceso (v. gr. denuncia, inculpación formal, acusación, contestación de la defensa), auto de enjuiciamiento, formulación de conclusiones y sentencias; asimismo se ha revelado útil en la resolución de muchas cuestiones incidentales fuera de las sesiones de audiencia [NIEVA].

### 9.2.2. Notas características

A continuación se presentan las siguientes notas características, que no obedecen a un solo elemento:

- A. Predominio de la palabra hablada frente a la escrita como forma de los actos procesales. Se cumple aunque los actos iniciales de proposición del objeto y aportación de hechos sean escritos y no tengan carácter meramente preparatorio –se trata de los actos de interposición de la pretensión–, siempre que el debate sobre el contenido de tales hechos sea oral y en él puedan hacerse modificaciones de ese contenido. Contribuye a generar un sistema dinámico de comunicación entre el juez y las partes, en un mismo ámbito y tiempo; que requiere, en las partes, de un buen manejo del caso y de conocimiento procesal y penal específicos [CHAJA].
- B. Respecto de la práctica de prueba, la oralidad se concreta en la intermediación entre los medios de prueba y el juez que ha de dictar sentencia. La participación de las partes no está vinculada por un interrogatorio escrito preparado previamente. Este aspecto de la oralidad es el más apreciado porque es necesario para la correcta valoración libre de la prueba: permite obtener el máximo rendimiento de los medios de prueba. Exige que el juez funda sus decisiones sobre el material de hecho expuesto verbalmente en el proceso, obligando al magistrado a actuar en primera persona [CHAJA].
- C. La eficacia de la oralidad y de la intermediación dependen de la concentración en el tiempo de las actividades procesales y que la sentencia como término de ellas. Es la principal característica exterior del procedimiento oral. Se necesita que entre las alegaciones orales, la práctica oral de la prueba y los términos de la discusión final no medie un periodo de tiempo tan prolongado. Se requiere, de cara a la concentración, que el conjunto de actos procesales orales desarrollados oralmente y con intermediación se realicen en una sola sesión, en varias consecutivas, o en varias separadas por periodos de suspensión breves [Acuerdo Plenario n.º 06-2011/CJ-116, FJ 9, § 3].
- D. La oralidad implica –aunque relativamente, pues oralidad y escritura no se oponen, indistintamente a la transparencia del proceso, cuya concreción requiere de otros lineamientos– la posibilidad práctica de realizar el principio de publicidad general, aquella referida al público y, ahora, a sus representantes, que son los medios de comunicación social. Las restricciones a la publicidad atenderán a intereses que merezcan

tutela preferente en el plano constitucional. Debe tomarse en cuenta las restricciones previstas en el PIDCP y CADH.

En estas condiciones la oralidad es un principio fundacional del procedimiento, un principio que lo informa y lo estructura. Es un modo de producir decisiones que se caracteriza por imponer ciertos principios sustanciales en el método de la toma de decisiones jurisdiccionales. La inmediación, la celeridad, la concentración, la continuidad y, especialmente la publicidad y la personalización de la función judicial, adquieren un vigor inusitado mediante la oralidad, determinando el contenido de las decisiones que se toman en un contexto oralizado, elevando la calidad de estos [BOVINO].

### 9.2.3. Sistema de oralidad en el NCPP

Es de destacar cinco ámbitos:

- A. La formulación de la acusación y de la defensa se realiza por escrito, en su versión inicial de carácter provisional (arts. 349 y 350 NCPP). La acusación definitiva se realiza oralmente (art. 387. 1-2 NCPP). Los actos de defensa escrito y la acusación escrita son modificables para ajustarlos al resultado de la prueba –el límite del fiscal es no alterar el hecho que es objeto del proceso y la persona acusada (art. 387.3 NCPP)–. La actividad de las partes y el tribunal para la práctica de pruebas de declaración acusado, testigos y peritos es oral, sin interrogatorios escritos previos de preguntas (art. 361.3 NCPP). Por descontado, los informes finales y la última palabra del acusado son orales (art. 386.2 NCPP).
- B. En la práctica de la prueba rige la inmediación. El tribunal solo puede fundar su convicción sobre la prueba practicada en el juicio y solo de modo excepcional se permite que la documentación de los actos de investigación sumariales pueda ser considerada, previa lectura dentro de la vista en la sentencia. Solo sentencia el juez que presenció la práctica de la prueba. Se pretende con esto que el juez recepcione y evalúe las pruebas sin intermediarios, sin distorsión de ningún tipo, sin intérpretes, que puedan maliciosa o inocentemente variar [CHAIA].
- C. La prueba se practica concentradamente en la audiencia. Si la suspensión fuera excesiva, se anula lo actuado y se programa nueva vista. La presencia simultánea de las partes y del tribunal en ese conjunto de actos concentrados que es la audiencia posibilita proposiciones de prueba adicionales a la



realizada inicialmente y formuladas en atención al concreto desarrollo del debate, y modificaciones de diverso alcance en la acusación y en la defensa iniciales, también relacionadas con el concreto desarrollo del debate procesal.

- D. Las características de la actividad procesal que se acaban de exponer posibilita que la publicidad impuesta por el art. 357 NCPP haga accesible a las personas que asistan a la audiencia el conocimiento del material procesal con base en el cual el tribunal ha de dictar sentencia.
- E. La emisión de resoluciones orales. Su aceptación está condicionada a que su texto integral se consigne en el acta respectiva conforme dispone el art. 361.4 NCPP –el art. 120.2 NCPP precisa una relación integral–. Los requisitos formales que debe cumplir toda resolución –fijados en los arts. 123.1, 124 y 125 NCPP, en muchos casos, cuando se trata, por ejemplo, de resoluciones limitativas de derechos fundamentales, que requieren de una motivación reforzada– obliga a esta exigencia, ineludible por razones de seguridad jurídica y de publicidad.

El NCPP prevé, de un lado, la obligación de proferir resoluciones orales en todo el curso del juicio oral (art. 361.4), así como de las que resuelvan, tras la audiencia pertinente, las cuestiones planteadas a propósito de la acusación escrita (art. 352 NCPP), la detención convalidada (art. 266.2 NCPP) y la prisión preventiva (art. 271.2 NCPP), entre otras. No es el caso de la sentencia y de los autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento, que siempre han de adoptar la forma escrita. Es optativa la emisión de resoluciones orales en los supuestos de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva (art. 279.2 NCPP) y, de modo general, cuando se resuelvan medios de defensa deducidas por las partes en la investigación preparatoria (art. 8.4 NCPP).

#### 9.2.4. Oralidad y medios electrónicos

Si la escritura implica que el contenido de los actos se plasma en soporte de papel y que deben ser materialmente entregados a su destinatario, y la oralidad suponen un contacto directo entre el órgano jurisdiccional, las partes y otros sujetos que actúan en el proceso, las nuevas tecnologías de la informática y de las telecomunicaciones generan posibilidades de forma de los actos procesales distintas a aquellas formas tradicionales [ORTELLS/ARMENGOT].

De hecho —con cargo a las autorizaciones normativas— hoy en día es factible que los actos procesales escritos sean sustituidos por documentos informáticos y que se trasladen electrónicamente entre los sujetos procesales. También puede suplirse los actos procesales orales por una comunicación por videoconferencia entre todos los sujetos que deban intervenir en el acto correspondiente.

Es posible entonces llegar a una forma de procedimiento en el que el órgano jurisdiccional y los abogados intercambien los actos escritos, documentos, actas, constancias y resoluciones por e-mail, así como que el órgano jurisdiccional tenga siempre los autos a disposición en su computadora personal —expediente electrónico—, y en el que nadie habría de molestarse en acudir a un señalamiento judicial, sino que intervendría en la audiencia desde la sala de videoconferencia del edificio judicial o desde el despacho.

## 10. Principio de inmediación

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

El principio de inmediación, expresamente reconocido como tal en el juicio oral (art. 356.1 NCPP), requiere, pues, un contacto directo, sin elemento interpuesto alguno, del juez con las partes y demás sujetos que intervienen en el proceso —estos, como regla, deben estar presentes y tener capacidad para obrar— [Casación n.º 09-2007/Huaura, FJ 2]. El sistema de audiencias, insustituible como espacio procesal de consolidación del principio de oralidad, requiere, desde las audiencias preliminares, el concurso de las partes que voluntariamente asistan, quienes deberán plasmar sus peticiones y alegaciones (art. 8.2 NCPP); desde el enjuiciamiento, en cuanto etapa principal del proceso común, la presencia y participación obligatoria de ellas para su instalación, desarrollo y culminación, aunque con algunas excepciones menores (art. 351º.1, 3 y 4 NCPP); y, desde la impug-

nación, la presencia obligatoria de los recurrentes bajo sanción de inadmisibilidad del recurso, siempre que se trate de impugnación de sentencias o de la acción de revisión (arts. 423.3, 431.2 y 443.4 NCPP). Es el denominado subprincipio de la asistencia.

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

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

De igual manera se debe considerar tres aspectos por la utilización a la videoconferencia: (i) la norma procesal penal no hace indispensable la presencia del condenado en la sala de audiencia de apelación cuando su defensa está igualmente garantizada; (ii) la norma procesal penal acepta como válida la utilización de la videoconferencia durante el juzgamiento en circunstancias excepcionales en “atención a la distancia”, desde la cual deberá trasladarse a privado de libertad

hasta la sala de audiencias (art. 119-A.2 NCPP); y (iii) el uso de la videoconferencia contribuye con la celeridad de la justicia y no transgrede principios constitucionales (STC n.º 2738-2014-PHC-TC, de 30-07-15).

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

Esta exigencia también se proyecta a la expedición de la sentencia. La convicción judicial se ha de formar con lo visto y con lo oído en el juicio, y no con el reflejo documental del acto de prueba [MONTERO]. El juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con la previa observación directa y el consiguiente examen crítico del aporte probatorio que obtiene del acusado y de los medios de prueba. Es aquí donde radica la idea de eficacia en el nuevo proceso penal: esta será mayor si el juez está presente ante el mayor conocimiento de la litis (intermediación formal) y, por ello, una más pronta respuesta judicial ante la intermediación practicada [MAGRO], a lo que se agrega que debe extraer los hechos de la fuente de prueba, por sí mismo, sin utilizar equivalente probatorio alguno, con las excepciones de la prueba documental, preconstituida y anticipada (intermediación material). Por lo demás, la intermediación dota de una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia y limita considerablemente su revisión impugnativa, la cual en este caso solo podrá analizar si los razonamientos y conclusiones son ilógicos, arbitrarios o contrarios a derecho –no puede entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o los testimonios prestados ante el juzgador–, o si la prueba invocada es inexistente o no tiene el resultado que se le atribuye, a menos que se trate de medios de prueba no sometidos a la percepción directa judicial, como es la prueba documental –se incluye la prueba documentada, preconstituida y anticipada– y, en algunos casos, prueba pericial (art. 425.2 NCPP).

Un efecto del principio de intermediación es el principio de identidad personal del juez. Solo el que ha presenciado la actuación de la prueba y las alegaciones de las partes está en condiciones jurídicamente aceptables de deliberar y dictar sentencia. La regla, por tanto, es la imposibilidad de un cambio de juez en el curso de la audiencia. El NCPP, sin embargo, acepta una excepción: en órganos jurisdiccionales colegiados solo se permite el reemplazo de un juez (art. 359.2 NCPP), aunque no

impone un límite temporal (el art. 269 del ACPP exigía que el cambio solo podía tener lugar hasta antes de finalizar la actuación probatoria, nunca después o en el curso de los alegatos). Es factible, entonces, el juez sustituto, pero el NCPP no impone que este juez deba estar presente desde el inicio del debate oral, lo que de por sí oscurece la vigencia del principio de inmediación. Es imperativo asimismo, bajo una perspectiva necesariamente restrictiva, reconocer que, por lo menos, el cambio solo puede aceptarse hasta antes de la culminación de la actuación probatoria; el período de alegaciones sobre la prueba requiere ineludiblemente la presencia de todos los jueces para que, en parte, pueda tener lugar una deliberación en algo aceptable.

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

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

## 11. Principio de concentración

Es consustancial a la oralidad la concentración de las actuaciones procesales, que supone que los actos procesales se celebran en unidad de acto, e importan su celebración en un plazo más breve. La oralidad, como es evidente, no se concilia bien con el orden sucesivo y espaciado de las actuaciones. El procedimiento oral exige la concentración de la actividad procesal entera —o de la mayor parte de ella— en una sola audiencia —que puede constar de varias sesiones—, donde se formulan las alegaciones y se practican las pruebas ante el juez —sin que a ello obste un orden determinado de actuaciones procesales y la efectiva dirección judicial—, a partir de cuya realización

debe dictarse sentencia en el breve plazo de tiempo [DE LA OLIVA]. La necesidad de una audiencia o de pocas audiencias próximas temporalmente entre sí es la principal característica exterior del proceso oral, y propicia que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan finalmente en su memoria al momento de sentenciar [MONTERO].

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

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

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

## 12. Principio de publicidad

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

es inevitable. La publicidad del proceso tiene una definida trascendencia constitucional (art. 139.4 de la Ley Fundamental), que el NCPP residencia en la etapa de enjuiciamiento (arts. 1.2 TP, 356.1 y 357.1 NCPP), aunque el art. 10 de la LOPJ la circunscribe a toda actuación judicial, sin perjuicio de reconocer todas “las excepciones que la Constitución y las leyes autorizan”. Rige, exclusivamente, para la parte más importante del proceso penal: el debate o enjuiciamiento (art. 356.1 NCPP), en tanto en cuanto lo tratado en él puede fundar la sentencia (art. 393.1 NCPP). Se proyecta al procedimiento, a las actuaciones procesales o debates, y a la sentencia; y, por todo ello se constituye uno de los rasgos distintivos de la actuación de una justicia democrática, en el marco de un Estado constitucional [SILES VALLEJO] y ayuda a alcanzar el proceso justo (STEDH Sutter, de 22-02-84). La publicidad es un ideal propio de todo régimen republicano de gobierno [ALVARADO VELLADO].

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

La etapa de investigación preliminar está sujeta a su par dialéctico: la reserva (art. 324.1 NCPP), solo aceptable en clave de proporcionalidad –frente al claro mandato constitucional– en tanto pretende la salvaguardia del fin del proceso y también del derecho al honor, al facilitar las actuaciones de reconstrucción de los hechos, permitir el aseguramiento de los vestigios, de las pruebas materiales y de las pruebas futuras, así como para proteger de una difamación social injusta a quienes en un momento dado pueden parecer implicados en hechos de apariencia punible sobre la base de indicios procedimentales y sospechas, que tal vez posteriormente se disipen [DE LA OLIVA]. Sin duda la función primordial de la reserva de la investigación preparatoria, razonable desde la perspectiva constitucional, es garantizar el éxito de la misma, evitando comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los participantes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba [GIMENO]. En consecuencia, el principio de publicidad no es aplicable a todas las etapas del proceso penal, sino tan solo al juicio oral y a la sentencia –y a su proyección en sede de impugnación–, pues únicamente referido a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del

proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad (STEDH Pretto y Axen, de 08-12-83, y Sutter, de 22-02-84); su falta está sancionada con la nulidad del juicio.

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

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

El principio de publicidad reconoce dos manifestaciones –así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Eisenstecken vs. Austria de 03-10-00, § 72–: **a)** su carácter técnico, al dirigirse a garantizar un juicio justo o debido; y **b)** su carácter político, al destinarse a incrementar la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y al ejercicio del control social sobre la misma –de estricta sumisión del juez a la ley– [ESCRIBANO]. Ambas manifestaciones están referidas, sin duda, a la publicidad externa o general, pues la denominada publicidad interna, vinculada a las partes procesales, está circunscrita más bien al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal.

Se entiende por publicidad la preceptiva posibilidad de que cualquier ciudadano pueda acceder a la Sala de Audiencias para presenciar el acto procesal. Hoy en día, más bien, este principio se expresa en el acceso permitido a los medios de comunicación social, que se constituyen como una especial de “representantes”



del público. Corresponde al órgano jurisdiccional crear las condiciones materiales apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia (art. 358.1 NCPP). Sobre el particular ha expuesto el comité de Derechos Humanos de la ONU que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluso los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas [21: Periodo de sesiones, 1984].

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

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

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

Merece una especial acotación las razones de restricción de la publicidad referidas a la moral, el orden público y la seguridad nacional. Cuando se reconoce a la moral

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

La sentencia no está sujeta a secreto, siempre ha de ser dada públicamente, salvo el caso excepcionalísimo de intereses de menores en conflicto (art. 356.5 NCPP). La forma de publicidad de la sentencia, sin duda, puede variar según el ordenamiento jurídico. El NCPP, en cuanto a las sentencias de apelación, casación y de revisión, exige su lectura en audiencia pública (arts. 425.4, 431.4 y 443.5 NCPP), aunque muy bien en estos casos, muy distintos por ciertos que la sentencia de primera instancia sometida absolutamente al régimen de publicidad, el fundamento de la publicidad: asegurar el control del Poder Judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo, se consigue también con el depósito de la sentencia en un Registro que permita a cualquiera el acceso al texto íntegro de la misma (STEDH Pretto, de 08-12-83).

### III. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

#### 1. Definición y alcance de las garantías procesales penales

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

Entender los derechos fundamentales como garantías los hace verificables y permiten exigir su observancia [RAMOS MÉNDEZ]. Las garantías procesales pueden concebirse como los medios o instrumentos procesales que brinda el ordenamiento –la

Constitución concretamente— para efectivizar los derechos [CALVINHO], con el fin de que los derechos fundamentales materiales puedan hacerse valer con eficacia [GIMENO]. Son, en suma, medios de protección de la persona que hacen referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas institucionalizadas bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traduce, para el ciudadano, en el derecho a no ser intervenido en el ejercicio de su libertad; y, para el Estado y sus agentes, en que solo efectuarán una limitación al entorno jurídico de las personas si la ley lo habilita [ANDRÉS]. Se erigen, por consiguiente, en parámetros de legitimidad del proceso.

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

Cabe, por otro lado, diferenciar esta noción del concepto de “Garantías de la Constitución”, que hacen mención a los resguardos del propio texto constitucional [LAVAGNA]. Las garantías de la Constitución se concretan, de un lado, en el principio de supremacía constitucional (arts. 51 y 138, § 2, de la Constitución); y, de otro, en los procesos constitucionales tanto de protección de derechos fundamentales como de control constitucional de la legalidad (art. 200 de la Constitución). Es así que si bien el título dedicado a estos últimos y al Tribunal Constitucional —el Quinto— lleva por nombre “garantías constitucionales”, aunque debió denominarse “Garantías de la Constitución”.

## 2. Clasificación de las garantías procesales

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

Son cuatro las garantías genéricas del proceso penal: 1. Debido proceso (arts. 139.3 de la Constitución, I y III TP del NCPP, I TP del CPC y 7 LOJP).

2. Tutela jurisdiccional (arts. 139.3 de la Constitución, I TP del CPC y 7 LOPJ). 3. Defensa procesal (arts. 139.14 de la Constitución y IX TP del NCPP). 4. Presunción de inocencia (arts. 2.24e de la Constitución y II TP del NCPP). Estas proporcionan cobertura y fundamento a cualquier pretensión frente a toda actuación que traspase los límites constitucionales [CORDÓN].

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

### 3. Garantía del debido proceso

#### 3.1. Concepto y alcances

Cabe calificar esta garantía, prevista originariamente en la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, con antecedentes desde la Carta Magna inglesa de 1354, como la más genérica de todas las garantías procesales constitucionalizadas por la Ley Fundamental, deducible, por lo demás, del principio del Estado de derecho [HASS] —es una institución que forma parte de la noción de Estado de derecho—. Integra el debido proceso todo aquel conjunto de normas que sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un proceso o cuyo incumplimiento ocasiona graves defectos en la regularidad, equitativa y justa, del procedimiento (art. 8 CADH). Indica, básicamente, las condiciones mínimas del desenvolvimiento del proceso en los marcos fijados por la Constitución en cuya virtud el Poder Judicial debe actuar de acuerdo con las reglas preestablecidas y que aseguren, ampliamente la participación de las partes en la solución de las controversias puestos en su conocimiento [SCARPINETTA]. A su extrema vaguedad o amplitud, se une su carácter residual y subsidiario, pues es una garantía-síntesis que está destinada a compensar todos aquellos ámbitos que no son abarcados por garantías más específicas. Se erige, por tanto, en una especie de “cajón de sastre” en el que tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no pueden ser subsumidos en los demás derechos del art. 139 de la Constitución y especialmente en los derechos a la

tutela jurisdiccional, de defensa y a la presunción de inocencia [GIMENO]. Su debida conceptualización parte, desde luego, de la forma cómo la Ley Fundamental ha disciplinado los derechos procesales constitucionales, por lo que es del caso asumir esta premisa para evitar citar fuentes extranjeras sin apoyo en nuestro ordenamiento.

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

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

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

### 3.2. Juez legal

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

jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y evitar, desde una perspectiva concreta, la manipulación de la organización de los tribunales para asegurar un determinado resultado del proceso [ORTELLS/BELLIDO] y garantizar la “neutralidad” judicial a fin de que en la dilucidación del caso solo esté presente el interés de la correcta impartición de justicia [ASENCIO].

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

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

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

La ordinariedad del juez penal, en todo caso, no se opone a la especialidad de sus funciones, solo excluye a la excepcionalidad del órgano jurisdiccional o de

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

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

La predeterminación legal alcanza a los criterios de adscripción competencial. La definición del alcance de la competencia genérica, objetiva, funcional y territorial es sustancial en la medida en que la competencia penal es improrrogable (art. 17 NCPP), y se erigen en un auténtico presupuesto procesal, cuyo cumplimiento ha de ser vigilado de oficio por los órganos jurisdiccionales y su infracción acarrea una nulidad radical e insanable [GIMENO], salvo el caso, previsto legalmente, de la competencia territorial, cuya vulneración, desde esta garantía, no trae aparejada la nulidad de actuaciones (art. 25 NCPP).

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

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

### 3.3. Juez imparcial

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



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

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

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace mención a dos modalidades de imparcialidad: subjetiva y objetiva (SSTEDH Piersack, de 01-10-82, y De Cubber, de 26-10-84). La primera autoriza apartar a un juez cuando existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar, con fundamento, que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Se reconoce una presunción de

imparcialidad subjetiva, entonces, debe demostrarse lo contrario. La STEDH Morel, de 06-06-00, precisó que esta imparcialidad subjetiva trata de determinar la convicción personal de un juez concreto en un asunto determinado, a la vez que añadió que la imparcialidad se presume hasta que se pruebe lo contrario (STEDH Kyoruanou, de 15-12-05). Desde la STEDH Hauschildt, de 24-05-89, el examen que ha de hacerse es de carácter objetivo-concreto; en un primer nivel rige la teoría de la apariencia y, en un segundo nivel, el determinante, rige el análisis concreto del ordenamiento jurídico y del caso en particular —es el método del caso por caso—.

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

Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (STC n.º 145/1988), siguió un criterio de clasificación diverso, según el cual lo subjetivo dice de las sospechas de indebidas relaciones con las partes, mientras que lo objetivo comprende la relación con el objeto del proceso (STC n.º 004-2006-PI/TC). Lo determinante para que pueda apreciarse pérdida de la imparcialidad objetiva es que el auto dictado

por el Tribunal sentenciador comporte un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del procesado –si la participación de un Tribunal Superior implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad, que no deja margen para una nueva decisión sin prejuicios sobre el fondo de la causa, entonces, se produce un supuesto de falta de imparcialidad objetiva [MARCHENA GÓMEZ]–. No será del caso si se trata de un pronunciamiento sobre la libertad del imputado siempre que fuera a pedido de parte y previo trámite contradictorio (SSTEDH Haudschildt, de 24-05-89, y Saint Marie, de 16-12-92), o si son distintos los datos objeto de examen y el juicio de fondo requiere una constatación de diferente intensidad (STEDH Nortier, de 24-08-93), o que un Tribunal Superior se limitó a controlar la corrección formal del derecho aplicable, o, finalmente, que el tribunal *ad quen* se limita a verificar la regularidad y lo ajustado a derecho de lo acordado por el juez de primera instancia (CALDERÓN CEREZO).

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

### 3.4. Plazo razonable

Se trata de una garantía claramente reconocida en los arts. 14.3c PIDCP y 8.1 CADH y I.1 TP del NCPP. El derecho al plazo razonable no solo corresponde al imputado y al proceso penal, se extiende a todo sujeto del derecho y a todos los procesos jurisdiccionales. La fórmula internacional es clara: “Toda persona tiene derecho a ser oída [...] dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal [...] en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Este es su ámbito de protección (STC n.º 618-2005-HC/TC, FJ 10). La impartición de justicia, por un lado, no debe sufrir tardanzas in-

justificadas y jurídicamente indisculpables [DE LA OLIVA]; y, por otro, no puede impartirse con una rapidez irrazonable, al punto que la STEDH Makhif Abdemazack, de 19-10-04, hace mención del derecho a un juicio sin prisas excesivas.

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

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

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

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

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

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

**A. Carácter y complejidad del proceso.** La dificultad de la materia litigiosa tanto en las cuestiones de hecho –necesidad o no de prueba compleja o de difícil obtención o actuación– como de derecho, o las propias deficiencias del ordenamiento, será del caso tomar en cuenta como primer

factor de apreciación (STEDH Zimmermann y Steiner, de 13-07-83). Un primer dato a tomar en cuenta será sin duda el estándar medio o el margen ordinario de duración de los procesos del mismo tipo y las consecuencias de la demora judicial (SSTEDH Köning, de 10-03-80, y Capuano, de 25-06-87). También la gravedad de los hechos objeto del proceso penal abona a la medición de lo indebido de la dilación.

- B. Conducta procesal del supuesto afectado.** Todas las partes tienen la carga de colaborar al normal desarrollo del proceso, de suerte que, de un lado, ha de indagarse si se utilizó abusivamente prácticas o tácticas dilatorias, de las que se valió para dilatar la tramitación de la causa (STEDH H vs. Reino Unido, de 08-07-87) –no para una eficaz defensa de sus intereses (STEDH Poiss, de 23-04-87)–; y, de otro, apreciar si medió pasividad de su parte y no instó en modo y forma oportuna la supresión de las dilaciones y la finalización del proceso. Factor concurrente que es de apreciar es el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida.
- C. Comportamiento de las autoridades judiciales.** El juez debe conducir el proceso con la máxima diligencia, evitando que se produzcan tiempos muertos y demoras. El incumplimiento puede venir de la inactividad judicial que injustificadamente deja transcurrir el tiempo sin impulsar el proceso, o de la sobrecarga de trabajo –que no constituye una explicación válida o efecto justificante que niegue lo indebido de la dilación, pues corresponde al Estado organizar el sistema judicial de manera que se cumpla el plazo razonable en la dilucidación de las causas (SSTEDH Quiles González, de 12-11-97; y Mezger, de 31-05-01)–. Es del caso, sin embargo, diferenciar una sobrecarga temporal y excepcional, de una de carácter estructural; la primera es disculpable siempre que se tomen, con la debida prontitud, las medidas reparadoras pertinentes (STEDH Milasi, de 25-06-87) y sean adecuadas y eficaces (STEDH Martins Moreira, Sanders y B vs. Austria, de 26-10-88, 07-07-89 y 28-03-90, respectivamente). Tanto las conductas omisivas del juez como las activas –instar trámites que ocasionen un alargamiento innecesario del proceso– tienen entidad para vulnerar este derecho-garantía. El retraso también puede provenir de autoridades no judiciales, como las penitenciarias, incluso legislativas y del Poder Ejecutivo (SSTEDH Martins Moreira, Capuano y Moreira de Azevedo, de 26-10-88, 25-06-87 y 23-10-90, respectivamente).

La doctrina ha ensayado una serie de soluciones a los efectos de la conculcación del plazo razonable: inejecución de condenas, nulidad de las actuaciones

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

Otra alternativa, utilizada por el Tribunal Constitucional, sería la de configurar un impedimento procesal y declarar la conclusión anticipada del proceso vía

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

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

Es un derecho-garantía que también está dotado de un perfil jurídico propio y se deriva del debido proceso penal (art. 139.3 de la Constitución). Aparece enunciado específicamente en el art. 14.7 del PIDCP. Su desarrollo legislativo se encuentra en el art. III TP NCPP. En relación con la jurisprudencia del TEDH se debe entender el



*ne bis in idem* procesal como el derecho fundamental que tiene toda persona a no ser procesada, con el riesgo de una sanción, más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento: triple identidad (doble enjuiciamiento: *bis de eadem re nesitactio*). En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC n.º 10192-2006-PHC/TC). Su ámbito de protección se extiende más allá de juicios, pues no caben aquí, ni una nueva persecución penal, ni juzgamiento ni pena con relación al mismo hecho delictivo [CAFFERATA].

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

El art. III TP NCPP destaca, en primer lugar, dos requisitos obvios: unidad de sujeto y de hecho –*eadem persona y eadem res*–: una misma persona que ha intervenido en la comisión de un hecho concreto, el mismo que es objeto del nuevo proceso penal en relación con el que fue enjuiciado en el primer proceso –no se da identidad de sujetos cuando, por ejemplo, en el procedimiento administrativo se sancionó a una persona jurídica y en el proceso penal, en curso, se atribuye un cargo penal al representante legal de aquella– (AATCE 355/1991, de 25-11-91, y 357/2003, de 10-11-03). En segundo, pese a que la persona y los hechos sean los mismos, se requiere que tengan el mismo fundamento o *eadem causa petendi* –triple identidad–, esto es, que vulneren el mismo bien jurídico, sin que sea indispensable la misma calificación jurídica; por tanto, ha de tratarse de normas homogéneas –que el TEDH denomina concurso de normas– que merecen idéntico juicio de reproche –hecho histórico cometido por una persona determinada y subsumible en figuras típicas de carácter homogéneo [GIMENO]–. Por último, incluye las sanciones administrativas –en los supuestos de tipos administrativos homogéneos respecto de los tipos penales, que no difieren en sus elementos esenciales; no cuando media heterogeneidad, que sería el caso de un concurso de infracciones (STEDH Oliveira, de 30-07-98)–, como expresión de un mismo poder punitivo del Estado (SSTEDH Ponsetti y Chesnel, de 14-09-97; y Göktan, de 02-07-02), aunque destaca la preeminencia del derecho penal –basada en el principio de subordinación,

que resulta de la titularidad constitucionalmente establecida del *ius puniendi* en los arts. 138º y 139º.1 y 10 de la Ley Fundamental [LÓPEZ BARJA]–, que obligaría a la Administración a suspender las actuaciones administrativas sancionadoras cuando el hecho constituye delito según la ley penal hasta la decisión definitiva del órgano jurisdiccional por tanto, puede haber *bis* sancionador cuando se da la situación de una concurrencia mixta de sanciones penales y administrativas.

Los efectos de la presencia de un *bis in idem* es la anulación del proceso penal incoado pues el hecho objeto de imputación ya fue decidido por la autoridad jurídicamente competente. Se discute, empero, si tratándose de una sanción administrativa previa el proceso penal debiera anularse (SSTEDH Fischer, de 29-05-01; W. F., de 30-05-02; y Sailer, de 06-06-02) o, en su defecto, se debe asumir la teoría de la compensación, esto es, que la condena penal tome en cuenta la sanción administrativa y proceda a su descuento (STCE n.º 2/2003, de 16-01-03). No es tan polémica esta solución, entiende GIMENO, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción (militares y policiales, por ejemplo), en que el tipo penal es especial.

### 3.6. Derecho al recurso: doble grado de jurisdicción

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

La Constitución ha optado los clásicos argumentos a favor de la doble instancia, sin perjuicio de haber dejado al librado al legislador ordinario su organización y límites: **1.** Confianza del ciudadano en que será posible que cualquier eventual error puede enmendarse por otro tribunal. **2.** Seguridad de que un segundo órgano jurisdiccional examine el caso y, si fuere preciso, remedie cualquier error que hubiera sufrido el juez de primera instancia. Sin duda este último argumento, que trasunta la idea de control en garantía de una mayor seguridad de acierto, confiere confianza y sirve para evitar la arbitrariedad [LÓPEZ BARJA].

La concreción legal de este derecho-garantía, su configuración legal, aparece descrita en el art. 11 de la LOPJ que fija su contenido en una triple perspectiva: **1.** La instancia plural es un derecho del justiciable, sin limitarla a una de las partes –hacer lo contrario, además de romper con el principio de igualdad podría conducir a situaciones de indefensión [MONTÓN]– ni predeterminar la resolución

que puede ser recurrida —el art. 14.5 PIDCIP la limita al acusado y solo a las sentencias de condena, lo que no es de recibo en nuestro ordenamiento por la amplitud del derecho constitucionalmente consagrado, que por lo demás guarda compatibilidad con el art. 8.2 de la CADH: “[...] Toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) [...] recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”—, y como tal su ejercicio constituye un acto voluntario; no se acepta la impugnación de oficio, no se puede aceptar la limitación de esta garantía solo al acusado, pues no se tutelaría a la víctima, incluyendo al Ministerio Público, dejando sin revisión una absolución pues un fallo erróneo perjudica a la justicia bien cuando se decide condenar a un inocente, y de la misma manera cuando se absuelve a un culpable [CAFFERATA]. 2. La ley determina la revisabilidad de las resoluciones judiciales; y el sentido garantista fundamental se expresa a través de su revisión en una instancia superior. 3. El tope impugnativo se concreta en una resolución de segunda instancia, y solo esta, en caso de recurso, puede ostentar la calidad de cosa juzgada. A su vez el art. 1.4 TP del NCPP consagra el principio de recurribilidad expresa: solo son recurribles las resoluciones que la ley establece (art. 404.1 NCPP), pero a su vez reconoce la obligación de prever un recurso impugnativo contra las sentencias o autos que ponen fin a la instancia —el objeto impugnativo no se circunscribe a una determinada clase de resolución y, tampoco dentro de ella, a su sentido. El recurso que está llamado a cumplir con ese mínimo constitucional es el de apelación (art. 416.1 NCPP), que por su carácter ordinario permite controlar tanto el juicio fáctico cuanto el jurídico de una resolución de primera instancia —fijación de los hechos y la aplicación de la norma jurídica al hecho declarado probado— (art. 419.1 NCPP), lo que hace realidad el principio del doble grado de jurisdicción. El NCPP no solo se limita a prever el doble examen de la resolución de fondo, sino reconoce propiamente la doble instancia, esto es, que un segundo órgano conozca, en igualdad de condiciones, al que dictó la resolución recurrida, todos los ámbitos posibles de la misma, no se circunscribe exclusivamente a la revisión legal —alcances y correcta aplicación de las normas jurídicas materiales y procesales, incluidas las del derecho probatorio—, sino se extiende a la posibilidad de una valoración autónoma de los actos de prueba, aunque con pleno respeto del principio de inmediación.

El justiciable —las partes procesales: imputado, Fiscalía, actor civil, tercero civil, persona jurídica, querellante— tiene derecho de acceder a los recursos o a la instancia legalmente preestablecida, pero no puede reclamar un recurso inexistente o exigir un determinado tipo de recurso (SSTEDH Krombach, de 13-02-01, y Papon, de 25-07-02). La pluralidad de la instancia se concreta, entonces, en el recurso de apelación (art. 419.1 NCPP), incluso para los procesos contraaforados

(arts. 450.7, y 454.3-4 NCPP). El recurso de casación –sin el previo recurso de apelación–, por su carácter extraordinario, es muy limitado, se concreta al examen de la denuncia de infracciones jurídicas graves en las decisiones de segunda instancia, y se interpone contra determinados –no todos– autos y las sentencias de vista –resoluciones de apelación dictadas por las Salas Penales Superiores– que la ley prevé (arts. 141 y 427 NCPP). Se requiere, siempre, que el recurso contra un fallo de primera instancia, más allá de su denominación, sea amplio de manera tal que permita que el tribunal superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior (SCIDH Herrera Ulloa, de 02-07-04). Obviamente, el análisis concreto del recurso de casación, su específica regulación, determinará si permite o no una revisión integral de la sentencia de instancia.

### 3.7. Legalidad procesal penal

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

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

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

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

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

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

#### **4. Garantía de tutela jurisdiccional**

##### **4.1. Concepto y contenido**

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

procesales, a una sentencia sobre el fondo, fundada en derecho, y plenamente ejecutable, para hacer efectivos los derechos subjetivos y los intereses legítimos, de naturaleza sustantiva.

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

#### 4.2. Derecho al proceso

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

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

mente acerca de su procedencia, pues a la Fiscalía corresponde con exclusividad la persecución de los delitos.

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

#### 4.3. Derecho a una sentencia fundada en derecho

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

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

La sentencia debe estar debidamente motivada, y la motivación no debe ser meramente formal. Ha de sustentarse en el mérito de las pruebas y del derecho objetivo [GIMENO], lo cual está relacionado con el art. 139 de la Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales [...], con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. La motivación –que es un requisito interno de las resoluciones judiciales– ha de dar respuesta al objeto procesal, y debe comprender (a) un análisis de los hechos –el juez ha de determinar los hechos probados y expresar el razonamiento por el que llega a esa conclusión: el juez debe dar cuenta de las pruebas practicadas y del proceso lógico que le

ha conducido desde la percepción de su resultado a la convicción reflejada en la declaración de hechos probados— y **(b)** un examen del fundamento jurídico —el juez ha de invocar el derecho aplicable e interpretarlo razonablemente (esto se denomina exégesis racional del ordenamiento), sin que ello signifique el control por esta vía del acierto o desacierto en la aplicación del derecho por los jueces ordinarios: selección de la norma aplicable y su interpretación (lo que supone que en estos ámbitos la justicia ordinaria tiene la última palabra), a menos que importe la lesión de un derecho fundamental distinto del que consagra el art. 139.3 de la Constitución— [DE LA OLIVA].

La sentencia penal, en esta misma perspectiva, debe abarcar tres aspectos o planos: **1.** La fundamentación del relato fáctico con exposición de las imputaciones que el mismo contiene. **2.** La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente y demás normas o reglas jurídico penales. **3.** La fundamentación de las consecuencias punitivas y de responsabilidad civil, en el supuesto de condena, lo que comporta motivar la individualización de la pena (PEDRAZ, STSE de 18-09-99).

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

Existen tres niveles en los que debe realizarse la motivación:

- A.** La prueba debe vincularse a los razonamientos fácticos y jurídicos de la sentencia.
- B.** La motivación debe incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del debate, cuya consideración debe ser tanto individual, de todos y cada uno de dichos elementos, como colectivamente considerados.



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

La infracción de esta manifestación de la garantía de tutela jurisdiccional, que traduce el deber de exhaustividad: decisión razonada de todos los puntos litigiosos, tendrá lugar cuando la resolución judicial: **1.** Carece llanamente de motivación –omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia [GUASP]–; **2.** Es notoriamente insuficiente –no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función al caso concreto–; o **3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) –desconexión entre motivación y decisión [ORTELLS/BELLIDO] o ausencia de coherencia interna de la resolución–. Por lo demás, la discrepancia en la forma de interpretar la legalidad ordinaria no es en modo alguno justificación para estimar vulnerado el derecho de motivación (Ejecutoria Suprema RQE n.º 498-2014/Junín, de 08-06-15). Diferente es el caso si se vulnera la interpretación y aplicación de una institución jurídico penal, de relevancia constitucional, como es la prescripción (RQE n.º 497-2014/Apurímac, de 26-06-15).

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

Al socaire de la afirmación sostenida por nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo algunas Sentencias del Tribunal Constitucional de España (SSTCE n.º 126/1994, 55/1993, 23/1988 y 151/1994), se ha llegado a declarar que se vulnera esta garantía cuando se incurre en una interpretación arbitraria de la norma aplicable, o cuando la aplicación de la legalidad o la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión es fruto de un error patente o se decide sobre el fondo del asunto desvinculándose del sistema de fuentes del ordenamiento –datos, sin duda, muy subjetivos y difícilmente delimitables–. Empero, en estos casos lo que ocurre es, manifiestamente, una interferencia en la jurisdicción penal ordinaria, pues a final de cuentas el Tribunal Constitucional

decide imponiendo sin más su criterio al tribunal ordinario, con lo que a la postre adquiere relevancia constitucional, y deja de ser cuestión de legalidad ordinaria, lo que aquel decide caso por caso, de suerte que se convierte solapadamente en una última instancia, suplantando la función de los tribunales ordinarios [MONTERO].

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

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

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

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

#### 4.4. Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos

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

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

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

El proceso penal declarativo debe tener un final. Ello importa reconocer la incorporación o reconocimiento del principio de transitoriedad del proceso –en algún momento ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión y que la decisión sea definitiva para las partes y el propio órgano jurisdiccional– [ALVARADO VELLOSO]. Las sentencias y resoluciones equivalentes, agotadas todos los recursos posibles, ya no pueden ser impugnadas; el debate judicial debe concluir irremediabilmente. En el NCPP agotado el recurso de apelación contra una sentencia

y, salvo el recurso de casación, concluye el debate judicial entre las partes. La última sentencia, por lo regular, es la de vista o de apelación –art. X TP CPC– y, extraordinariamente, la de casación (art. 427 NCPP).

A su vez un efecto interno de las resoluciones judiciales es su invariabilidad: no puede desconocerse, en modo alguno, lo decidido en ellas (STC n.º 1182-2012-PA/TC, FJ 2). Así debe ordenarse el proceso, lo que es concordante con el principio de seguridad jurídica. Por último, la existencia de la cosa juzgada material, al impedir la incoación de otro proceso posterior sobre la misma pretensión, es de la propia esencia de la jurisdicción. La interposición de un segundo proceso, que abriría el paso a dictarse otra sentencia sobre lo ya decidido, por eso mismo, vulnera la tutela jurisdiccional [MONTERO].

#### **4.6. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales**

La tutela que los jueces han de dispensar debe ser ‘debida’, en correspondencia con la idea de eficacia del proceso. La ejecución de la sentencia ha de ser cierta y real, plena y práctica; no basta la mera declaración legal de la plena ejecución de las sentencias, es necesario que el juez adopte desde un primer momento medidas que aseguren la futura y previsible condena a través de las correspondientes medidas provisionales o coercitivas; y, luego, que se dicten las medidas oportunas que la ley permita para llevar a efecto la ejecución de lo juzgado [ASENCIO]. Corresponde al juez, en su caso, evitar comportamientos impeditivos, dilatorios o fraudulentos en orden al cumplimiento de lo judicialmente decidido (SCIDH Acevedo Jaramillo, de 07-02-06).

### **5. Garantía de la presunción de inocencia**

#### **5.1. Concepto y manifestaciones**

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

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

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

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

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

inocente durante toda la tramitación del proceso penal, inocencia que solo desaparecerá con la sentencia firme que lo declare culpable [VIVAS USSHER].

Son tres las manifestaciones de la presunción de inocencia:

- A. Como principio informador del proceso penal, a partir del cual la presunción de inocencia se entiende como un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal.
- B. Como regla de tratamiento del imputado, a partir de la cual la presunción de inocencia se concibe como derecho subjetivo, en cuya virtud toda medida judicial intermedia –en especial las medidas de coerción– no pueden implicar, desde sus presupuestos, régimen jurídico y aplicación judicial, una equiparación de hecho entre imputado y culpable; no pueden suponer una anticipación de pena [UBERTIS].
- C. Como regla –también derecho subjetivo– en el ámbito de la prueba, de mayor trascendencia que las demás, cuya función procesal se concreta en dos niveles:
  - i) Como *regla de prueba*. Indica cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba para que puedan fundamentar una sentencia de condena–; y
  - ii) Como *regla de juicio*, de carácter apriorístico y formal. Impone una decisión determinada: la absolución, cuando el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución, esto es, cuando el juez se encuentra en un estado de duda irresoluble (STEDH Telfner, de 20-03-01).

## 5.2. Presunción de inocencia como regla de prueba

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

En primer lugar, es indispensable para destruir la presunción de inocencia, la existencia de actos de prueba –prueba existente–. La definición de lo que es prueba se halla establecida en la propia Ley. Estas son aquellas actuadas en el juicio oral –es la denominada prueba plenaria, que cumple con los requi-

sitos de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción— y, por excepción, se reconoce valor de prueba a las denominadas prueba anticipada (arts. 242 y 383.1a NCPP) y ‘prueba preconstituida’ o ‘diligencias objetivas e irreproducibles’ (arts. 383.1c-e y 425.2 NCPP).

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

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

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

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

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

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

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



tivos de la pretensión penal –y siempre que no consten hechos impeditivos o extintivos de la responsabilidad–.

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

De lo expuesto fluye, finalmente, que la regla de juicio, el principio de *in dubio pro reo*, rige para las cuestiones de la culpabilidad y de la punibilidad, así como para aquellos presupuestos procesales que determinan la vigencia del poder penal estatal: prescripción y amnistía, v. gr. Por regla general, no rige para la prueba de los vicios de procedimiento, a menos que estos se vinculen directamente con las reglas propias del Estado de derecho (v. gr. maltratos al imputado o ausencia de indicación de sus derechos por la autoridad) [ROXIN], con los derechos constitucionales. Mención aparte, por enfrentar otro ámbito, es el esclarecimiento de las cuestiones jurídicas dudosas, en la que el art. 139.11 de la Constitución, afirma su vigencia.

## 6. Garantía de defensa procesal

### 6.1. Concepto y contenido

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

La defensa, sin embargo, se manifiesta como un derecho individual de una parte procesal y como una garantía objetiva. Tiene, por tanto, un doble carácter o función: a la vez que un derecho individual –ámbito subjetivo–, es un elemento esencial del ordenamiento jurídico y funciona como una garantía del derecho

objetivo [CASTILLO CÓRDOVA; STC n.º 2050-2002-HC/TC]. La dimensión subjetiva de la defensa no la agota, pues debe resaltarse su perfil objetivo o institucional, aspecto que permite considerarla como un verdadero requisito para la validez de un proceso, como una *garantía* de la configuración del propio juicio jurisdiccional válido, de actuación de las partes [CAROCCA PÉREZ].

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

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

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

## 6.2. Derechos instrumentales de la garantía de defensa

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

### 6.2.1. Derecho de audiencia

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

La efectividad del acceso requiere, como es obvio, como primer paso, la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por la ley –destaca especialmente el conocimiento de la imputación (art. 71.2 NCPP)–. La comunicación ha de ser clara, precisa y completa (STEDH Pélissier y Sassi, de 25-03-99) –el Tribunal Constitucional dice: expresa, cierta e inequívoca (STC n.º 3390-2005-PHC/TC)–. Debe permitir conocer a la parte los hechos, el derecho y los datos del proceso a fin de que pueda conocer lo que está

ocurriendo y, en su caso, lo que se le demande, y en consecuencia pueda tener la oportunidad de ejercer los actos procesales que correspondan; “mal puede defenderse quien no sabe de qué se lo acusa”. Se trata, en este último caso, de posibilidades procesales cuya no realización acarrea al emplazado o notificado la preclusión del acto de comparecencia o los desfavorables efectos de la contumacia o ausencia, con el riesgo de que se dicten en su contra, de ser el caso, las medidas de coerción necesarias para lograr su concurrencia [GIMENO] –el caso más típico es de la inasistencia voluntaria del imputado al juicio oral (arts. 79 y 367.1-2 NCPP)–.

El derecho al conocimiento alcanza relevantemente al primer emplazamiento, que en sede penal –derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la imputación– está referido, como contenido esencial, a los hechos considerados punibles que se imputan al implicado y a las pruebas que sustentan los cargos –exigencia destinada a equilibrar la superioridad y la ventaja investigadora de la autoridad penal competente–: este es el núcleo de la intimación. La información impuesta por la ley debe realizarse en la primera oportunidad posible (SCIDH Tibi, de 07-09-04), siempre que no se ponga en peligro la investigación –existencia de temor fundado de que el imputado podría frustrar la investigación de manera incompatible con el ejercicio de sus derechos procesales [AMBOS]–, y por lo general tiene lugar y es obligatoria en el primer interrogatorio policial y, antes, cuando el imputado es detenido en flagrante delito, a todo ello se denomina requisito de la exhaustividad informativa. Está destinado a evitar la sorpresa y la desprevenición, y se extiende a todas las decisiones y actuaciones que progresivamente se van realizando en todo el curso del procedimiento penal –derecho incluso reconocido en sede de investigación preparatoria a todas las partes: art. 324.1 NCPP); y, de modo, especial cuando el fiscal formula acusación destinada a abrir el procedimiento principal de enjuiciamiento –a todo acto de imputación, más aún cuando ese acto contiene nuevas perspectivas respecto de cuestiones de hecho o de derecho–. Es evidente que si posteriormente se modifican sustancialmente los hechos imputados (por la inclusión o exclusión de alguno de ellos o por la alteración relevante de su calificación jurídica o del grado de participación), debe hacerse una nueva información al acusado. Es lo que se llama requisito de la gradualidad informativa (SSTED Brozicek vs. Italia y Stell vs. Reino Unido) [MARCA MATUTE].

El derecho a ser intimado importa que el acusado conozca de qué se le acusa y cuáles son las pruebas que existen en su contra. La policía, el fiscal y el juez, sucesivamente, deben cumplir con este acto, lo que importa individualizar

al imputado; descubrir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa; hacer una clara calificación legal del hecho; y, señalar los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva [MORA MORA].

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

El estatus de parte, por el imputado, es imprescindible en el proceso penal. Este incluye su presencia en las audiencias orales y la posibilidad de su intervención efectiva en ellas, así como las alegaciones acerca de lo expuesto por la Fiscalía. Antes, según ha quedado expuesto, debe conocer los hechos delictivos que se le atribuyen, a partir de la cual se le debe reconocer el derecho a deducir su pretensión exculpatoria o resistencia, que puede asumir muy diversas perspectivas, desde negar los cargos y cuestionar las evidencias de cargo, hasta introducir hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad [GIMENO]. Esta condición de parte nace con la imputación y finaliza con la obtención de una resolución firme de finalización del proceso penal –el último acto de ejecución cumplido en la causa–.

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

En el derecho analizado está integrado el derecho a intérprete, que comprende, desde luego, tanto la traducción de una lengua a otra cuando se hace oralmente, como la traducción que se realiza respecto de documentos escritos en lengua distinta del castellano [CLARIÁ]. Este derecho, sin duda, constituye un factor que permite superar eventuales situaciones de desigualdad en el desarrollo de un proceso (CIDH OC-16/99, de 01-10-99). La comunicación interpersonal entre abogado e imputado es elemental, y si el primero no conoce el idioma del segundo, no podrá llevar a cabo una defensa adecuada [PICÓ I JUNOY]. El derecho a la comunicación, que debe reconocerse al imputado y que entraña conocer y entender lo que acontece, no se limita al juicio oral y a las demás actuaciones del proceso, también comprende los documentos y las actas judiciales en general. La necesidad de un traductor o intérprete no depende de la situación financiera del imputado: el Estado debe proporcionarlo gratuitamente sin hacer distinciones respecto de la situación económica del imputado [LOBET], sin que a ello obste que este último nombre un intérprete de confianza; además, no es posible que luego se le impongan el pago de los gastos derivados de la intervención del intérprete o traductor si resultara condenado (STEDH Öztürk, de 21-02-84). Su vulneración infringe la garantía de defensa procesal y vicia el procedimiento, lo que debe declararse de oficio (Corte Suprema de Costa Rica, Sala Tercera, n.º 946-2003, de 24-10-03). El intérprete debe permanecer durante el transcurso de todo el juicio, traduciendo en simultáneo al imputado todas las declaraciones y las diversas intervenciones que se llevan a cabo. El derecho al conocimiento de lo sucedido en un idioma comprensible alcanza a la comunicación de cargos, desde un primer momento, y también se proyecta a las conversaciones preparatorias entre el imputado y el defensor; comprende, pues, todos los actos del procedimiento dirigidos contra el imputado (STEDH Luedicke, BelKacem y Koc, de 28-11-78).

Cabe, finalmente, tener presente tres datos importantes [CORDÓN]: 1. Que el derecho de audiencia se satisface con dar oportunidad a la parte de ser oída, sin que sea necesaria su presencia efectiva en el proceso; o, mejor dicho, en determinados procesales, con la sola precisión que no puede imponerse condena en ausencia (art. 139.12 de la Constitución), en cuyo caso la presencia del imputado se erige como condición de validez de las actuaciones; su conducta evasiva frustra el juicio oral —ello significa que la instrucción sí puede llevarse con ausencia voluntaria del imputado, pues ella se configura como un deber procesal que justifica su captura [HORMAZABAL]—. 2. Que, por razones de diversa índole, el ordenamiento procesal admite, en ciertos casos, que se puedan adoptar resoluciones *inaudita parte* (por ejemplo, algunas medidas de búsquedas de pruebas y restricción de derechos, y las medidas de coerción), entendiéndose satisfecha este

derecho si la audiencia se presta en un momento posterior –audiencia diferida–.

3. Que en ocasiones este derecho se reconoce a quienes, sin haber sido parte en el proceso, se ven afectados directamente por la resolución que en él se dicte (por ejemplo, arts. 296.3 –impedimento de salida de testigos–, 308 –desafectación de bien embargado de un tercero–, 319 –reexamen de incautación de un bien de terceros de buena fe–).

### 6.2.2. Derecho de defensa técnica y de autodefensa

El art. 8.2d de la CADH garantiza a todo imputado el derecho de defenderse personalmente –autodefensa– o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor –defensa técnica–. Es la doble dimensión de este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal, que el Tribunal Constitucional rotula de material en el caso de la autodefensa y de formal en el caso de la defensa técnica (STC n.º 6260-2005-PHC/TC).

#### \* *Derecho de defensa técnica*

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

La inmediata designación de un defensor, su comunicación con él y la asesoría profesional que debe brindar al imputado desde el momento en que es detenido e, incluso, citado por la autoridad competente, que prevé el art. 139.14 de la Constitución, tiende a asegurar, con la presencia personal del abogado, que los derechos constitucionales del detenido o citado sean respetados, que no su-

fra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (STCE 252/1994, de 19-09-94).

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

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



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

Forma parte del derecho de defensa técnica, la garantía de libre comunicación entre imputado y defensor —la ausencia o la obstaculización relevante de comunicación en forma libre y privada con un abogado defensor lesiona este derecho (SCIDH Suárez Rosero, de 12-11-97)—. Esta incluye la visita que haga el defensor cuando el imputado se encuentra privado de libertad, incluso si está incomunicado (arts. 265.2 y 280 NCPP). La confidencialidad entre imputado y defensor es ineludible (STEDH S vs. Suiza, de 28-11-91). El defensor, para el ejercicio de su función, goza de amplia libertad de expresión, excluyendo por cierto el insulto y el desacato; la punibilidad de afirmaciones difamatorias está legitimada por la STEDH Quaranta, de 28-08-91.

\* *Derecho de autodefensa*

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

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

Se discute si es posible la autodefensa del imputado renunciando al concurso de un abogado defensor. En el derecho estadounidense esto es posible, siempre que el juez verifique que la renuncia se hubiere llevado a cabo de modo consciente, con plena comprensión de las repercusiones de sus actos, pese a lo cual podía nombrar un *stand by counsel*, de actuación limitada con simples funciones de asesoramiento en cuestiones de procedimiento (Sentencia Faretta vs. California, 422 U. S. 806, 1975). El TEDH no tiene adoptada una decisión concreta sobre el particular, aunque pareciera desprenderse de las SSTEDH Artico, de 13-05-80, y Pakelli, de 25-04-83, una posición favorable. La opción afirmativa se

puede construir a partir de que el derecho de asistencia letrada no es absoluto y puede limitarse atendiendo al sujeto –formación del mismo, conocimiento pleno de las consecuencias derivadas de tal asunción, etc.–, a las particularidades y complejidades del procedimiento de que se trate, incluida la trascendencia social del hecho punible y la entidad de la pena conminada [PEDRAZ].

El derecho a la última palabra constituye la última manifestación del derecho de defensa material del imputado. Está prevista en los arts. 391, 420.5, 424.5, 431.3 y 443.5 NCPP. Concreta, como posibilidad final, el principio de audiencia: “nadie puede ser condenado sin ser oído”. Es un derecho potestativo del imputado, del cual puede hacer uso o no, en la medida en que también se ha reconocido el derecho al silencio. Su ejercicio, por lo demás, debe tener lugar dentro del mantenimiento del orden público necesario para la realización de la audiencia oral; y, se erige en la oportunidad final que se reconoce al imputado para pronunciarse sobre los hechos objeto de imputación –admitiéndolos o negándolos–, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de cualquier interviniente en el proceso, o incluso discrepar de su defensa técnica o completarla de alguna manera [PICÓ I JUNOY]. Como tal, es evidente que podrán ser tomadas en cuenta y analizadas por el órgano jurisdiccional, en tanto forman parte del juicio oral, de la audiencia; aunque no podrán nunca ser el sustento de la condena, sino que debe contar la conclusión a que se arriba con suficiente respaldo probatorio en otros medios legítimos de prueba (Sentencia Corte Suprema de Costa Rica, Sala Tercera, n.º 444-F-96). La ausencia de este trámite, por el carácter constitucional que tiene, determina la nulidad de lo actuado [D’ALBORA].

### 6.2.3. Derecho a probar y controlar la prueba

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

\* *Derecho de disponer de un tiempo razonable de preparación de la defensa*

Presupuesto de este derecho instrumental, ciertamente complejo, es que el imputado tenga derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; derecho que es expresión del principio de igualdad de armas y rige desde el procedimiento de investigación preparatoria. La determinación de la "suficiencia" del tiempo de preparación ha de responderse caso por caso, teniendo en cuenta la complejidad de la causa desde el punto de vista de los hechos y/o del derecho (SSTEDH Daud, y Chiehlian y Ekindjian, de 21-04-98 y de 29-11-89, respectivamente). Las facilidades que es de rigor permitir al imputado tiene que ver con la facilitación, en especial cuando está detenido, de normas legales, textos de derecho, obras científicas y documentos jurisprudenciales, así como, igualmente en el caso de imputados detenidos o presos preventivos, de ambientes para que puedan revisar las actuaciones, formular consultas bibliográficas y preparar su estrategia defensiva [AMBOS].

\* *Derecho de intervenir en la actividad probatoria*

El derecho a probar significa que el imputado y su defensa técnica han de tener acceso a las fuentes de prueba y poder intervenir en las actuaciones de investigación y de prueba, en plena igualdad con la parte acusadora, formulando en su caso un interrogatorio propio, en profundidad, a los testigos y peritos –exigencia de un debate contradictorio (STEDH Unterpertinger, de 24-11-86)–. El imputado tiene derecho a que se le conceda una ocasión adecuada y suficiente para un impugnar un testimonio o un informe pericial de cargo –también de descargo– y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (STEDH Kostovski, de 20-11-89). El derecho a interrogar en los casos de testigos o peritos inaccesibles o anónimos presenta ciertas restricciones, pero la aceptación de esos órganos de prueba está sujeto a requisitos estrictos –razonabilidad del motivo de intimidación–, siempre que se posibilite al imputado algún tipo de confrontación –si tal confrontación o interrogatorio no se hace, el testimonio es inutilizable (SSTEDH Windisch y Delta, de 27-09-90 y 19-12-90, respectivamente)–, siendo factible a estos efectos la transmisión audiovisual. Es suficiente que el defensor pueda interrogar de manera amplia al testigo o perito (STEDH Doorson, de 26-03-96), no así que el interrogatorio se formule mediante preguntas escritas o a través de transmisiones exclusivamente acústicas [AMBOS].

La regla; como ha quedado expuesto, es que el acusado ha de tener la posibilidad de discutir las pruebas, las cuales deberán llevarse a cabo con carácter contradictorio entre las partes (STEDH Kamasinski, de 19-12-89) [LÓPEZ BAR-

JA]. Excepcionalmente, sin embargo, pueden utilizarse testimonios realizados en la etapa de investigación preparatoria, siempre que se hayan respetado en su esencia los derechos de defensa. Muy amplia, al respecto, es la STEDH Isgró, de 19-02-91.

\* *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinente*

Pero no solo se trata de tener acceso a las fuentes de pruebas y de poder intervenir en los actos de aportación de hechos –de investigación y de prueba–, también resulta indispensable que el imputado pueda interponer solicitudes de investigación y de prueba, que deben ser admitidas y practicadas. En tal virtud, toda solicitud de prueba pertinente y necesaria ofrecida en tiempo y forma, según las disposiciones legales, debe ser admitida por el órgano jurisdiccional; de lo contrario, se incurre en una situación de indefensión constitucionalmente prohibida.

Este derecho presenta un ámbito objetivo: la prueba o acto de investigación propuesto ha de ser pertinente y necesario. El juez no está sometido a un mecanismo ciego de aceptación de las solicitudes de prueba o de actos de investigación. Solo deben admitirse aquellos medios de investigación o de prueba que:

- (i) Guarden conexión o enlace con los hechos objeto del proceso y con los que constituyen el *thema decidendi* para el órgano jurisdiccional –que es lo que se denomina objeto del debate–. Se trata de la regla de pertinencia, que está referida a los hechos afirmados. La prueba debe pertenecer al objeto del proceso.
- (ii) Tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso y del debate. Se trata de la regla de relevancia, utilidad o necesidad, que dice de la relación lógica entre el medio de prueba propuesto y el hecho que pretende ser probado. Está referida a los medios de prueba, a la aptitud que ha de tener para aportar un hecho que pueda repercutir sobre la acusación [PEDRAZ]. Ha de permitir averiguar la realidad de lo sucedido.

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

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

#### 6.2.4. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

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

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

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

El *derecho al silencio* –*ius tacendi*– y el *derecho a no declarar contra sí mismo* –este último complementario del primero–, son propiamente opciones que se reconocen al imputado para defenderse en el proceso en función a lo que estime más conveniente para sus intereses, por lo que es lícito que o bien declare, y lo haga en la extensión que desee –no puede ser forzado, inducido o engañado para que lo haga–, o bien que guarde silencio –total o parcial, en cualquier fase del procedimiento o en todas y a lo largo del mismo en su conjunto–, conducta de la que no cabe extraer ninguna colusión positiva o negativa [ASENCIO]. Este derecho constitucional implica dos notas esenciales: (i) libertad para declarar, tanto en la decisión de hacerlo cuanto en su contenido, y (ii) ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta –*la mentira del imputado no puede ser tomada como delito ni como infracción procesal*–, lo cual dimana de la consideración de que el silencio y las declaraciones del imputado han de ser asumidas fundamentalmente como un medio idóneo de defensa. En el proceso penal no rige la *ficta confessio* ni el sistema social tiene la capacidad para conseguir confesiones no voluntarias [MONTERO].

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

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

provecho en aras del principio de probidad y de seriedad de los actos del proceso penal [VÁSQUEZ SOTELO].

Por último, en cuanto a su ámbito de funcionamiento, este derecho instrumental se circunscribe a las declaraciones del imputado que exterioricen un contenido concreto, incriminatorio, de admisión de culpabilidad –se entiende por “declaración”, una deposición, manifestación o explicación que realiza una persona acerca de los hechos sobre los que versa la causa; entraña un acto de conocimiento y un acto de voluntad, así como responde a un requerimiento concreto de la autoridad competente–. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones de los países democráticos entienden que la declaración es una conducta positiva no exigible al imputado, quien además por imperio del derecho a la presunción de inocencia, por inversión de la carga de la prueba –y en relación con lo anterior–, no está obligado a colaborar activamente en el proceso y ello no solo por medio de no prestar declaración alguna o de un determinado contenido, sino tampoco a través de la exigencia de realización de cualquier conducta que entrañe un comportamiento positivo, esto es, una acción cualquiera de movimiento [ASENCIO].

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

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

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

#### IV. TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

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

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

Los arts. II, III, VIII y IX desarrollan normativamente concretas garantías procesales penales: presunción de inocencia, *non bis in idem*, prueba legítima



ma —obtenida y actuada con todas las garantías, que integra la garantía genérica de presunción de inocencia, aunque con perfiles singulares que trascienden a la garantía genérica del debido proceso—, y defensa procesal. La importancia de su rol procesal, la línea protectora de los derechos de la persona que envuelven y la necesidad de su concreción institucional ante las deficiencias de su tratamiento anterior obligaron al legislador a adelantar sus notas esenciales, sin que ello impida, desde la perspectiva constitucional, la acentuación de algunos de sus elementos esenciales y la determinación de otros perfiles, alcances y direcciones. Estas normas no son un límite a la labor de interpretación judicial del NCPP sino una guía, sin duda abierta, del cual partir para desarrollar sus características vitales. Por lo demás, como ha precisado el Tribunal Constitucional al referirse al Título Preliminar del Código Penal, “el Código Penal [por nuestra parte, se puede decir: Código Procesal Penal] no es el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquel incorpore determinados principios jurídicos” (STC n.º 0014-2006-PI/TC, de 19-01-07, FJ 52).

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

El art. VI acepta la libertad, tanto como principio, en cuya virtud implícitamente le reconoce el carácter de herramienta hermenéutica —*favor pro libertatis*— que opta por preferir aquella interpretación que la restrinja en menor grado y exigir la debida justificación cuando se trata de afectarla; cuanto como derecho, al incorporar reglas precisas, muy intensas, para limitarla. Insiste en la necesidad de formular dos juicios insustituibles para imponer una limitación a la libertad con fines procesales: en primer lugar, exige el examen previo de la información obtenida por la autoridad (información indiciaria); y en segundo, insta la realización de un examen de proporcionalidad de la medida, los cuales han de expresarse cum-

plidamente en la motivación de la resolución judicial —que se denomina, como se ha indicado, motivación reforzada (así, STCE 8/2002, de 14-01-02)—.

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

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

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

*PARTE SEGUNDA*

**EL ÓRGANO JURISDICCIONAL PENAL:  
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**



## *LECCIÓN CUARTA*

### **PRESUPUESTOS PROCESALES Y JURISDICCIÓN PENAL**

#### **I. PRESUPUESTOS PROCESALES**

##### **1. Concepto y alcances**

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

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

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

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

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

## 2. Clasificación

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

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

## II. REGULACIÓN

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

- A.** Título I. La jurisdicción: arts. 16-18 (tres artículos).
- B.** Título II. La Competencia: arts. 19-32 (catorce artículos). Se subdivide en tres capítulos:
  - (i) *Capítulo I. La competencia por territorio:* arts. 21-25 (cinco artículos).
  - (ii) *Capítulo II. La competencia objetiva y funcional:* arts. 26-30 (cinco artículos).
  - (iii) *Capítulo III. La competencia por conexión:* arts. 31-32 (dos artículos).

3. Título III. Concurso procesal de delitos: art. 33 (un artículo).
4. Título IV. Cuestiones de competencia: arts. 34-59 (26 artículos). Se subdivide en cinco capítulos:
  - (i) *Capítulo I. La declinatoria de competencia:* arts. 34-38 (cinco artículos).
  - (ii) *Capítulo II. La transferencia de competencia:* arts. 39-41 (tres artículos).
  - (iii) *Capítulo III. La contienda de competencia:* arts. 42-45 (cuatro artículos).
  - (iv) *Capítulo IV. La acumulación:* arts. 46-52 (siete artículos).
  - (v) *Capítulo V. La inhibición y recusación:* arts. 53-59 (siete artículos).

### III. JURISDICCIÓN PENAL

#### 1. Antecedentes

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

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

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

#### 2. Definición

La jurisdicción penal es una especie de la jurisdicción, en cuya virtud el Estado a través de los juzgados y salas del Poder Judicial, integradas en el orden

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

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

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

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



### 3. Órganos jurisdiccionales penales

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

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

- A. La Sala Penal de la Corte Suprema, como órgano máximo de la justicia penal ordinaria, radicada centralmente en el conocimiento del recurso de casación y en el enjuiciamiento de los altos funcionarios públicos establecidos en el art. 100 de la Constitución.
- B. Las salas penales de las Cortes Superiores, que básicamente se erigen en un órgano de apelación.
- C. Los juzgados penales, que pueden ser unipersonales o colegiados y que conocen del enjuiciamiento en los procesos declarativos de condena.
- D. Los juzgados de la investigación preparatoria –la institución judicial más novedosa y significativa del sistema procesal asumido–, que conocen de la etapa intermedia y controlan la investigación preparatoria.
- E. Los juzgados de paz letrados, que conocen de las faltas, y que en casos excepcionales sus asuntos pueden ser conocidos por los juzgados de paz.

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

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

#### 4. Extensión y límites de la jurisdicción penal

##### 4.1. Extensión de la jurisdicción penal

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

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

##### 4.2. Límites de la jurisdicción penal

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

###### 4.2.1. Criterio objetivo

La jurisdicción penal, como regla general, conoce de los delitos y faltas previstas en el Código Penal y en la legislación penal especial –doble objeto–, sin perjuicio, además, del conocimiento de la acción civil *ex delicto* (arts. 92 CP, y 11 y

12 NCPP). Está en función de la naturaleza de los hechos objeto de conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria. Es su ámbito objetivo interno.

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

- A. **Jurisdicción militar.** Encargada del conocimiento de los delitos de función cometidos por militares y policías en actividad (art. 173 de la Constitución, Ley n.º 29182, de 01-01-08 –Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial–, y D. Leg. n.º 961, de 11-01-06 –Código de Justicia Militar Policial–. Se instituye al margen del Poder Judicial Organización.
- B. **Jurisdicción tutelar de adolescentes.** Encargada del conocimiento de los delitos y faltas cometidas por adolescentes, conforme al Código de los Niños y Adolescentes (Ley n.º 27337, de 07-08-00). Forma parte del Poder Judicial, de la jurisdicción ordinaria, e integra en orden jurisdiccional de Familia (arts. 43-A y 53, último párrafo, LOJP).
- C. **Jurisdicción indígena o comunal.** Encargada del conocimiento de los hechos punibles que se perpetren dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas. Así estatuye el art. 149 de la Constitución, norma suprema que sin embargo todavía no ha sido desarrollada legalmente. Se organiza autónomamente, al margen del Poder Judicial Organización. En el caso de las rondas campesinas, la Corte Suprema ha considerado que sus actuaciones, bajo determinados presupuestos y sujetas a puntuales límites, son expresión de esta jurisdicción (Acuerdo Plenario n.º 1-2009-CJ/116, de 13-11-09).

#### 4.2.2. Criterio territorial

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

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

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

#### 4.2.3. Criterio subjetivo

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

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

Los extranjeros que desempeñan alguna función pública en sede nacional gozan de inviolabilidad según las disposiciones del Derecho Internacional Público *-teoría del interés de la función-*. Así, jefes de Estados extranjeros (Código de

Bustamante, art. 297) e integrantes de su séquito (Tratado de Montevideo), diplomáticos (Convención de La Habana sobre funcionarios diplomáticos; Código de Bustamante, art. 298; Convención de Viena sobre funcionarios diplomáticos), miembros de las misiones acreditadas ante los distintos organismos de las Naciones Unidas, del sistema americano, etc.

## IV. JURISDICCIÓN MILITAR

### 1. Aspectos fundamentales

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

Dos premisas deben reconocerse a la jurisdicción militar policial. De un lado, conforme se estipuló en las SSCIDH Castillo Petruzzi, Durand y Ugarte, Las Palmeras, y Lori Berenson, esta “se establece por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”: mantenimiento del orden y la disciplina en sus cuadros, es la expresión utilizada por el art. I, apdo. 1, del Título Preliminar de la LOFFMP. De otro lado, el principio de jerarquía y disciplina militar, que tiene un carácter configurador del ordenamiento castrense y, a su vez, garantiza y tutela el adecuado cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados los institutos castrense y policial, debe entenderse como aquel que hace referencia a la observan-

cia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar o policía debe acomodar su conducta y, por tanto, desde las relaciones internas del citado colectivo, a la idea de respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía (Ejecutoria Suprema CC-35-2009, de 08-02-10).

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

Actualmente existen dos normas básicas que determinan, de un lado, la organización y funciones de la organización judicial castrense; y, de otro lado, el ámbito material de su intervención: la ley penal militar. Se trata de la Ley n.º 29182, de 11-01-08 –Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial–, y el D. Leg. n.º 961, de 11-01-06 –Código de Justicia Militar Policial–. Esta última norma con rango de ley ha sido validada parcialmente por el Tribunal Constitucional que solo declaró inconstitucionales algunas de sus disposiciones (STC n.º 0012-2006-AI/TC): La primera norma, salvo algunas de sus disposiciones, también fue validada por el Tribunal Constitucional en la citada STC n.º 0001-2009-PI/TC, de 04-12-09, no obstante lo que en su día declaró en las SSTTCC n.º 1605-2008-PHC/TC, de 11-01-08, y 004-2006-PI/TC, de 29-03-06, que declaró inconstitucional la anterior Ley n.º 28665, de 07-01-06, que regulaba la organización y funciones del denominado Fuero Militar Policial.

## 2. El delito militar

A partir del art. 173 de la Constitución se ha construido el concepto constitucional de delito de función. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, sobre la base de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha alcanzado un alto grado de definición, que luego ha sido consolidada por el Código de Justicia Militar Policial y en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial: arts. I.1 y VII del Título Preliminar, y 7 y 9 del CJMP, así como los arts. I, II, III y VIII del Título Preliminar de la LOFFMP.

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

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

Precisando estas exigencias, la Ejecutoria Suprema CC/18-2004, de 17-11-04, instituyó cuatro características básicas del delito de función. Así, **1.** Este delito se construye a partir de una noción subjetiva-objetiva, pues protege concurrentemente un interés militar o policial y a un sujeto activo cualificado determinado. **2.** Es un delito de infracción del deber positivo especial, pues el autor solo puede ser quien aquel que lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra en el derecho administrativo y que se muestra a través del tipo legal, deber radicado en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; él es el garante del cumplimiento de aquellas tareas vinculadas a la existencia, organización y cumplimiento de los fines constitucionales de la institución la que pertenece. **3.** Es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría, la condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena. **4.** El sujeto pasivo del delito de función, en tanto el bien jurídico vulnerado ha de ser inherente y exclusivo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, serán estas últimas.

Los criterios de delimitación permiten deslindar entre un delito común y un delito de función militar policial. Es especialmente significativo que la normativa pertinente no puede ser entendida como la afirmación indirecta de fueros personales, sino la confirmación de la existencia de un fuero real o de causa (SCSJA

Videla, de 27-12-84). Además, la noción de acto de servicio debe ser apreciada en forma restrictiva (SCSJA Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, de 17-04-84), y solo surge cuando se trata de juzgar hechos realizados por militares [o policías] con motivo u ocasión del cumplimiento de tales actos, pero no cuando aquellos resultan víctimas y los imputados civiles (SCSJA Vásquez, de 26-03-71). La mera coincidencia temporal del delito con la actividad propia del militar no puede fundar por sí la competencia de la justicia castrense (SCSJA Luna, de 19-10-89).

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

### 3. Conflictos de jurisdicción

Procesalmente, se está ante un conflicto cuando dos o más tribunales se consideran con derecho a intervenir en una causa [LEVENE (H)]. Esta es una de las consecuencias, juntamente con el surgimiento de cuestiones prejudiciales, de la existencia de las diversas manifestaciones de la jurisdicción [PRIETO CASTRO].

Si el conflicto se presenta entre órganos jurisdiccionales y administrativos, y entre órganos jurisdiccionales ordinarios y jurisdiccionales militares –o, en todo caso, ante órganos jurisdiccionales especiales o especializados con una organización propia, fuera del Poder Judicial Organización–, se estará ante un conflicto de jurisdicción –o conflicto de atribuciones como la denomina PRIETO CASTRO–, mientras que cuando el conflicto se presenta entre órganos de la jurisdicción ordinaria se estará ante un conflicto de competencia [ARAGONESES].

Según el art. 26.5 NCPP, conforme a nuestro derecho histórico, compete a la Sala Penal de la Corte Suprema resolver las cuestiones de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar. Tal disposición tiene su asiento orgánico en el art. 34.3 LOPJ. Así lo enfatizó la STC n.º 0001-2009-PI/TC al declarar inconstitucional el art. 4 de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, que insólitamente entregaba tal tarea al Tribunal Constitucional.

Como precisó la Corte Suprema en la Ejecutoria CC-35-2009, de 08-02-10, siguiendo la jurisprudencia española, para solucionar los conflictos ju-



jurisdiccionales surgidos con la jurisdicción militar no basta con la mera interpretación gramatical o sistemática de los preceptos sustantivos o procesales que pueden entrar en colisión, es necesario profundizar en el análisis de las situaciones jurídicas enfrentadas para examinar si se ha producido una lesión a intereses estrictamente militares o, por el contrario, existen otros bienes jurídicos que se estimen dignos de protección preferente por la jurisdicción ordinaria. De ello surge un principio fundamental en la materia: *la jurisdicción ordinaria prevalece frente a la militar policial, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o por vía de conexidad o analogía* [RICHARD/RIAÑO].

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

Para la decisión del conflicto de jurisdicción —se incluye el conflicto de competencia— se ha de tomar en cuenta las constancias de la causa y, por cierto, el *factum* de la imputación. Además, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, si las declaraciones del denunciante son verosímiles y no están desvirtuadas por otros elementos de la causa, cabe establecer la competencia sobre la base de esas manifestaciones (CSJNA sentencia Banco Local Cooperativo Limitado, de 23-09-86); tampoco debe prescindirse de las manifestaciones del procesado que resulten verosímiles (CSJNA Sentencia Lavazza, de 09-04-91), las que no se tomarán en cuenta si no están corroborados por elementos de juicio alguno que permita otorgarles veracidad (CSJNA Sentencia Volpi, de 09-12-86).

# LECCIÓN QUINTA

## COMPETENCIA PENAL

### I. CONCEPTO Y ALCANCES

El art. 143 de la Constitución concibe al Poder Judicial como una organización integrada por una pluralidad de órganos jurisdiccionales, todos los cuales ejercen potestad jurisdiccional; esta es indivisa, es decir, los órganos jurisdiccionales la tienen en su totalidad [GÓMEZ COLOMER]. La configuración pluriorgánica de la jurisdicción –que resulta del mayor número y complejidad de las relaciones jurídicas y de la mejor organización del sistema judicial [LEVENE]– obliga a instituir criterios para la distribución de causas, denominados criterios competenciales, que señalan para un supuesto determinado un órgano jurisdiccional con exclusión de los demás [IBÁÑEZ]. Ese es su fin práctico: distribuir las causas entre los diversos jueces instituidos por la ley, dividiendo el conjunto de asuntos en distintos grupos para asignarlos a unos u otros jueces [CLARIÁ].

La competencia, en cuanto medida de la jurisdicción [GÓMEZ ORBANEJA], se define como la esfera de jurisdicción de la cual está investido el singular órgano judicial. Una vez establecida la jurisdicción de un órgano jurisdiccional peruano, con carácter previo, debe averiguarse el orden jurisdiccional sobre el que recaerá, el mismo que está definido por la LOPJ, que precisamente determinada la llamada competencia por órdenes o competencia genérica [GÓMEZ COLOMER], entre las que se encuentra la competencia penal. Esta presupone que un determinado asunto, por su naturaleza delictiva, está sometido a la jurisdicción penal. Las reglas sobre la competencia precisan e identifican al concreto órgano que debe conocer un proceso (art. 19.2 NCPP).

Desde una perspectiva objetiva la competencia penal es la parte de poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercer, y desde el aspecto subjetivo es la capacidad de un determinado órgano jurisdiccional para tomar conocimiento de una causa [LEONE]. Conforme al art. 19.2 NCPP la competencia penal precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso penal. Comprende todas aquellas reglas que determinan la atribución del

conocimiento de un asunto determinado a un específico órgano jurisdiccional [GÓMEZ DE LIAÑO].

La pluralidad de órganos jurisdiccionales se manifiesta en dos vertientes: la instauración de distintos órganos jurisdiccionales —desde los Juzgados de Paz a la Corte Suprema— y el establecimiento de varios órganos jurisdiccionales del mismo tipo, a excepción de la Corte Suprema [MORENO CATENA]. Como ha quedado expuesto, a partir del art. 16 NCPP, existen seis tipos de órganos jurisdiccionales penales: Sala Penal Suprema, Salas Penales Superiores, Juzgados Penales, Juzgados de la Investigación Preparatoria, Juzgados de Paz Letrados y Juzgados de Paz. Pero, además, a nivel nacional existen, salvo la Corte Suprema —que además es única—, una pluralidad de salas penales superiores y Juzgados del mismo tipo; asimismo, dentro de un mismo distrito judicial se tienen varias salas y juzgados de la misma naturaleza.

Este esquema permite que los órganos jurisdiccionales puedan situarse en un lugar próximo al ciudadano, y en número tendencialmente suficiente para hacer viable el acceso a la justicia y salvaguardar el conjunto de las garantías procesales [MORENO CATENA].

Tres son las características de la jurisdicción penal:

- A. **Indisponible.** Las partes procesales no pueden imponer pactos y condiciones que afecten a su régimen jurídico. No pueden someterse ni renunciar a la jurisdicción penal ordinaria.
- B. **Improrrogable.** Conforme a lo establecido en la Lección anterior: no cabe sobre ella ningún género de sumisión, tácita o expresa, y que su defecto puede ser apreciado de oficio por los órganos judiciales en cualquier estadio del procedimiento.
- C. **Absoluta.** El juez que conoce de una determinada causa, también conoce de todas las incidencias y excepciones que surjan en el asunto principal [GÓMEZ DE LIAÑO]. Consagra el principio de plenitud de la jurisdicción.

La reglamentación de la competencia penal se encuentra en gran parte prevista en la LOPJ, pero sin duda las normas más importantes, en especial las referidas a la competencia territorial, están incluidas en el NCPP. Así, los criterios para determinar la competencia penal, según lo dispuesto en el art. 19.1 NCPP, son cuatro:

- A. Por razón de la materia y persona del imputado: competencia objetiva.
- B. Por razón de la función: competencia funcional.

- C. Por razón del lugar: competencia territorial.
- D. Por conexión: competencia por conexión.

Estos criterios de determinación de la competencia, como ha quedado expresado, dan lugar a otros tantos tipos de competencia penal: objetiva, funcional, territorial y por conexión. No puede descuidarse, por otro lado, las normas sobre reparto de causas acordadas por los órganos de Gobierno del Poder Judicial, referidas a los turnos y a la distribución de la tarea entre los diversos juzgados y salas.

## II. COMPETENCIA OBJETIVA

### 1. Concepto

La competencia objetiva concreta aquellos criterios mediante los cuales se atribuye el conocimiento de una infracción punible –delito o falta– por la que se procede en primera instancia a un órgano jurisdiccional concreto. Esta clasificación obedece al objeto del proceso.

### 2. Criterios

Son tres los criterios que determinan la designación de un concreto órgano jurisdiccional. Se construyen a partir, de un lado, de la persona del imputado –criterio cualitativo–, y de otro, del carácter de los hechos punibles objeto del proceso penal –criterio cuantitativo: naturaleza, entidad y características del hecho punible–.

#### 2.1. Criterio por razón de la persona del imputado: *Ratione personae*

Se define a partir de la cualidad del sujeto pasivo de la imputación penal. Atiende al cargo o la función pública que ejerce el sujeto sospechoso, criterio que se denomina fuero [BANACLOCHE]. Está en función a si los imputados son personas aforadas por su condición de funcionarios públicos, a quienes se les atribuye la comisión de un delito con ocasión del ejercicio del cargo (están incluidos esencialmente en la Constitución y la LOPJ). Su procesamiento se reserva a una jerarquía superior de órganos jurisdiccionales. Según los arts. 450º.3, y 454º.4 y 3 NCPP, los altos funcionarios públicos que designa el art. 99 de la Constitución son procesados por la Corte Suprema de Justicia, así como los jueces superiores, fiscales superiores, miembros del Tribunal Supremo Militar Policial y procura-

dores públicos del Estado; mientras que los jueces especializados, jueces de paz letrados, fiscales provinciales y fiscales adjuntos provinciales son procesados por las Cortes Superiores de Justicia respectivas.

## 2.2. Criterio general por razón de la materia: *Ratione materiae general*

Este criterio parte de que no exista persona aforada, y toma en cuenta la clasificación de las infracciones punibles reconocida por el Código Penal en delitos y faltas (arts. 11 y 440 CP; y, 28, 29 y 30 NCPP), que permite identificar a los juzgados de la investigación preparatoria, penales y de paz, letrados y no letrados.

Un criterio diferencial adicional dentro de este orden y circunscripto a los delitos, se establece a partir de su gravedad, según estén o no conminados en su extremo mínimo con pena privativa de libertad mayor de seis años, criterio que solo rige para la etapa procesal de enjuiciamiento y define si el Juzgado Penal será colegiado o unipersonal (art. 28. 1 y 2 NCPP).

## 2.3. Criterio especial por razón de la materia: *Ratione materiae especial*

Se erige en una excepción a la regla general *ratione materiae* prevista para delitos y faltas. Toma en consideración la clase o tipo de delito en función a su gravedad, a sus efectos y a la intervención de organizaciones delictivas; es, pues, un criterio de índole cualitativo que únicamente adquiere vigencia en la órbita de los delitos [GARBERÍ]. Está contemplado en el art. 24 NCPP. La ley permite al órgano de gobierno del Poder Judicial instituir un subsistema judicial penal especializado referido materialmente a: 1. Delitos especialmente graves. 2. Delitos que produzcan repercusión nacional o que sus efectos superen el ámbito de un distrito judicial. 3. Delitos cometidos por organizaciones delictivas. A estos efectos se instituirá un sistema específico de organización territorial y funcional.

El art. 3 del D. Leg. n.º 983, de 22-07-07, irrazonablemente incorporó una lógica de ruptura con el principio de asignación nacional o regionalizada de procesos, que muy bien podría ser la lógica del originario art. 24 NCPP. Abrió la posibilidad de que la Corte Superior de Lima conozca, sin hacer referencia al lugar de comisión de la infracción, los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, de un lado; y de secuestro y extorsión que afecten a funcionarios del Estado, de otro.

La aplicación preferente entre estos tres criterios, en primer lugar, corresponde al criterio *ratione personae* y, en segundo lugar, al criterio *ratione materiae*

referido a la clase y tipo de delito previsto en el art. 24 NCPP. Los dos criterios priman frente al criterio referido a la clase de infracción punible –que es la regla general de atribución de la competencia objetiva– puesto que son criterios especiales [GIMENO].

### III. COMPETENCIA FUNCIONAL

#### 1. Concepto

Es aquel criterio competencial que resulta de la división del trabajo, de la especialización de las funciones al interior del proceso, y, en consecuencia, de la mayor o menor capacidad funcional de los órganos jurisdiccionales [LEVENE]. Está constituido en atención a las etapas del proceso penal declarativo de condena, del proceso penal de ejecución y de protección provisional, o de coerción, así como a la labor procesal que puede hacer el juez, es decir, a particulares actividades del proceso o al ejercicio en él de funciones especiales por parte del juez –básicamente, en relación a la anticipación probatoria, a las cuestiones de competencia y a la cooperación judicial internacional–. Se asigna determinadas funciones distintas en una misma causa a órganos jurisdiccionales que son competentes para entender de ella por razón de la materia y del lugar [WACH].

Su nota más característica es su carácter automático y derivado, según el órgano de primera instancia y el cauce procedimental que se esté siguiendo. La competencia funcional depende del órgano jurisdiccional que resulte territorial u objetivamente competente para resolver en un concreto proceso [MORENO CATENA].

#### 2. Manifestaciones de la competencia funcional

##### 2.1. Proceso penal declarativo

Consta de tres etapas, sin perjuicio de la fase de impugnación. La etapa de investigación preparatoria, desde una perspectiva del control jurisdiccional y de la expedición de medidas limitativas de derechos e incorporación de las partes al proceso, corresponde al juez de la investigación preparatoria, quien además tiene el conocimiento y dirección de la etapa intermedia, la actuación de prueba anticipada, y la inscripción de la defunción en caso de delito con resultado muerte (art. 29 NCPP). La etapa de enjuiciamiento, incluida sus incidencias, es de competencia de los juzgados penales. Respecto del juicio por faltas el enjuiciamiento compete al juez de paz letrado o al de paz en defecto de este (art. 30 NCPP).

La fase de impugnación, respecto de las faltas, es de competencia del Juzgado Penal Unipersonal (art. 28.5b NCPP). En cuanto a los delitos, se tiene la siguiente distribución competencial:

- A. La Sala Penal Suprema conoce del recurso de casación contra los autos y sentencias expedidas en segunda instancia por las Cortes Superiores, así como la queja por denegatoria de apelación.
- B. La Sala Penal Superior conoce del recurso de apelación contra autos y sentencias emitidas por los juzgados de investigación preparatoria y juzgados penales, así como del recurso de queja derivado de la declaración de inadmisibilidad de los recursos ordinarios dictados por estos órganos jurisdiccionales.
- C. El Juzgado Penal conoce del recurso de apelación contra las sentencias expedidas por el juez de paz letrado. También conoce del recurso de queja.

Existen otros actos o procedimientos específicos, tales como la recusación (las salas conocen la recusación contra sus integrantes), las transferencias de competencia (las salas conocen de ella, según corresponda: cuando el órgano judicial llamado a encargarse de la causa pertenece a otro distrito judicial, decide la Sala Penal de la Corte Suprema), y los conflictos de competencia (interviene la Corte Suprema si el conflicto surge entre jueces de distinto distrito judicial). Objetivamente corresponde a la Corte Suprema, en vía originaria, el conocimiento de la acción de revisión, la extradición, los delitos de función cometidos por altos funcionarios del Estado, y los conflictos de jurisdicción entre la de tipo ordinaria y la militar policial.

## 2.2. Proceso penal de ejecución

La regla es que el proceso de ejecución es de conocimiento del juez de la investigación preparatoria (art. 29.4 NCPP). Sin embargo, para los incidentes de ejecución la competencia se distribuye entre los juzgados penales, unipersonales o colegiados (arts. 28.4-5, y 491 NCPP). Así:

- A. **Juzgado Penal Unipersonal:** beneficios penitenciarios, así como incidentes derivados de la ejecución de la sanción penal establecidos en el Código de Ejecución Penal (art. 491.3 NCPP).
- B. **Juzgado Penal Colegiado:** refundición y acumulación de penas.

- C. **Juzgado de la Investigación Preparatoria:** todo otro incidente de ejecución no reservado a los juzgados penales, incluso al Colegiado. Ello es así en atención a que está investido, por imperio del citado art. 29.4 NCPP, de la competencia básica en sede de ejecución. El art. 491.1 NCPP le encarga, expresamente, la conversión y revocación de la conversión de penas, revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y la extinción o vencimiento de la pena. Esta última norma, en su apdo. 3, también le atribuye el conocimiento de todo incidente de ejecución penitenciario referidos a la libertad anticipada, con excepción de los beneficios penitenciarios.

### 2.3. Proceso penal de protección provisional o coerción

Las medidas de coerción procesal, como las denomina el NCPP en la Sección III del Libro Segundo Actividad Procesal, están a un procedimiento específico. La regla general en materia de competencia objetiva es que corresponde dictarlas al juez de la investigación preparatoria. Por lo general se profieren en la etapa de investigación preparatoria (art. 254.1 NCPP), pero pueden dictarse en sede intermedia (art. 350.1c NCPP). Es obvio, aunque con un carácter reducido, que estas también pueden dictarse en la etapa principal del enjuiciamiento, a fin de garantizar su debido desarrollo, y el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes (art. 363.1 en concordancia con el apdo. 5 del art. 364, del NCPP).

## IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

El art. 25 NCPP precisa que solo la incompetencia territorial no acarrea nulidad de los actos procesales ya realizados. En consecuencia, como la competencia objetiva y funcional integra el núcleo duro de la garantía constitucional del juez legal, la vulneración de sus reglas —que son de *ius cogens* o imperativas— ocasionan la nulidad de las actuaciones realizadas ante un juez incompetente [D'ALBORA]. Una regla adicional, que regula el momento de la nulidad es la del art. 48 *in fine* del Código de Costa Rica, que estipula que “La inobservancia de las reglas sobre competencia solo producirá la ineficacia de los actos cumplidos después de que haya sido declarada la incompetencia”.

La doctrina relativiza la invalidez de las actuaciones, por ejemplo, cuando se trata de un delito de competencia inferior —aplicación del adagio: “quien puede



lo más puede lo menos”–, que trasunta una regla de mantenimiento de la competencia [LLOVET]–, más aún cuando existe peligro de que muchas de las probanzas obtenidas no pudieran recuperar la espontaneidad originaria –que es el concepto de los denominados actos irreproducibles (Cámara Nacional de Apelaciones en lo *Criminal y Correccional de la Capital Federal, Argentina, Sala VI, Sentencia de 21-04-99*). Incluso se afirma que no corresponde descalificar elementos probatorios referidos a la posible comisión de delitos por exceder la competencia del magistrado, pues lo contrario significaría que los jueces conociesen y calificasen el resultado de medidas investigativas, las que parten precisamente de un campo de ignorancia que ellas están destinadas a eliminar (CSJNA, Sentencia Oscar Torres, de 19-05-92). Por lo demás, si la causa ya se encuentra en la etapa de enjuiciamiento o ya culminó la investigación preparatoria, la excepción se sustenta, además del adagio antes citado, en que frente al conflicto de orden público de la competencia o la realización del juicio, con la consecuente declaración de certeza de los hechos, y la idea de que los procesos deben terminar lo más pronto posible, se prefiere lógicamente dar preeminencia a la realización del debate [BERTOLINO].

Su apreciación, al erigirse en auténticos presupuestos procesales, es de oficio, sin perjuicio de la facultad de las partes de deducirlas, a partes del planteamiento de la correspondiente cuestión de competencia (declinatoria o, en su caso, contienda de competencia). Por imperio del principio de bilateralidad o contradictorio, la decisión de oficio exige el previo conocimiento a las partes de la posibilidad de acordarla, para que expongan lo que corresponde a su derecho y evitar, de ese modo, decisiones sorpresivas. Cabe aclarar, desde ya, que no cabe contienda de competencia entre órganos que son únicos: Salas de la Corte Suprema, para cuya definición, en todo caso, sirven las normas de reparto dentro de dicho órgano, y tampoco entre órganos jurisdiccionales de diferente jerarquía en el cuadro orgánico del Poder Judicial (art. 44 NCPP).

## V. COMPETENCIA TERRITORIAL

La competencia territorial está referida al lugar donde el proceso debe desarrollarse. Está integrada por el conjunto de normas que distribuyen el conocimiento de los procesos penales en los casos en que existen multiplicidad de órganos jurisdiccionales de la misma categoría [TOME PAULE]. Presupone una organización judicial que se expresa en una pluralidad de órganos jurisdiccionales distribuidos en todo el territorio nacional, de la que está excluida la Corte Suprema por ser un órgano judicial único con competencia en todo el país.

Los criterios de competencia territorial, que siempre se configuran *ex lege*, se denominan fueros [MORENO CATENA]. Estos pueden clasificarse en fueros ordinarios y fueros extraordinarios. En el primer nivel, fueros ordinarios, se encuentran los fueros ordinarios generales y los fueros ordinarios especiales. En el segundo nivel, fueros extraordinarios, se encuentran el fuero de la conexión y el fuero del encargo superior [GÓMEZ COLOMER].

### 1. Fueros ordinarios generales

Están integrados por dos fueros: el primario o preferente (art. 21.1 NCPP), y los fueros secundarios (art. 21.2-5 NCPP).

El fuero primario o preferente está referido, relevantemente, al lugar de comisión del delito, al *forum delicti commissi* –por lo general, los testigos viven en las cercanías del lugar del hecho, y allí se encuentran los vestigios materiales y demás fuentes válidas de información [ROXIN]–. El lugar de comisión delictiva ha sido definido legalmente en el art. 5 CP, que optó por el principio de ubicuidad restringida; esto es, el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos. En el caso de tentativa la norma se inclina por el lugar del último acto, al igual que en los supuestos de delitos continuado y permanente; esto último, sin embargo, en función a la base material que lo sustenta: el principio de ubicuidad, debe interpretarse en el sentido de que el criterio de la comparación para la opción preferible se da entre el lugar de la acción –sede del último acto– y el lugar del resultado criminal –sede del efecto lesivo–. Criterios ciertamente pragmáticos, vinculados al buen orden y finalidad del proceso, determinarán la opción pertinente: lugar de la acción o lugar del resultado.

Los fueros subsidiarios son cuatro: 1. Lugar del efecto del delito –cuando, como es obvio, no se sabe el lugar de la acción–. 2. Lugar de las pruebas materiales del delito. 3. Lugar de detención del imputado. 4. Lugar del domicilio del imputado. Son, en primer lugar, criterios pragmáticos, y, en segundo lugar, ordenados jerárquicamente, que se aplican uno en defecto de otro [GARCÍA RADA]. La subsidiaridad responde además a otra idea: si a lo largo del proceso se llegara a constatar el lugar en que se hubiera cometido el delito, se producirá la inhibición de la causa a favor del juzgado o sala competente [CALDERÓN]. Por tanto, expresan la idea de que son fueros de aplicación provisional [ARAGONESES].

## 2. Fueros ordinarios especiales

Están sometidos a un régimen especial, expresamente previstos, los delitos cometidos en un medio de transporte y los delitos cometidos en el extranjero (arts. 22 y 23 NCPP).

En el primer caso: delitos cometidos en un medio de transporte –terrestre, marítimo o aéreo– la condición para la aplicación de esta regla especial es que “no sea posible determinar con precisión la competencia territorial”. Corresponde al conductor del medio de transporte poner el hecho en conocimiento de la autoridad policial del lugar de llegada más próximo.

En el segundo caso: delitos cometidos en el extranjero, cuya jurisdicción es afirmada por el art. 2 CP. En estos casos se sigue el siguiente orden: En primer lugar, por el lugar del último domicilio en el país del imputado; en segundo, por el lugar de llegada del extranjero; y finalmente, por el lugar donde se encuentra el imputado al momento de promoverse la acción penal. Este último criterio, del lugar de ubicación del imputado, importa que este al iniciarse las actuaciones procesales en su contra se encontraba en el país y, a su vez, que se conozca el lugar de ubicación cuando estas tuvieron lugar en un primer momento, pues de no ser así simplemente se siguen los criterios subsidiarios previstos en el art. 21 NCPP.

El art. 24 NCPP, como se dejó expuesto, instituye la posibilidad de un subsistema judicial especializado tratándose de delitos graves, de repercusión nacional o cometidos por personas integradas en organizaciones delictivas en su condición de tales. Así las cosas, ha de estarse, desde la perspectiva territorial, al modelo organizacional que se ha creado, que de hecho importan alteraciones a la distribución territorial de causas.

## 3. Fueros extraordinarios

Están formados por dos grupos distintos de fueros: a) el fuero de la conexión (arts. 31 y 32 NCPP); y b) el fuero del encargo superior (arts. 39, 55, 425.3a y 433.1 NCPP). Expresan alteraciones razonables al principio del juez legal, para garantizar, de un lado, que cuando se presentan delitos conexos no se produzcan vulneraciones posteriores de la cosa juzgada, se garantice la correcta aplicación del concurso delictivo y se cautele la economía procesal que se afectaría con una multiplicidad de procedimientos [GIMENO]; y de otro lado, que cuando deba anularse una decisión y retrotraer las actuaciones, no se incurra en contaminación procesal, esto es, para garantizar la imparcialidad y objetividad judiciales.

El fuero de la conexión está expresamente reconocido en el art. 32 NCPP, cuyo fundamento material son los delitos conexos –sus manifestaciones están establecidas en el art. 31 NCPP–. Su presencia da lugar a la acumulación objetiva o de pretensiones. Esta acumulación importa una alteración de la competencia territorial, cuya regulación está predefinida por la ley (art. 32 NCPP).

El fuero del encargo superior es una lógica consecuencia del reconocimiento de una garantía esencial: la imparcialidad y objetividad judiciales. La existencia de los recursos devolutivos impone la necesidad de cambiar la radicación de la causa cuando el Tribunal Ad Quem anula un fallo de mérito y ordena que se repita el juicio. De igual manera, la necesidad de que un juez sea separado o se aparte voluntariamente del conocimiento de un asunto o cuando razones superiores de justicia aconsejan cambiar la radicación de la causa, autorizan al superior declarar la existencia de esos graves motivos y, en consecuencia, a decidir una sede distinta para la continuación del proceso.

#### 4. **Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial**

Si bien la competencia territorial tiene un carácter necesario, derivado del principio de improrogabilidad de la jurisdicción penal –es un auténtico presupuesto procesal–, su vulneración no trae consigo la nulidad de actuaciones, como expresamente estipula el art. 25 NCPP. Las razones que explican este trato diferencial respecto de la competencia objetiva y funcional son de oportunidad y conveniencia, que están destinadas a facilitar la marcha de los procesos. Las exigencias del orden jurídico quedan satisfechas cuando el proceso es llevado ante el órgano competente por razón de la materia; la competencia territorial tiene, por tanto, solo una función secundaria y subordinada [FLORIÁN].

Como se está ante un presupuesto procesal, el cuestionamiento de la competencia territorial puede deducirse de oficio, sin perjuicio de que las partes la planteen por las vías y modos legalmente previstos. Las llamadas cuestiones de competencia son, precisamente, la vía procesal que la ley establece para dilucidar el conjunto de circunstancias, jurídicamente relevantes, que pueden presentarse para examinar si un asunto está correctamente radicado en un órgano jurisdiccional concreto o si, por razones superiores, resulta conveniente enviar la causa a otro órgano jurisdiccional.

El examen de oficio, sin embargo, no significa que el juez decida sorpresivamente sobre su incompetencia territorial. Por elemental respeto del principio de contradicción y para evitar decisiones sorpresivas, se ha poner en conocimiento de las partes el posible inconveniente que el juez advierta y darles la oportunidad de que puedan alegar lo pertinente.

## VI. NORMAS DE REPARTO

Determinada la competencia desde los criterios objetivo, funcional y territorial, sin perjuicio de las modificaciones que implicaría la conexidad procesal, puede que no quede fijado definitivamente en todos los casos el concreto Juzgado o Sala Jurisdiccional que deba conocer de un asunto. Lo expuesto puede suceder cuando en un mismo lugar existan varios juzgados o salas jurisdiccionales, es decir, más de un órgano jurisdiccional de igual clase. En estos casos ha de acudir a las normas de reparto, que tienen una naturaleza gubernativa. Son dictadas por los órganos de gobierno judicial.

Las normas de reparto fijan la distribución de asuntos o causas entre los órganos jurisdiccionales de la misma clase en una misma localidad, o entre las distintas Salas de una Corte Superior o de la Corte Suprema. Son normas de puro gobierno interno de distribución del trabajo jurisdiccional. [MORENO CATENA].

El reparto no significa en absoluto la aplicación de una norma de competencia, dado que esta última fija el órgano competente en primera instancia y con tal determinación cumple su función. Se fundan en el principio de división del trabajo, por tanto, no cabe deducir como consecuencia de su vulneración una cuestión de competencia alguna, solo, según su trascendencia, una articulación de nulidad de actuaciones [GÓMEZ COLOMER].

Las normas de reparto, en primer lugar, apuntan a criterios de eficacia dentro del respeto a la igualdad y homogeneidad, de forma tal que todos los jueces conozcan del mismo número de asuntos y de la misma variedad —la razonabilidad de esas normas, en todo caso, puede ser debatida en sede judicial—. En segundo lugar, son ajenas al contenido constitucionalmente garantizado del derecho al juez legal —no afecta la competencia de los órganos jurisdiccionales de la localidad, no lesiona la competencia objetiva, funcional ni territorial, ni menoscaba el derecho de defensa (así, por ejemplo: STCE 90/2000, y SSTSE de 10-09-97 y 25-06-98)—.

## VII. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

### 1. Concepto

La regla general que implícitamente consagra el NCPP es la unidad de objeto de los procesos penales: un hecho punible debe dar lugar a un proceso penal. Desde luego la definición de unidad o unicidad del hecho punible, sobre todo en los casos de concursos de delitos, delitos permanentes o delitos de hábito o profesionales, que

presuponen varios actos desde una perspectiva fenomenológica o natural, corresponde al derecho penal material. Pero, desde el derecho procesal se utiliza un concepto más amplio de hecho, que es el de hecho procesal, que presupone lo anterior, en cuya virtud lo que se exige es la incoación de un proceso cuando se trata de un único complejo histórico procesalmente objetivado desde las reglas de conexión –solo si existen varios hechos punibles, delimitados según el derecho penal material, que han tenido lugar en un complejo de hechos históricos, tendrá sentido plantearse su posible conexión–, que se erige como una importante garantía procesal que determina una recta y acertada impartición de la justicia penal [DE LA OLIVA].

Las reglas sobre conexión procesal están definidas en el art. 31 NCPP. Son taxativas, ya que hacen que con relación a la causa que se tramita siguiendo las reglas de competencia objetiva y territorial de otra, no rijan las suyas propias [LLOBET]. Esta presupone la existencia de dos o más delitos –perspectiva material– y se resuelve, desde el punto de vista procesal, en su enjuiciamiento conjunto; ese es el efecto procesal de hechos conexos. La conexión importa la existencia de ciertos nexos o elementos comunes referidos ya sea a los imputados, ya sea a los delitos [GIMENO]; el vocablo en cuestión deriva de las palabras latinas *cum nexi, nexum* que se resuelven en la idea de enlace o vínculo, atadura, concatenación [V. R.VILLAVICENCIO]. Estos elementos generan ciertas reglas que ante los casos de conexión expresamente previstos aparecen como excepciones a los principios determinantes de la competencia territorial y material, y a las normas sobre turnos de los jueces penales [CLARÍA].

Puede definirse la conexidad en materia penal, entonces, como el conjunto de reglas legales que, ante la existencia de un fenómeno de pluralidad delictiva susceptible de un tratamiento unitario por razones objetivas, subjetivas y causales o analógicas –así como también de reciprocidad– determinan en qué casos dicho fenómeno puede ser reconducido al enjuiciamiento de todas las conductas en un único proceso penal, y cuál va a ser la jurisdicción y el órgano jurisdiccional objetiva y territorialmente competente para conocer del mismo [GARBERF].

La primera razón práctica justificadora de la competencia por conexión, que exige el *simultaneus processus*, es la necesidad de hacer posible la acumulación de causas, que es un criterio de economía procesal, que evita la multiplicidad de actuaciones tendientes a un idéntico fin y favorece, a su vez, la prontitud en la resolución de las causas –idea de racionalización de la actividad jurisdiccional–. Por otra parte, existe un fundamento jurídico trascendental: la acumulación favorece una armónica aplicación de la ley, evitando muchos

procedimientos y sentencias contradictorias sobre hechos vinculados, así como permite la coordinación de las pruebas, la distribución de responsabilidades y la unificación y equilibrio de las penas [CLARÍA]. De todos ellos, empero, como aclara DE LA OLIVA, el más importante es el acierto en la calificación jurídica de los hechos y en la determinación de la pena, que en última instancia condiciona la obligatoriedad de la acumulación, aunque la ley reconoce una serie de vicisitudes procesales que desaconsejan la acumulación y, en su caso, autoriza la desacumulación (vid.: arts. 47.2, 50 y 51 NCPP).

## 2. Hechos punibles conexos

El art. 31 NCPP reconoce cuatro supuestos de conexidad procesal: conexidad subjetiva, conexidad objetiva, conexidad mixta o analógica y conexidad por reciprocidad.

- A. **Conexidad subjetiva.** Está prevista en los incs. 2 y 3. Se refiere a los delitos cometidos simultáneamente por dos o más personas –supuestos de codelinuencia–, y a una pluralidad de delitos cometidos por dos o más personas vinculadas entre sí por una misma voluntad criminal –existencia de concierto–, y en tiempos y lugar diferentes.
- B. **Conexidad objetiva.** Está prevista en el inc. 4. Obedece a motivos estrictamente teleológicos. Comprende los supuestos de: **a)** comisión mediata: delitos cometidos para facilitar otro delito, como medio de su comisión ulterior; y **b)** comisión para impunidad: delitos cometidos para asegurar o procurar la impunidad.
- C. **Conexidad mixta o analógica.** Está prevista en el inc. 1. Comprende los diversos delitos cometidos por una persona. Se requiere que estos delitos tengan analogía o relación entre sí; esto es, delitos semejantes, unidad de bien jurídico violado, homogeneidad en el modo de actuar del agente y relación de temporalidad, atendidas las circunstancias del caso.
- D. **Conexidad por reciprocidad.** Está prevista en el inc. 5. Comprende las imputaciones recíprocas. Se basa en la reciprocidad delictiva. Como tal, aporta una gran economía jurisdiccional en los hechos en los que los imputados asumen entre sí y simultáneamente el doble carácter de víctimas y victimarios –lesiones recíprocas, injurias o difamaciones recíprocas–, a la vez que logra un efecto disuasivo para los casos en los que el personal investigador se excede en sus funciones (por ejemplo: violación de domicilio cometida por un policía comisionado para la investigación

de un robo o la incorporación de elementos falsamente en un acta de incautación) [VIVAS USHER].

### 3. Reglas de competencia por conexidad procesal

El NCPP establece las reglas de determinación de la competencia por conexión en el art. 32; su propósito es determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde intervenir en las causas conexas unificadas. La existencia de que exista una pluralidad de objetos en un solo proceso tiene varias posibilidades. (i) La primera es el supuesto de pluralidad inicial, en cuya virtud desde el primer momento entran en él varios hechos punibles. (ii) Otra posibilidad es mediante la extensión del ámbito objetivo de un mismo proceso, que precisa se dé en la etapa de investigación preparatoria, en que se comprende un nuevo hecho punible —ampliación de la disposición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, art. 336 NCPP—. (iii) La tercera posibilidad es la reunión o acumulación de procesos con objetos que presentan conexión entre sí; las hipótesis de acumulación pueden presentarse en las distintas etapas del proceso penal [DE LA OLIVA].

El enjuiciamiento conjunto, según las posibilidades arriba señaladas, no es el único efecto de la conexión. También puede producir una alteración de los criterios de la competencia, tanto objetiva como material, en el supuesto de que los varios hechos punibles a acumular fueran de la competencia de distintos órganos jurisdiccionales [GIMENO]. En rigor, el instituto desplaza la competencia, otorgando a un solo órgano el carácter de competente; esta es la finalidad práctica del presente artículo [BERTOLINO].

#### 3.1. Competencia objetiva

El NCPP comprende, expresamente, el supuesto de privilegio de fuero. Cuando se encuentren imputadas, o se ha de imputar a, varias personas con privilegio de fuero y otras que no lo tienen, la competencia para conocer de todos ellos se atribuye al órgano jurisdiccional a quien estuviera sometido el aforado. Esta es la regla del art. 451.2 NCPP, en especial la prevista en el art. 44.3 NCPP. El fuero de preferencia es el del aforado, prima la competencia *ratione personae*.

En los supuestos de concurso procesal de delitos —delitos de diversa consideración procesal— (art. 33 NCPP), cuando están sujetos a distintos trámites procesales, la regla es que prima el procedimiento seguido por el delito con pena más grave —Fuero principal de la gravedad de la pena—. El ejemplo típico es el juzgamiento por el Juzgado Penal: si existen delitos que deben juzgarse por un órgano



unipersonal y otros por un órgano colegiado, se juzgarán todos ellos por este último porque su institucionalización está sometido a la regla de gravedad del delito (art. 28.1 NCPP).

Distinto es el caso, sin embargo, aunque no está reglado expresamente, cuando se está ante delitos sujetos a un proceso inmediato y otros seguidos en un proceso común. En tales supuestos el procedimiento seguido será el común, por el principio de la regularidad del procedimiento –lo inmediato es excepcional y sujeto a reglas de muy precisa configuración, y da lugar a un proceso informado por la economía procesal con reducción de trámites: art. 446.1 NCPP, criterio que no puede extenderse a otros procedimientos–. El apdo. 2 del art. 33 NCPP, consagra la regla de imposibilidad de acumulación entre procesos con estructuras diferentes; y, como ejemplo, prohíbe expresamente la acumulación entre procesos por delitos privados con los procesos comunes y otros procesos especiales. Bajo esa misma concepción no pueden acumularse, ni habrá lugar a la alteración de la competencia objetiva, entre procesos comunes y otros procesos especiales, ni estos últimos entre sí, salvo que sean uniformes, esto es, solo entre procesos de colaboración, entre procesos de terminación anticipada, de seguridad, etcétera.

Este mismo criterio ha de seguirse cuando se instituyan órganos jurisdiccionales especializados al amparo del art. 24 NCPP. Si por razón de la especificidad de algunos delitos, se deba conocer este órgano jurisdiccional especializado, su competencia se extenderá al conocimiento de los delitos conexos.

### 3.2. Competencia territorial

Según los supuestos de conexidad procesal, cuando se trata de hechos conexos ocurridos en diversos momentos y ámbitos territoriales, se procederá a una alteración de las disposiciones sobre la competencia territorial. El art. 32 NCPP fija las reglas correspondientes.

El principio que rige la determinación de la competencia, en todos los supuestos, salvo en el caso de la conexidad subjetiva por codelinuencia (art. 31.2 NCPP), es aquel de carácter lógico según el cual lo mayor atrae a lo menor: la competencia corresponde al juez que conoce del delito con pena más grave –se entiende, la penalidad conminada en abstracto por el tipo legal, no la pena concreta, de imposible o muy difícil delimitación antes del fallo–. Cuando este principio general no puede ser aplicado, se introduce como regla subsidiaria, el de la fecha de la comunicación del fiscal al juez de la investigación preparatoria de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (art. 3 NCPP) –Fuero subsidiario temporal–, que expresa la regla de la primacía del primer procesamien-

to frente a los demás, de la antigüedad de la causa inicialmente formalizada, que una de las plasmaciones del denominado fuero de la prevención. Por prevención ha de entenderse la situación jurídica en que se halla un órgano jurisdiccional cuando ha tomado conocimiento de un asunto antes que los otros órganos, también competentes y que por ese hecho dejan de serlo [COUTURE].

En el supuesto del art. 31.2 NCPP: varias personas aparecen como autores o partícipes del mismo hecho punible, que por diversas razones dan lugar a distintos procesos, rige el principio fundamental de la gravedad del hecho punible –aplicable, claro está, cuando se incluyan circunstancias específicas del hecho, según las descripciones contenidas en las respectivas Disposiciones de Formalización de la Investigación Preparatoria, que den lugar a subtipos agravados–. En defecto de este principio fundamental, se introducen –como anota el inc. 2 del art. 32 NCPP– tres reglas subsidiarias: a) fecha de comisión del delito, b) turno en el momento de la comunicación de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, c) el que tuviera el proceso más avanzado. Estas reglas, que son secuenciales, una en defecto de otra, comenzando por la primera, rigen cuando se trata de procesos incoados en un mismo distrito judicial. Si se trata de procesos incoados en distintos distritos judiciales, el criterio parte de las reglas que definen la competencia territorial: los fueros previstos en el art. 21 NCPP (el fuero preferente es el del lugar de comisión del delito; tiene primacía el lugar donde se realizó la conducta de los autores, frente al lugar de ejecución de la conducta de los partícipes).

En algunos ordenamientos la conexión, incluso, puede alterar las normas relativas a la jurisdicción penal. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando exista relación de conexidad entre un delito de función militar policial y un delito común u ordinario. La legislación española, por ejemplo, autoriza que el conocimiento de ambos delitos pase a conocimiento de la jurisdicción que tiene atribuida el conocimiento del delito más grave. Nuestra legislación no lo considera así, y asume una concepción, por cierto, más restringida del ámbito de actuación de la jurisdicción militar policial: según el art. II del Título Preliminar de la Ley n.º 29182, la competencia de la jurisdicción militar policial comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial, y conforme al art. 9.1 del Código de Justicia Militar Policial las acciones u omisiones dolosas o culposas son delitos de función militar policial y son sancionadas por dicho Código.

## VIII. CUESTIONES DE COMPETENCIA

### 1. Concepto

Las cuestiones de competencia surgen cuando en el curso de la tramitación de un proceso o procesos se presentan problemas sobre la determinación de la competencia [ORÉ]. Estos problemas tienen lugar entre órganos jurisdiccionales penales (competencia genérica) del mismo tipo, fijada a su vez la competencia objetiva y funcional, en cuya virtud ambos pretenden conocer un mismo asunto o rehúsan el conocimiento por entender que no les corresponde: se discute la atribución de los criterios de competencia territorial. En el primer caso se está ante una cuestión de competencia positiva; mientras que en el segundo, ante una cuestión de competencia negativa. Su resolución corresponde al órgano jurisdiccional inmediato superior común a ambos contendientes.

El Título IV de la Sección III del Libro Primero del Código Procesal Penal comprende cinco instituciones específicas: 1. Declinatoria de competencia. 2. Transferencia de competencia. 3. Contienda de competencia. 4. Acumulación. 5. Inhibición y recusación. Las tres primeras cuestionan la competencia territorial. Las dos últimas presentan otros presupuestos, pero cuyo efecto tiende a modificar la competencia preestablecida, que es lo que finalmente se destaca para regularla dentro de este Título.

Una regla de trámite, entendida como principio general, aún cuando se encuentra ubicada en el Capítulo IV, dedicada a la acumulación, común a todos las instituciones que integran las cuestiones de competencia, es la prevista en el art. 52 NCPP. Mientras está en trámite una cuestión de competencia se permite resolver, a quien tiene la causa, sobre la libertad o privación de libertad del imputado, así como la actuación de las diligencias de carácter urgente e irrealizable ulteriormente o que no permitan ninguna prórroga. La exigencia de aseguramiento del proceso, de evitar privaciones de libertad indebidas o precaver que el imputado se dé a la fuga o perturbe la actividad probatoria, al igual que de impedir que se pierdan actos procesales que por razones de tiempo, de oportunidad o de necesidad no es posible su postergación, justifica esta regla general.

### 2. Declinatoria de competencia

Es la facultad que el ordenamiento reconoce al imputado, al actor civil y al tercero civil de instar al juez que se estima incompetente por razón de

la materia (competencia genérica), de jerarquía (supuestos de aforamiento) o de territorio (competencia territorial), que declare su propia incompetencia y remita la causa al juez legalmente competente. En primer lugar, se excluye al fiscal por razones obvias: él fue quien, *prima facie*, decidió la competencia del juez cuestionado al enviar la comunicación de emisión de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (art. 3 NCPP). En segundo lugar, presupone que el juez aceptó la competencia y, por tanto, no la descartó oportunamente una vez que se avocó al conocimiento del asunto.

La solicitud de declinatoria está sometida a un plazo de caducidad: dentro de los diez días de formalizada la investigación preparatoria (art. 35 NCPP). Por imperio del art. 350.1b NCPP, y por tener el carácter de medio de defensa, puede deducirse en sede de etapa intermedia, si es que no se planteó en ese plazo y/o se funde en hechos nuevos.

El trámite es el previsto en el art. 8 NCPP, que instituye el modelo básico de las decisiones del juez de la investigación preparatoria a través del mecanismo de audiencias. En consecuencia: **a)** la solicitud debe plantearse por escrito y debidamente fundamentada, adjuntando de ser el caso los medios de investigación que correspondan (documentos, declaraciones, actas); **b)** el juez ha de indagar la constitución de las partes procesales y notificarlas con la solicitud presentada, señalando a su vez, dentro del tercer día, la audiencia respectiva; **c)** la audiencia se realizará con quienes asistan, pero el fiscal está obligado a concurrir y exhibir el expediente fiscal; **d)** la audiencia es, propiamente, una de debate respecto de las alegaciones de las partes y otra de explicación sobre los medios de investigación acompañados –no es una audiencia probatoria–; y **e)** el juez dictará resolución inmediatamente –se entiende que, en este caso, será una resolución oral– o lo hará en el plazo de dos días –se deduce que, en este caso, será una resolución escrita–. En ambos casos la resolución ha de ser expresamente fundamentada (art. 34.2 NCPP).

Si la resolución queda consentida se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda. Es al juez llamado por ley, y en su caso al fiscal que ejerce ante este juez o tribunal, donde se tramitará la causa. La resolución, sin embargo, es apelable ante la Sala Penal Superior. De conformidad con el art. 418.1 NCPP, *a contrario sensu*, el efecto no es suspensivo, por consiguiente, el juez no remitirá la causa hasta que se absuelva el grado.

El art. 38 NCPP presenta un problema: precisa que los actos válidamente realizados antes de la declinatoria conserven su eficacia. La validez del acto procesal, por tanto, ha de estar condicionada a su corrección procesal. Es de aplicación,

respecto de la competencia del juez, a la disposición del art. 25 NCPP, que no sanciona con la nulidad la incompetencia territorial. Empero, como la declinatoria se extendió a la incompetencia genérica y objetiva, es obvio que en estos casos la nulidad es inevitable.

### 3. **Transferencia de competencia**

Es la facultad que el ordenamiento reconoce a las partes –fiscal, imputado, actor civil, tercero civil, persona jurídica– de instar al juez en el cambio de radicación de la causa, cuando se presentan precisas circunstancias, de carácter insalvable, que perjudican gravemente las condiciones de funcionamiento debido del proceso en un lugar determinado. Las circunstancias insalvables, no superables, están detalladas en el art. 39 NCPP: **1.** Impedimento o perturbación grave del normal desarrollo del proceso. **2.** Peligro real e inminente, imposible de controlar, contra la seguridad del procesado o de su salud. **3.** Afectación grave del orden público. Estos motivos, como precisó la Ejecutoria Suprema n.º 28-2008/Apurimac, de 04-11-05, están incardinados en la necesidad de adelantar un proceso justo y equitativo, y buscar evitar que la corrección del procedimiento se vea alterada en su esencia por circunstancias –siempre extraordinarias– propias del lugar del proceso o de su concreto desenvolvimiento.

Los tres motivos, que han de ser interpretados restrictivamente, están referidos a cuestiones de carácter público y de interés general. Su lógica excepcional exige examinarlos desde los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, y sobre la base de un buen conocimiento de los hechos: la transferencia ha de ser idónea o cualitativamente apta para alcanzar la finalidad de protección de los intereses que el proceso resguarda, necesaria o imprescindible para garantizar la justicia y equidad del proceso, y compatible con el nivel de gravedad del peligro, la entidad de los hechos objeto de imputación y la complejidad de la causa incoada (Ejecutoria Suprema n.º 28-2008/Apurimac). El órgano jurisdiccional ha de sopesar los hechos teniendo en consideración, además, que un cambio de radicación de la causa puede limitar la actividad probatoria y, por tanto, perturbar la eficacia del proceso y restringir irrazonablemente el derecho de defensa de las partes. En consecuencia, deberá concluir, a la luz del interés superior de la justicia, si es objetivamente razonable el sacrificio de determinados derechos de las partes y, por ende, a ser juzgado fuera del lugar de comisión del delito.

El primer motivo se refiere a la afectación de las garantías procesales de las partes. Este puede presentarse cuando el proceso puede generar manifestaciones colectivas o de los medios de comunicación social de tal entidad que pongan en

peligro la imparcialidad judicial; cuando el ambiente social, cultural, político o religioso, en general, de la localidad del juicio ponga en peligro el ejercicio del derecho de defensa; o cuando hay intereses de diversa índole que puedan afectar la seguridad de las partes y de los órganos de prueba, y el correcto discernimiento de la causa [SAAVEDRA ROJAS].

El segundo motivo se circunscribe a la situación personal del imputado. Este puede padecer de una enfermedad o tener una contextura o características personales que en atención al clima, altitud y/o falta de recursos médicos, hace temer por su salud si la causa se tramita en el lugar del juicio. También puede ser posible que el imputado sea víctima de venganzas o de atentados contra su vida, imposible de evitar en la sede del proceso [MARTÍNEZ RAVE].

El tercer motivo se limita a la afectación grave del orden público. Alude a la presencia de circunstancias objetivas que importan una profunda y efectiva alteración de la paz y seguridad en una concreta circunscripción territorial, que a final de cuentas impidan la prosecución normal de la causa. Es muy importante, al respecto, que la Sala cuente con el informe gubernamental correspondiente que dé razón fundada de los problemas o peligros de orden público que se denuncian.

La solicitud de transferencia debe fundamentarse debidamente, adjuntándose la prueba correspondiente (anexos demostrativos de la existencia de la causal que se aduce) –también debe acreditarse o razonarse con fundamento el lugar donde se solicita el cambio de radicación del proceso–. El juez de la investigación preparatoria o, en su caso, el juez penal –según el órgano ante quien se presente la solicitud, en atención al estado de la causa– correrá traslado de la solicitud a las demás partes procesales por el plazo de cinco días, y vencido el mismo lo elevará al órgano competente para decidir. La decisión debe emitirse en el plazo de tres días.

La solicitud, como ha quedado expuesto, no solo debe demostrar la transferencia que solicita, también debe precisar, y justificar, la sede judicial donde se pretende enviar la causa. Esta última petición, conforme al art. 41 NCPP, determina la competencia del órgano judicial: si la transferencia se solicita a un juzgado dentro del mismo distrito judicial, será resuelta por la Sala Penal Superior; si la transferencia se solicita a un distrito judicial distinto o se pide el cambio de radicación de la Sala Penal Superior –que entraña el conocimiento del juicio de apelación–, la decisión corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema.

#### 4. Contienda de competencia

El conflicto o contienda de competencia surge entre dos o más jueces de la jurisdicción penal ordinaria [LEONE]. El conflicto se presenta cuando dos o más jueces de igual jerarquía toman conocimiento simultáneo del mismo caso –conflicto positivo– o rehúsan tomar conocimiento de él –conflicto negativo–. Tal situación también tiene lugar en el caso de delitos conexos: dos o más jueces competentes para conocer de los diversos delitos cometidos en conexidad hayan iniciado simultáneamente diversos procesos penales [SAAVEDRA ROJAS]. Corresponde promoverla a los propios jueces, de oficio o a petición de las partes.

El art. 42 NCPP prevé el procedimiento incidental en caso de contienda de competencia cuando el juez afirme su competencia, y el artículo siguiente fija el procedimiento cuando el juez se inhibe de su conocimiento. Son, pues, dos supuestos de contienda de competencia.

En el caso del art. 42 NCPP el procedimiento es el siguiente: En primer lugar, el juez ha de tomar conocimiento cierto, de oficio o por instancia de las partes, que otro juez de la misma categoría conoce del mismo caso sin que le corresponda –es el presupuesto de su actuación–. En segundo lugar, emitirá un auto fundado que reafirme su competencia territorial y, en consecuencia, solicitará al otro juez la remisión del proceso, adjuntando al requerimiento copia de la resolución y los elementos de juicio pertinentes que permitan al juez requerido examinar con amplitud la petición que se le formula. En tercer lugar, el juez requerido tomará una decisión mediante auto fundado en el plazo de dos días hábiles, obviamente previo conocimiento de las partes. En cuarto lugar, si la decisión es aceptar el pedido del juez requirente remitirá el proceso a dicho juez, con conocimiento de las partes; si, por el contrario, no acepta el requerimiento del juez requirente, formará el cuaderno respectivo y lo elevará a la Sala Penal Superior en el término de tres días. Por último, la Sala Penal Superior decidirá dentro del quinto día de recibidos los autos.

En el caso de la contienda por inhibición, rige el art. 43 NCPP. Si el juez, mediante decisión fundada, se inhibe o acepta la inhibición instada por las partes, por considerar que es competente para conocer del proceso, remitirá copia de las piezas pertinentes al indicado órgano jurisdiccional si se trata de un proceso con reo libre y los actuados principales si se trata de un proceso con reo en cárcel. Es evidente que no existirá conflicto alguno si el juez rechaza la petición de las partes de inhibirse del conocimiento de la causa. Por otro lado, si el juez que recibe la causa también se inhibe –el principio de contradicción exige que el juez requiera la intervención de las partes para decidir lo convenient-

te-, es decir, promueve una contienda negativa, elevará las copias pertinentes de lo actuado o el principal en el plazo de un día hábil al Superior Tribunal para que resuelva –se entiende que el plazo para resolver, al igual que lo dispuesto en el caso anterior (art. 42.2 NCPP) también será de cinco días–.

El conflicto de competencia no es procedente cuando se trata de jueces entre los que existan condiciones de superioridad jerárquica porque en este tipo de casos siempre la decisión del superior prevalecerá sobre el criterio del inferior [SAAVEDRA ROJAS]. En consecuencia, conforme al art. 44 NCPP, si el juez toma conocimiento que su superior jerárquico conoce el mismo hecho punible o uno conexo, se limitará a consultarle mediante oficio si debe remitir lo actuado. Si, por el contrario, la iniciativa corresponde al juez jerárquicamente superior, ordenará al inferior la remisión de la causa.

El art. 45 NCPP regula el supuesto específico del juez penal que recibe la acusación fiscal –a él le corresponde inicialmente, formar el expediente judicial y dictar el auto de citación a juicio (arts. 136 y 355.1 NCPP)–. Si dicho juez conoce que otro de igual jerarquía tiene otro proceso para audiencia sobre el mismo caso, podrá solicitarle se inhiba del conocimiento del caso si afirma su competencia. Si el juez penal requerido considera que la causa no le corresponde, remitirá las actuaciones al juez requirente; si, por el contrario, afirma su competencia, elevará el cuaderno a la Sala Penal Superior.

La regla general en contiendas de competencia, que puede extenderse a todos los supuestos en que interviene la Sala Penal Superior, o la Sala Penal Suprema en su caso –cuando el conflicto se da entre Salas Penales Superiores o entre juzgados que no pertenecen a un mismo distrito judicial–, está consagrada en el art. 45.2 NCPP. El plazo de decisión es dentro del quinto día de recibidos los autos, para lo cual se requiere la realización de una audiencia, con intervención de los interesados, es decir, de las partes –la resolución del Tribunal no necesita de una audiencia previa si no la impone el Código, art. 123.2 NCPP–. La audiencia se realizará con quienes concurren a ella, que es la regla asumida por el art. 8 NCPP.

## 5. Acumulación procesal

La principal consecuencia de la conexidad es la acumulación –es su respuesta procesal y su fundamento– y con ella la prórroga o desplazamiento de la competencia (*forum conexitatis*). La competencia, por esta razón, se unifica; se produce la unidad de la competencia. El tratamiento procesal de esta institución se encuentra en los arts. 46-52 del NCPP. Ahora bien, es de distinguir dos supuestos de acumulación o reunión de delitos conexos [CALDERÓN/CHOCLÁN]:



- A.** **Conexión inicial.** Se aprecia desde el comienzo del proceso. Desde el inicio de las averiguaciones entre los diversos hechos punibles o personas vinculadas a uno o más hechos punibles, la Fiscalía advierte alguno de los nexos establecidos en el art. 31 NCPP. La investigación, entonces, es única.
- B.** **Conexión sucesiva.** Puede tener lugar de dos maneras. **1.** Por extenderse el proceso al conocimiento de hechos punibles que hasta entonces no venía conociéndose por la misma Fiscalía o Juzgado Penal, en cuyo caso se amplía la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria o el auto de enjuiciamiento. **2.** Por acumulación de procedimientos seguidos ante otro órgano penal, en cuyo caso se aplican las reglas de los arts. 46-52 NCPP; la regla básica es la prevista en el art. 46 NCPP: la acumulación tiene lugar observando las reglas de la competencia, de suerte que se modifica el contenido típico del proceso penal, y de ello resulta la reunión de varios procedimientos penales en un único proceso para una decisión única [MANZINI].

El NCPP solo ha previsto la acumulación de procedimientos, pero muy bien la conexidad, cuando es obligatoria aún más, puede producir la suspensión o aplazamiento de un proceso penal para aguardar la decisión sobre otros procedimientos penales actualmente en curso [MANZINI].

En materia de acumulaciones dos son las reglas generales:

- A.** Tratándose de delitos plurisubjetivos: varias personas aparecen como autores o partícipes de un mismo hecho punible, la acumulación es obligatoria (art. 47.1 NCPP). Resulta evidente que en este caso, si mediaren procedimientos en distinto estado, la consecuencia procesal inmediata de la acumulación, por su propio carácter obligatorio, es la suspensión del proceso más adelantado –lo que no quiere decir que la investigación preparatoria se paralice, sino que a su culminación no prosperará hacia la siguiente fase–.
- B.** En los demás supuestos de conexidad, la acumulación siempre es facultativa. Está sujeta a dos condiciones, positiva una y negativa otra: **(i)** las causas han de estar en el mismo estado e instancia; y **(ii)** no han de ocasionar grave retardo en la administración de justicia. Esta última condición se conecta con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y toma en cuenta los efectos lesivos, de diverso orden –centrados en la demora de la causa–, que pueda causar acumular procesos complejos tanto para el interés de la propia justicia como para el derecho de defensa de alguna de las partes.

Por otro lado, el art. 50 NCPP incorpora dos reglas de excepción a la acumulación procesal:

- A. La acumulación es, de plano, improcedente cuando se trata de delitos sujetos a procesos por acción pública y procesos por acción privada. En consecuencia, no se pueden acumular o reunir procedimientos si uno está sujeto a las reglas del proceso común y otro a las del procedimiento por ejercicio privado de la acción penal.
- B. A diferencia de otras legislaciones, también está prohibida la acumulación cuando un proceso se tramita en la jurisdicción ordinaria y otro en la jurisdicción militar.

La acumulación, respecto de la tramitación que la determina, puede ser decidida u ordenada de oficio o a pedido de parte. La decisión, en este caso un auto –requiere motivación para su pronunciamiento, art. 121, § 1, CPC–, se adopta –al no estar prescrita la necesidad de una audiencia, art. 123.2 NCPP– previo traslado por tres días a las partes y se resuelve con la contestación o sin ella (art. 90, § 2, CPC).

Cabe aclarar que la unificación procesal es el único efecto relevante de la acumulación. Las varias pretensiones punitivas que en origen habían dado lugar a otros tantos procedimientos penales separados permanecen como tales –el proceso es único solo externamente, pero internamente es plural, pues aunque sea única la serie de actos a realizar, las posibilidades, cargas y expectativas de las partes se desarrollan respecto a cada objeto procesal– [ORTELLS].

La acumulación puede tener lugar en la etapa de investigación preparatoria, en cuyo caso la decide el juez de la investigación preparatoria, o en la etapa de enjuiciamiento, y su decisión corresponde al juez penal (arts. 48 y 49 NCPP). No está prohibida, desde luego, la acumulación en la fase intermedia, en tanto tiende “a mejor preparar el juicio” (art. 350.1h NCPP), de modo que se sigue el trámite especialmente previsto para esta fase, de carácter oral. Las decisiones son apelables. El efecto de la apelación no es suspensivo (art. 418 NCPP, *a contrario sensu*, y 90 § 2 CPC).

La acumulación por conexión inicial o sucesiva no es definitiva. Diversas circunstancias pueden determinar la separación de procesos conexos o de imputaciones o delitos conexos. Esta nota de flexibilidad, que a su vez explica el carácter facultativo de la acumulación, está recogida en el art. 51 NCPP. La discreción del juez, sin embargo, está jurídicamente condicionada a que “existan elementos suficientes para conocer con independencia”; además, siempre debe buscar celeridad

en el procedimiento y la prontitud en la decisión de la causa. No existe continen-  
cia de la causa en este supuesto, que es la razón que justifica la conexidad, pues  
la decisión que ha de proferirse en relación con un proceso o imputación no ha  
de producir efectos de cosa juzgada en alguna de ellas [QUINTERO/PRIETO] —es el  
caso de la conexidad estrictamente subjetiva en que la relación entre los distintos  
procesos la establece la intervención de un mismo, y único, imputado, en cuya  
situación procesal total no va a influir la sentencia del proceso avanzado, aun  
cuando fuere absolutoria [CREUS]. El juicio sobre la suficiencia de los elementos  
de convicción es, desde luego, concreto, caso por caso; se analizarán las fuentes de  
prueba y los medios de prueba existentes y, preferentemente, la posibilidad de que  
puedan obtenerse y actuarse sin merma de su eficacia y unidad de sentido.

La separación de procesos o de imputaciones conexas, empero, no importa  
enervar las consecuencias de la conexidad, puesto que en todas las causas tendrá  
que intervenir el mismo juez o tribunal a quien le hubiese correspondido actuar  
en los procesos acumulados [CREUS].

## 6. Inhibición y recusación

### 6.1. Definición y alcance

La inhibición y recusación, desde la perspectiva procedimental, da lugar a  
una competencia por remisión como la denomina CARNELUTTI. Ello es así porque,  
en sustancia, implican derogación de las normas que regulan la competencia —no  
la composición o la investidura de la función jurisdiccional— [LEONE]. Se origina  
en motivos subjetivos del juez —el juez se halla incurso en ciertas circunstancias,  
referentes a su relación con las partes o con el objeto procesal, que hacen prever  
fundadamente un deterioro de su imparcialidad [ARMENTA]— y da lugar al despla-  
zamiento de la competencia de una causa legalmente radicada en un juez determi-  
nado hacia otro juez. Esta es la razón, según se ha insistido, por la cual se aborda  
en el Título IV sobre cuestiones de competencia.

La inhibición es el derecho-deber que tiene el juez —aunque también los se-  
cretarios y quienes cumplen función de auxilio jurisdiccional— de dejar de conocer  
o de intervenir en un procedimiento cuando concurra alguna circunstancia que  
afecte a su imparcialidad, entendida como la ausencia del designio o prevención  
del juez de poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una  
de las partes o del interés del propio juez [MONTERO] —situaciones que podrían  
afectar su serenidad (*iudex suspectus*)—. La recusación, en cambio, es una facultad  
de las partes para interesar el apartamiento del conocimiento o intervención en

un determinado proceso del juez de la causa –también de los secretarios y quienes cumplen función de auxilio jurisdiccional– en quienes concurra alguna circunstancia que afecte su imparcialidad [GARBERÍ]. Ambas instituciones constituyen el instrumento procesal establecido para afirmar y hacer prevalecer la imparcialidad judicial –que afecta a la jurisdicción como función, que no como potestad que es propia de la independencia– y, con ello, integra la garantía genérica del debido proceso (art. 139.3 Constitución), de un juicio justo (STEDH Delcourt, de 17-01-70). La inhibición y la recusación, por tanto, son técnicas de garantía de la imparcialidad judicial [PICÓ]; buscan preservar la legalidad de las decisiones judiciales y evitar que motivos extraños al derecho provenientes del proceso puedan llevar al juez a desviarse de la legalidad en la toma de sus decisiones [AGUILÓ].

La imparcialidad es la situación en que se encuentra el juez, fuera por completo, real y aparentialmente, de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo [RUIZ VADILLO]. No basta que el juez sea realmente imparcial, o que se sienta así incluso. Para la conservación de su auctoritas ante la ciudadanía, es imprescindible que también “parezca” imparcial [NIEVA]. Compromete la imparcialidad toda sospecha razonable y fundada de que el juez, por cualquier motivo, pueda llegar a ser parcial –*uidex suspect*– (STSE 28-11-97).

Cabe precisar que los destinatarios de la imparcialidad, al igual que la independencia, no son los jueces mismos sino los ciudadanos y los justiciables, por lo que ambos principios se configuran como deberes de los jueces. Conforman la peculiar forma de cumplimiento del derecho, que el mismo exige a los jueces –ellos han de aplicar el derecho (actuar conforme al deber) y hacerlo por las razones que el derecho le suministra (motivado por el deber)–, de suerte que los motivos por los que los jueces deciden –la explicación de la decisión– coinciden con la motivación –la justificación– de la decisión. La independencia y la imparcialidad, finalmente, protegen, de un lado, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados solo desde el derecho –legalidad de la decisión–; y, de otro lado, la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas –credibilidad de la decisión–. Así las cosas, las normas sobre inhibición y recusación, y otras como el régimen de incompatibilidades y las limitaciones al derecho de asociación de los jueces, son en definitiva intentos de salvaguardar la credibilidad de las razones jurídicas respecto a las decisiones jurisdiccionales. El deber de imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes desde dentro (o con motivo) del propio proceso jurisdiccional –el control de las influencias indebidas desde el sistema social, es el ámbito propio de la independencia– [AGUILÓ].

Si bien, como se ha expuesto, la imparcialidad es subjetiva, lo que hace la ley es objetivarla y así establece una serie de situaciones, que pueden constatarse objetivamente –se funda en parámetros objetivos–, en virtud de las cuales el juez se convierte en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad [MONTERO]. El art. 53.1 NCPP, por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, ha predeterminado las causas de inhibición y recusación, bajo un listado único.

El contenido del derecho al juez imparcial ha sido definido, desde la doctrina del TEDH, seguida por la CIDH (SCIDH Herrera Ulloa, de 27-07-04), siempre apegada –por lo menos a partir de la STED Hauschlidt, de 24-05-89– al caso concreto –examen de la intensidad o naturaleza de la intervención del juez, que implica desligarse de un criterio formal y optar por un criterio material o sustancial–, empieza con una idea-fuerza vital: las apariencias son importantes al momento de evaluar hasta qué punto un tribunal es o no imparcial (Sentencia Delcourt, de 17-01-70), en tanto que la imparcialidad es una garantía que se asienta en la necesaria confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática (Sentencia Piersack, de 26-10-84) –la Ejecutoria Suprema n.º 2458-2004/Puno, de 03-11-04, aceptó esta teoría, denominada teoría de la apariencia–, cuyas reglas no pueden interpretarse restrictivamente pues no encajarían con el objeto y la finalidad de la institución (Sentencia De Cubber, de 26-10-84); la interpretación ha de ser teleológica y flexible, de suerte que respetando la letra de la ley permite acoger todas aquellas circunstancias susceptibles de afectar la imparcialidad judicial [PICÓ].

Otra idea fuerza esencial es la distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva (en la primera etapa: Sentencias Piersack, de 01-10-82, y De Cubber, de 26-01-84). La imparcialidad subjetiva trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto –en cualquier instancia–, mientras la imparcialidad objetiva se refiere a si el juez ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. En una segunda etapa, el TEDH integró a la imparcialidad subjetiva una presunción: la imparcialidad se presume en tanto no se demuestre lo contrario (STEDH Morel de 06-06-00), y respecto de la imparcialidad objetiva precisó que exigía identificar hechos objetivos que autoricen a poner en duda la imparcialidad de los jueces o asegurar que existen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre esa imparcialidad (STEDH Zennari, de 06-11-03).

Esta distinción –imparcialidad subjetiva y objetiva– ha sido criticada por la doctrina, que considera que las causales de inhibición y recusación presentan un fundamento estrictamente subjetivo, afectan a la persona del juez, no al órgano judicial como tal, y contemplan una determinada relación de la persona del juez con las partes o con el objeto del proceso [LORENTE]. Estas tienen relación, de un lado, con la personalidad del propio juez y sus intereses directos o indirectos, y, de otro, por las funciones o cometidos que desempeña el juez en distintos órganos que le hacen conocer un asunto en diferentes etapas previas a la de juzgar o como juzgador en primera instancia y luego en apelación o casación [JIMÉNEZ ASENJO]. En consecuencia, la tacha de parcialidad será siempre subjetiva, pero su invocación, para que prospere, deberá probarse objetivamente ante el órgano jurisdiccional; solo datos objetivos son los que pueden servir para dilucidar la existencia de una causal de inhibición o recusación, de suerte que “las inquietudes subjetivas de sospecha [...] no constituyen un elemento determinante, pues es necesario establecer si ellas pueden considerarse como objetivamente justificadas” (Sentencia Nortier, de 24-08-93).

La jurisprudencia constitucional española y, por asimilación, la peruana, han dotado de un contenido distinto a la imparcialidad subjetiva y objetiva. La primera se refiere a las indebidas relaciones del juez con las partes –en las que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas–, mientras que las que evidencian la relación del juez con el objeto del proceso –propriadamente, con los actos de investigación o con los actos de prueba, que son un sistema de representación de los hechos del pasado– afectan la imparcialidad objetiva –el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él– (por ejemplo, STCE n.º 162/1999, de 27-09-99).

Finalmente, no es admisible a las partes, en el marco de la buena fe procesal, reservarse una presunta recusación para utilizarla como motivo posterior de anulación de una sentencia si resulta desfavorable, cuando las causas de abstención tienen por finalidad apartar de la función jurisdiccional a aquella persona en quien puedan concurrir sospechas de prejuicio o parcialidad (STSE 18-10-97).

## 6.2. Sistema de recusación del NCPP

El sistema de recusación recogido por el art. 53.1 NCPP es el mixto. Consiste en la previsión legal, por un lado, de un elenco de motivos o circunstancias concretas y específicas que justifican la separación del juez en quien concurre; y al mismo tiempo el establecimiento de una cláusula abierta, de

inspiración italiana, definida en términos abstractos, sin especificar la concreta circunstancia o motivo que justifica la separación del juez [GALÁN], que dice: “Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad” (literal e del art. 53.1 NCPP).

El régimen recusatorio nacional, a su vez, desde sus efectos, adopta, conforme al ACPP, un sistema de *iudex suspectus*, no de *iudex inhabilis*, denunciabiles bien de oficio (inhibición) o a instancia de parte (recusación). El art. 53.1 NCPP y las demás normas del Capítulo V no trazan una diferencia entre el sistema de *iudex suspectus* y el de *iudex inhabilis*. La norma antes referida precisa una serie de motivos que justifican la exclusión del cargo por ministerio de la ley (literales a al e), sin introducir diferenciación alguna entre ellos. Así, entonces, el régimen de separación judicial receptado —que no diferencia el trato procesal entre los literales a - d con el literal e, que es el modelo germano— determina que las causales señaladas en la norma impiden que el juez que se halle incurso en causa legal de exclusión pueda realizar válidamente acto alguno en el proceso —el carácter de *ius cogens* que informa el derecho al juez imparcial justifica su irrenunciabilidad (STEDH Castillo Algar, de 28-10-98)—, aunque desde luego la apreciación de las causales variará según su entidad, al punto que la causal última, del literal ‘e’, si no se alega y prueba por las partes en forma oportuna, no podrá ser instada como un motivo recursal específico de vulneración del juez imparcial.

La protección de la debida imparcialidad judicial se atribuye al propio juez así como también a los justiciables. La apreciación de la mayor o menor confianza que un juez concreto merezca a una parte es algo que solo a ella le corresponde determinar: así, si estima que un juez carece de la suficiente objetividad de juicio, puede denunciarlo mediante la recusación; y si no lo hace, es que, de manera implícita, confía en la imparcialidad del juez, por lo que, posteriormente, no podrá hacer valer la posible falta de dicha imparcialidad —salvo que aparezcan hechos nuevos o desconocidos que justificarían otra recusación— [Picó].

Como quiera que el NCPP optó por la tipicidad de las hipótesis de inhibición y recusación, que sin embargo incluye una causal abierta, la interpretación de las mismas ha de ser amplia y flexible con una clara primacía del método teleológico, en especial en esta última causal, de suerte que presidirá el entendimiento de esas normas la necesidad de afirmar la imparcialidad judicial como principio y garantía fundamental de la jurisdicción y descubrir todas aquellas circunstancias que potencialmente puedan menoscabarla. Estas causales, a final

de cuentas, se concentran psicológicamente en un control de las emociones del juez, de “afecto” y “odio”, por lo que en clave de apariencias se establecen motivos radicados en vínculos personales, laborales o litigiosos [NIEVA].

### 6.3. Causas o motivos de inhibición y recusación

El art. 53.1 NCPP –y, por remisión, el art. 54.1 NCPP– regulan las causas de inhibición y recusación. Las cuatro primeras son específicas, y la última, que refleja el “temor de parcialidad”, es genérica o abierta. Así se tiene:

**A. Interés, directo o indirecto, en el proceso.** Ha de ser del propio juez o de su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. El impedimento subsiste respecto del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriva; subsistirá incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos del matrimonio. El fundamento de esta causa es evidente, pues resulta indudable que los vínculos conyugales, equivalentes o de parentesco impiden al juez actuar con absoluta equidistancia entre las partes [GARBERI]. El interés directo surge cuando el juez y demás personas vinculadas están legitimados para ser, o haber sido, parte originaria en la causa en la que debe intervenir; el interés indirecto ha de fundarse en hechos extraprocesales –no puede deducirse de las actuaciones jurisdiccionales–, actual –contemporáneo al momento de plantearse la inhibición o recusación– y personal –no de carácter general, abstracto o colectivo– [PICÓ].

Este interés supone la posibilidad de que del proceso puede derivarse un beneficio –o, con más, amplitud, daño o provecho– al juez o a algún pariente –como consecuencia de su carácter de parte lesionada, de denunciante, querellante o actor civil–, el mismo que puede ser económico o moral y debe referirse al proceso actual y no a otro [LEONE]. Será directo cuando el juez o sus parientes son titulares de una relación dependiente de la relación deducida en el proceso, e indirecto cuando la decisión puede provocar efectos en la esfera patrimonial o espiritual del juez o de sus parientes.

**B. Amistad notoria, enemistad manifiesta o vínculo de compadrazgo.** Estas relaciones o vínculos, dimanantes de las relaciones personales y privadas del juez –fundada en relaciones extraprocesales–, han de ser con el imputado, la víctima o sus representantes, y deben ser especialmente intensas, no



superficiales. En los dos primeros supuestos, se entiende que se trata de relaciones entre dos o más personas; no puede haber amistad —que importa lazos de gran confianza y afecto surgidos de una relación estable y continua— como tampoco enemistad —sentimiento de aversión u odio, que supone una antipatía hacia otra persona— de carácter unilateral —así, los sentimientos hostiles del imputado y demás interesados no permite presumir si más que el juez les retribuya esos mismos sentimientos [MANZINI]—. La amistad o enemistad han de haber sido expuestas a través de actos directos y externos en forma pública, pero no solo por su publicidad, sino particularmente por la existencia de hechos o antecedentes que la causan —prima, pues, el criterio de la suficiencia: exteriorización del sentimiento, que debe ser de cierta entidad, por un lado, y constatación efectiva o acreditación del mismo—. Por todo ello, ambos supuestos deben ser susceptibles de verificación.

- C. Relaciones económicas, a título de acreedores o deudores, con las partes. Se trata de un específico interés económico, de carácter patrimonial —relaciones de crédito—. De estas circunstancias, sin duda, se puede inferir un interés del juez en su resultado, bien en la victoria de su deudor a fin de perder garantías en el pago de su deuda, o bien en la victoria de su acreedor, con la esperanza de que este pudiera hacer su deuda más favorable [GALÁN].
- D. Intervención en la causa como juez o fiscal, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima. MONTERO califica esta causal, propiamente, como incompatibilidad de funciones procesales, que está signada por su dependencia del proceso —las circunstancias ajenas al proceso son causas que hacen a la imparcialidad—, referidas a aquellas actividades realizadas por el juez (i) en el proceso en su condición de juez o (ii) en una condición distinta de la de juez: fiscal, testigo o perito.

La aplicación de esta causa no suscita problema alguno en los supuestos en los que efectivamente se han confundido en una misma persona las funciones de investigador y de sentenciador —unipersonal o colegiado—. Las dificultades se originan cuando se trata de determinar si la participación en una determinada diligencia constituye o no actividad instructora, y también en los supuestos en que se pretende extender esta causal a los Tribunales a los que la Ley les encomienda funciones diferentes de la investigación, pero relacionadas con ella, por ejemplo la resolución de recursos interpuestos frente a decisiones del juez, bien sobre la práctica

de diligencias, bien sobre el procedimiento o bien sobre la libertad de los imputados [GARBERI].

En su apreciación rige la denominada teoría de la valoración. Solo tienen entidad para comprometer la imparcialidad o la función procesal del juez o generar prevención en el juez que las adopta aquellas actuaciones en las que interviene cuyo presupuesto material consiste en la constatación de indicios racionales de criminalidad –se trata de los denominados actos de imputación–; no toda actuación procesal elevada a cabo en el proceso compromete *per se* la imparcialidad judicial, solo aquella que por su entidad puede provocar perjuicios en el ánimo del juez (STSE, de 28-11-97). Sin embargo, la propia jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, introduce varias matizaciones según se trata de una medida cautelar *ex novo* como en vía de impugnación –afirmado claramente por la STSE de 08-02-93, en la medida en que en alzada no se entra en contacto directo con el imputado ni con las pruebas, no son actos de instrucción (STSE de 03-11-95–, así como de un auto de procesamiento o de enjuiciamiento, bajo el criterio que debe apreciarse la extensión y naturaleza de las medidas adoptadas por el juez (STEDH Fey, de 24-02-93). Lo cuestionable será siempre la realización de aquellas actividades que impliquen averiguación, calificación o juicio sobre los hechos o constituyan una investigación directa de los mismos (STSE n.º 326/98, de 02-03-98: lo esencial estriba en que el relato del caso no ha sido construido ni preparado por el Tribunal, no habiendo tomado contacto con el material de hecho de la investigación –STSE n.º 1186/1998, de 16-10-98–.

Así, según la jurisprudencia del TEDH: (i) si el juez solo tomó declaraciones a testigos sin haber efectuado valoración alguna no cabe un apartamiento del proceso (STEDH Bulut, de 22-02-96); (ii) si se intervino en el auto de enjuiciamiento, como no es una declaración formal de culpabilidad, en tanto que la apreciación preliminar de los datos disponibles no se equipara a constatar la existencia de ‘sospechas particularmente reforzadas’ sino a determinar si existen ‘indicios suficientes’, tampoco cabe un apartamiento del juez en el proceso (STEDH Saraiva de Carvalho, de 22-04-94); y (iii) si se confirman medidas cautelares personales no se incurre en sospechas de parcialidad en tanto en cuanto se apreciaron en forma sumaria los datos disponibles para determinar si a primera vista las sospechas de la Policía tenían alguna consistencia y permitían creer sobre un riesgo de fuga (STEDH Sainte Marie, de 16-12-92).

Los que pretende evitar esta causal es la incidencia del llamado en psicología sesgo de confirmación, que se produce cuando una persona que ya ha tenido oportunidad de sentar criterio sobre una materia previamente, se la pone a posteriori en disposición de tomar una nueva decisión sobre el mismo asunto [NIEVA].

- E. Temor de parcialidad.** Tiene lugar cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad, en lo que solo basta una sospecha sujeta a una valoración razonable. Este motivo exige que como consecuencia de la actuación funcional en la causa de un magistrado se advierte razonablemente que esta expresa una afectación al deber de imparcialidad y una lesión consiguiente de los derechos e intereses legítimos de las partes procesales (Ejecutoria Suprema n.º 3726-2005/Lambayeque, de 07-11-05), cuya valoración ha de ser global de la conducta del magistrado (Ejecutoria Suprema n.º 2204-2005/Arequipa, de 12-07-05).

Aquí se incluyen la adopción de medidas por el juez claramente arbitrarias, que contradicen todo fundamento procesal; cuando en conversaciones o declaraciones públicas adelanta opinión sobre el resultado del proceso, o formula comentarios críticos o reproches ofensivos contra el imputado o las otras partes procesales [ROXIN y jurisprudencia del BGH que enumera]. Desde luego, como ha declarado la Suprema Corte de la Nación Argentina, las razones de delicadeza personal –de decoro– no son propias del proceso penal –sí del proceso civil– (Fallos, 320:519). Igualmente, como se estableció en el Acuerdo Plenario n.º 3-2007/CJ-116, de 16-11-07, la presentación de una demanda de habeas corpus o amparo o de una queja disciplinaria no justifica el apartamiento del juez.

#### **6.4. Procedimiento de la inhibición y recusación**

El procedimiento varía según se trate de la inhibición (art. 53.2 NCPP) o de la recusación (art. 54 NCPP). En ambos casos se origina un procedimiento incidental.

##### **6.4.1. Inhibición**

El propio juez insta su separación de la causa. A este efecto, lo hace por escrito con indicación expresa de la causal invocada –el juez está obligado a decla-

larla, aunque no sea conocida—. Debe expresar los motivos que respaldan su decisión de apartarse del conocimiento de la causa, el pedido adopta la forma escrita.

En orden a la competencia funcional, la petición se presenta ante la Sala Penal Superior en el caso de jueces de la investigación preparatoria y jueces penales. Si se trata de un juez que integra la Sala de Apelación o la de Casación, aplicando la regla de la recusación, se planteará ante el mismo órgano colegiado, que se integrará por el llamado por ley (concordancia del art. 57.1 NCPP con los arts. 145-147 LOPJ). Cuando se trata de la inhabilitación de todos los integrantes del órgano colegiado conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por ley (art. 57.2 NCPP). De ese pedido, antes de la elevación al Tribunal competente, se debe poner la causa en conocimiento de las partes.

El juez que insta su separación debe formar el cuaderno respectivo insertando las copias certificadas pertinentes. El tribunal que decide lo hará inmediatamente, previo traslado a las partes por el plazo común de tres días. No se requiere audiencia ni informe oral de los defensores. Empero, en este último caso, o cuando las partes pidan informar sobre hechos, discrecionalmente, por la importancia del grado, mediante decisión inapelable, podrá concederse o denegarse el pedido de palabra (art. 132 *in fine* LOPJ). La decisión del tribunal sobre la recusación es inimpugnable.

El art. 55.2 NCPP prescribe que si las partes no están conformes con la inhabilitación, podrán interponer apelación ante el magistrado de quien se trata, a fin de que el superior inmediato decida el incidente dentro del tercer día. Esta regla, empero, no ha tomado en cuenta que la comunicación escrita del juez no solo no tiene la forma de auto, sino que la decisión corresponde al Tribunal Superior; el conocimiento de las partes de la inhabilitación no da lugar a impugnación alguna, sino a la formulación de las instancias pertinentes —por su aceptación o rechazo— ante el referido tribunal. Lo mismo sucede en el caso de la recusación.

En consecuencia, tal apartado deviene inaplicable por la propia característica del procedimiento definido en la misma ley procesal. Se trata de un supuesto legítimo de interpretación correctora, que justifica que el aplicador se aparte de la norma en cuestión por su disconformidad formal o material en supuestos muy justificados [ARAGONESES]. En el presente caso se trata de un supuesto de corrección formal, en función a la presencia de una norma en el propio Código que traza, en concordancia con las demás, el procedimiento aplicable.

#### 6.4.2. Recusación

La separación puede ser instada por las partes —todas ellas— cuando el juez no se inhibe. Los requisitos del instamiento o declaración de recusación consisten

en que, bajo sanción de inadmisibilidad –sanción procesal que impide el ingreso al proceso de un acto que cumplimenta los requisitos del tipo procesal correspondiente [CREUS]–, debe (i) plantearse por escrito; (ii) precisarse motivadamente las causales que se invocan –indicación expresa de los fundamentos de hecho y de derecho, sin que sea suficiente la referencia genérica y abstracta de una de las causas que se halla tasadas en la ley–, si son varias han de plantearse al mismo tiempo (art. 54.4 NCPP), y estas solo pueden ser las previstas en el art. 53.1 NCPP –correspondencia entre la previsión legal y los hechos invocados por el recusante–; y (iii) adjuntarse –si los tuviere– los elementos de convicción pertinentes –traduce la exigencia de principio de prueba y persigue mayor rigor y seriedad en la interposición de la recusación–.

La ley fija un plazo legal para interponer la recusación, a cuyo vencimiento el pedido en referencia será declarado inadmisibile. Se trata, en puridad, de una sanción de caducidad –extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la Ley [COUTURE]–. El art. 54.2 NCPP precisa que el plazo es de tres días de conocida la causal que se invoca. En términos negativos el párrafo final del citado art. 54.2 NCPP –es una norma de delimitación general– estipula que no se aceptará luego del tercer día hábil anterior al fijado para la audiencia, sea cual fuere la fecha de conocimiento de la causal. Solo el juez en este caso puede inhibirse, de oficio o ante la noticia de las partes –se entiende que si se inhibe, procede recurso de apelación en aplicación del art. 55.1 NCPP–. Si se trata de los jueces de apelación o casación, la solicitud recursal será presentada dentro del tercer día hábil del ingreso de la causa a la instancia, para lo cual las partes deben tomar previo conocimiento de la elevación de las actuaciones. La competencia funcional en este último caso está prevista en el art. 57 NCPP.

El procedimiento incidental consta de tres fases:

- A. LEONE denomina la primera fase del procedimiento de recusación como juicio superficial, que se dedica al examen de la admisibilidad de la demanda: observación de las formas insubsanables y de los plazos prescritos en la Ley –oportunidad procesal–. El juez recusado examina la admisibilidad del pedido y dicta la decisión de inadmisibilidad si fuera el caso –supuesto de inadmisión *a limine litis*–, que se producirá siempre y cuando de forma evidente o manifiesta falte algún requisito de los ya puntualizados –su interpretación ha de ser restrictiva y su utilización excepcional–. El auto que emite, con las copias respectivas del incidente, se elevan al Tribunal Superior para su decisión final.

- B.** La fase de trámite se inicia solo si la recusación es considerada admisible por el juez recusado. Este, de ser así, tiene dos alternativas: (i) aceptar la recusación o (ii) rechazarla de plano. En ambos casos expedirá una resolución fundada, pues se trata de un auto —es el caso del juez unipersonal, pues si se trata de un juez que integra un órgano colegiado, emitirá un informe y el tribunal decidirá—. Si la acepta, las partes que no están conformes podrán interponer recurso de apelación, para que el Tribunal Superior inmediato decida dentro del tercer día, cuya decisión es inimpugnable (art. 55.2 NCPP). Si la rechaza, formará incidente y elevará las copias pertinentes en el plazo de un día hábil a la Sala Penal competente. La Ley no prevé que el trámite ante esta Sala incluya un momento instructorio, de actuación de pruebas sobre los motivos de la recusación, solo reconoce la prueba documental y documentada, aunque de cara al derecho a la tutela jurisdiccional es posible, aunque restrictivamente, como es unánime en el derecho comparado, la actuación de prueba testimonial o de otra índole, siempre que sea pertinente y estrictamente necesaria.
- C.** La fase decisoria importa el correspondiente pronunciamiento por el Tribunal Superior. El auto se expedirá dentro del tercer día, y tiene el carácter de inimpugnable. Puede ser de inadmisibilidad, de desestimación por infundada o de estimación. Si se acepta la recusación se separa al juez de la causa y se le reemplaza por el llamado por la ley, con conocimiento de las partes (art. 51.1 NCPP).

### 6.5. Efectos de la recusación de la inhibición y recusación

El trámite de la inhibición y la recusación, por imperio del art. 20 NCPP, no suspende el procedimiento, salvo el caso del juicio oral, en que se suspende la audiencia hasta la decisión del conflicto (art. 20 NCPP); con ello se pretende evitar un uso torticero de esta institución que afectaría el normal desarrollo del proceso principal. El principio general es que una vez decidida la separación del juez que se inhibe o que es recusado ya no podrá realizar acto alguno en el proceso; los que lleve a cabo serán nulos [CREUS].

Por otro lado, el art. 59 NCPP prevé un segundo efecto, que en todo caso limita la regla general de no suspensión de la causa (art. 20 NCPP): solo podrá realizar todas aquellas diligencias previstas en el art. 52 NCPP: de carácter urgente e irrealizable ulteriormente o que no permitan ninguna prórroga. Esta última norma expresamente le autoriza a dictar dos tipos de resoluciones, vinculadas a la privación de libertad del imputado o, en su caso, a su excarcelación.

### 6.6. Extensión de la inhibición y recusación

El art. 56 NCPP prevé la extensión de las reglas de inhibición y recusación a los secretarios y a quienes cumplen una función de auxilio judicial en el procedimiento (se incluye al relator –art. 261 LOPJ–, a los oficiales auxiliares de justicia –que asisten en sus funciones a los relatores y secretarios, art. 271 LOPJ–, y a los martilleros, entre otros –art. 281 LOPJ–; los peritos están sujetos a tacha –art. 175.2 NCPP– y la Policía Judicial, por su propia función, no es recusable). La decisión corresponde al órgano judicial ante el cual actúan. Serán reemplazados mientras se tramita el incidente. La decisión no es impugnabile (concordancia del art. 55.2 última frase NCPP).

Los fiscales no son recusables, pero están obligados a apartarse de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición previstas en el art. 53 NCPP. Si no lo hace, el fiscal superior jerárquico, previa las indagaciones que correspondan, puede excluirlo de la causa y reemplazarlo (arts. 61.4 y 62.1 *in fine* NCPP y 19 LOMP). Lo reemplazará el fiscal adjunto (art. 23 LOMP).





*PARTE TERCERA*

**LAS PARTES PROCESALES**



## LECCIÓN SEXTA

### LAS PARTES PROCESALES: TEORÍA GENERAL

#### I. CONCEPTO

##### 1. Alcances

La existencia de partes es de la esencia de todo proceso jurisdiccional —es consustancial a él—. El principio de contradicción y la idea de bilateralidad, como su presupuesto, hacen imposible concebir un proceso sin la noción de partes, a las que se le reconocen derechos autónomos en el procedimiento. La doctrina procesalista mayoritaria tiene muy en claro que el proceso penal no puede concebirse sin la noción de partes —solo cuando el proceso se configura como un *actus trium personarum*: proceso de partes iguales ante un tercero imparcial, se está ante un verdadero proceso [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]—. Este consenso es más sólido en los procesos penales acusatorios, como el nuestro.

Ahora bien, si se asume la clásica división, procedente del derecho procesal civil, entre parte en sentido material y parte en sentido formal, la noción de parte material es insatisfactoria porque en el proceso penal no existe una relación jurídica material integrada por los sujetos —activos y pasivos— que han participado en la infracción penal, de modo tal que estos (imputados y ofendidos) inevitablemente se convertirían en partes en el proceso. No puede decirse, asumiendo este punto de partida de carácter material, qué partes serían aquellos sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquellos frente a los cuales se solicita dicha tutela, por la peculiar naturaleza del *ius puniendi*, pues tal concepción estaría relacionada con una noción de tutela enraizada en el vínculo material como consecuencia del hecho punible, fundamento de la pretensión punitiva.

La concepción material de parte, con absoluta seguridad, no es de recibo tratándose del ofendido, a quien el derecho procesal penal no le reconoce derechos sobre el objeto penal del proceso, a la vez que impone la presencia del Ministerio Público —que interviene por imperio constitucional y legal, incluso otorgándosele una preeminencia en la etapa de investigación preparatoria que relativiza la ga-

rantía de igualdad de armas, por lo menos en esta etapa procesal—, al que incluso no le permite una disposición absoluta sobre el objeto procesal, pues no tiene derechos subjetivos sobre la sanción penal. Desde tal perspectiva solo tendría la consideración de parte material el imputado, como parte pasiva del proceso, con plenos derechos subjetivos a la libertad [MONTERO] que puede verse afectado por una medida de coerción o la sentencia condenatoria. Tal limitación —inevitable del concepto material de parte al configurar únicamente como tal al imputado—, empero, no permitiría fundar la lógica del proceso penal, basado en los principios acusatorio y de contradicción [MUERZA].

Todo intento de hacer gravitar el concepto de parte sobre la idea de pertenencia del derecho material ejercitado llevará inexorablemente a negar la existencia de tal concepto en este proceso [ASENCIO].

## 2. Concepto

Así las cosas, solo puede regir en el proceso penal la noción procesal de parte, desligado de la idea de titularidad del derecho. Parte es, entonces, quien actúa en el proceso penal, y ejercita la acción penal y deduce la pretensión procesal, y quien se opone a ella [GIMENO]. Las partes solicitan al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional determinada y aportan alegaciones, pruebas y el material fáctico, asimismo participa de la contradicción, todo con independencia de la relación que el sujeto tenga con el fondo del proceso [ARMENTA]. Es claro, entonces, que la condición de parte está signada por la posición que se ocupa en el proceso penal, y no por los intereses que en él se deduzcan. Esta noción, que no parece aceptar el NCPP, incluso tiene lugar durante la investigación preparatoria formalizada, pues más allá de sus inevitables rasgos inquisitivos no desconoce la efectividad de los principios de contradicción e intermediación y la necesidad del ejercicio de sus facultades y derechos para poder demostrar con éxito las razones y fundamento de sus pretensiones [RENEDO ARENAL].

La noción de parte material, por el contrario, se aplica cuando se dilucida el objeto civil: restitución del bien, reparación e indemnización (art. 93 CP) como consecuencia de los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo [MORENO], que el NCPP acumula obligatoriamente al penal, salvo renuncia expresa de la víctima o su interposición en un proceso civil autónomo (arts. 11 y 12 NCPP), y que el CP exige su determinación conjuntamente con la pena (art. 92 CP).

A partir de lo expuesto es evidente, desde la estructura dual del proceso, que toda parte ha de ser parcial —rasgo del que deriva su nombre—: sostiene un in-

terés incompatible con el de su contrario. Si bien el Ministerio Público indaga los hechos que determinan y acreditan la responsabilidad o inocencia del imputado (art. IV.2 TP NCPP) o las circunstancias que permiten comprobar la imputación y las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado (art. 61.2 NCPP), ello no lo convierte en parte imparcial sino más bien en parte parcial ambivalente —la toma en consideración de circunstancias favorables para el imputado solo es relevante para la concreción de su propia pretensión procesal—, en la medida en que puede sostener una condena como una absolución en el ejercicio de la acción penal: si así sucediere, siempre que hubiera proceso, el fiscal tendría la posición de parte acusadora porque si decidiera no sostener la acusación, habría que poner necesariamente fin al proceso y lo que perdería es su condición de parte [BANACLOCHE].

## II. REGULACIÓN

### 1. Descripción normativa

La Sección IV “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, que integra el Libro Primero “Disposiciones Generales” del NCPP, regula la institución de las partes procesales. Consta de un total de cincuenta y cuatro arts.: 60-113. La referida Sección se divide en cinco títulos:

- A. El Título I, dedicado al Ministerio Público y a la Policía Nacional (once artículos: 60-70). Se subdivide en dos capítulos, que abordan cada institución. El Capítulo I “El Ministerio Público” consta de siete artículos: 60-66. El Capítulo II “La Policía” consta de cuatro artículos: 67-70.
- B. El Título II, dedicado al imputado y al abogado defensor. Se subdivide en tres capítulos. El Capítulo I “El imputado” consta de nueve artículos: 71-79. El Capítulo II “El abogado defensor” consta de seis artículos: 80-85. El Capítulo III “La declaración del imputado” consta de cuatro artículos: 86-89.
- C. El Título III, dedicado a las personas jurídicas. Consta de cuatro artículos: 90-93.
- D. El Título IV, dedicado a la víctima (diecisiete artículos: 94-110). Se subdivide en tres capítulos. El Capítulo I “El agraviado” consta de cuatro artículos: 94-97. El Capítulo II “El actor civil” consta de nueve artículos: 98-106. El Capítulo III “El querellante particular” consta de cuatro artículos: 107-110.
- E. El Título V, dedicado al tercero civil (tres artículos: 111-113).

## 2. Denominación utilizada

Desde luego, no es decisivo que la Ley procesal utilice el vocablo parte para entender como tales a quienes actúan en él en función a la pretensión que deducen [MONTERO]. El NCPP en el Libro Primero prefirió utilizar la expresión sujetos procesales para referirse al Ministerio Público, al imputado, al actor civil, al querellante particular, etc.; pese a que este concepto también incluiría al juez, que tiene un rol decisivo en el proceso penal –regulado en la Sección Tercera–. Sin la presencia de todos ellos –partes y juez– sería imposible desarrollar el proceso.

Así las cosas, son sujetos procesales las personas públicas y privadas que intervienen necesaria o eventualmente en su carácter de titulares del ejercicio de los poderes de jurisdicción, acción y defensa, puestos en acto ante la presencia de concreto objeto procesal penal [CLARIÁ]. Juez –que conoce y juzga–, acusador y acusado –que tienen la facultad de pedir, ya imposición de pena, ya absolución, formular los cargos y los descargos, ofrecer y producir prueba de sus afirmaciones, todo en persecución de sus respectivas expectativas, hacia la sentencia final– cumplen un papel primordial y esencial en el proceso penal. Sin ellos no hay proceso penal [MORAS].

La función predominante del juez es de equilibrio; la del fiscal es de carga y, eventualmente, para el querellante particular y el actor civil; la del imputado y su defensor, así como para el responsable civil y la persona jurídica, es de descargo [SCHLÜCHTER].

Como quiera que la pretensión, como tal, no se plantearía y consolidaría luego de la etapa intermedia, pareciera que el NCPP utiliza la expresión “sujetos procesales” al regular la etapa de investigación preparatoria (art. 338.1 NCPP), aún cuando también hace referencia al término intervinientes, que es un vocablo más amplio (art. 337.4 NCPP) y a la voz participantes (art. 357.1a NCPP), utilizada por la Ordenanza Procesal Penal Alemana, que comprende, además del juez y de las partes, a los órganos de prueba: testigos, peritos y terceros –productores de informes, aportadores de documentos, entre otros–, que cumplen un papel en el desarrollo del proceso [SCHMIDT]. Una sola vez utiliza el vocablo partes, cuando regula la denominada acción de tutela (art. 71.4 NCPP). En la etapa intermedia reitera la denominación de sujetos procesales (arts. 345.1, 350.1, 351.1, 354.1 y 355.5 NCPP), aunque en una oportunidad utiliza la locución partes al fijar el contenido del auto de enjuiciamiento (art. 353.2.d NCPP). En la etapa de enjuiciamiento cambia de perspectiva y utiliza uniformemente la denominación partes (arts. 359.1, 361.1, 363.1, 364.1, 373.1, 375.2, 377.1, 378, 381.2 y 3, 385 NCPP). En la etapa de impugnación utiliza el vocablo sujetos procesales en

los preceptos generales (Sección I del Libro Cuarto) y la expresión partes para el recurso de apelación de sentencias y recursos de casación y queja (Sección IV, Título III, y Secciones V y VI).

La expresión sujetos procesales también se utiliza en el trámite de las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (art. 203.2 NCPP), en los actos de prueba anticipada (arts. 243.3, 244.1 y 245.2 NCPP) y en las medidas de coerción (art. 258 NCPP), así como en las audiencias preliminares en sede de investigación preparatoria (art. 8.2 NCPP). También se emplea el vocablo sujetos procesales en el proceso inmediato (art. 448.1 NCPP), no así en los procesos de seguridad y por delito de ejercicio privado de la acción penal (art. 458.1 y 462.3 NCPP) en los que opta por la expresión partes, aunque en el proceso de terminación anticipada se utilice indistintamente ambos vocablos (art. 468. 3 y 4 NCPP).

### III. CLASIFICACIÓN

#### 1. Criterios de clasificación

La doctrina procesalista clasifica a las partes atendiendo tres criterios: (i) según la posición que ocupan en el proceso; (ii) según la necesidad de su intervención; y (iii) según el carácter de su intervención.

#### 2. Partes y posición procesal

Desde los principios de dualidad, contradicción e igualdad en el proceso penal se necesita contar, como mínimo, con dos partes, una parte acusadora y una parte acusada, que ocupan funciones distintas e implicantes –es lo que se denomina estructura dual del proceso–, a quienes debe reconocérseles potestades de conocimiento y de actuación en pie de igualdad, sin privilegios irrazonables.

En tanto se reconoce como imprescindible dos posiciones procesales –es una exigencia básica para que el proceso exista como tal–, cada una de las cuales incluso puede estar integrada por más de un sujeto, se tienen partes activas y partes pasivas. Las primeras –partes activas o acusadoras– son aquellas que piden al juez la incoación del proceso y, en su momento, requieren la imposición de la sanción penal y de la reparación civil. Las segundas –partes pasivas o acusadas– son aquellas contra las que se dirige la acción y la pretensión procesal –soportan la actuación procesal–, en cuya virtud se les pide una condena a una sanción penal

y a una reparación civil –se oponen, por consiguiente, a la condena solicitada contra ellas–.

### 2.1. Las partes penales

Como partes penales –en función a la acción y a la pretensión penal–, el NCPP en los delitos públicos solo admite la condición de parte acusadora al Ministerio Público (arts. V del TP y 60 NCPP) –tiene el monopolio de la persecución del delito: lo investiga y acusa ante el órgano jurisdiccional–, mientras que en los delitos privados solo acepta como parte acusadora al ofendido constituido en querellante particular (arts. 1.2 y 107 NCPP). En este último supuesto pueden ser varios los querellantes particulares como consecuencia de que el hecho delictivo puede afectar bienes jurídicos de varios sujetos, de suerte que se constituirá un litis consorcio cuasinesesario, en la medida en que la ley no les obliga a una actuación conjunta. Desde la perspectiva de los acusados, el concurso en la comisión de un delito o la presencia de delitos conexos no configura litis consorcio pasivo alguno, sino una acumulación puesto que la sentencia deberá contener tantos pronunciamientos como acusados existan [MONTERO]: a cada sujeto se le imputa un delito distinto aunque lo hayan cometido simultáneamente. El litis consorcio no puede ser necesario, en el sentido de que no pueda desarrollarse la investigación o celebrarse el juicio si no está presente alguno de los coimputados: el hecho de que falte uno de ellos no puede impedir que el proceso continúe para los restantes [BANACLOCHE].

Desde la perspectiva de las partes acusadas se reconoce, siempre, al imputado. Pueden existir uno o varios imputados, cuya denominación puede variar en el curso del proceso: implicado, procesado o inculcado, acusado y condenado. El imputado es el titular de la garantía de defensa procesal y sus derechos–presupuesto y derechos instrumentales (arts. I.2, II y IX del TP, y art. 71 NCPP), y contra él se ejerce la acción y la pretensión penal. Sin él no puede existir o continuar el proceso penal.

El NCPP también reconoce como parte pasiva a las personas jurídicas (art. 90 NCPP), cuya presencia procesal solo será posible cuando “el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo” (art. 105 CP), las cuales pueden ser pasibles, si se cumplen esos presupuestos, de diversas medidas penales que pueden llegar hasta su disolución. Como tales



son, asimismo, titulares del derecho de defensa y, en lo pertinente, tienen los mismos derechos y garantías que se reconoce al imputado (art. 93.1 NCPP).

## 2. 2. Las partes civiles

Como partes civiles se identifican a todos aquellos sujetos que pueden sufrir los efectos materiales del fallo civil de la Sentencia penal [GIMENO]. La acumulación de la acción civil a la penal es, en principio, obligatoria, salvo que la víctima renuncie a la reparación civil o se decida a incoar en sede civil, independiente, la pretensión indemnizatoria (arts. 13 y 12.1 NCPP).

La parte activa o acusadora es, en principio, el perjudicado por las consecuencias del delito, quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito (arts. 1.1 y 98 NCPP). Solo él se puede constituir en actor civil, en tanto cumpla los presupuestos procesales civiles de la capacidad para ser parte, de actuación procesal y de legitimación activa (arts. 98 y 100 NCPP). Cabe puntualizar que la víctima no es parte, mientras no se persone en la causa aprovechando las opciones que le ofrece el NCPP [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. Una excepción se encuentra en el art. 94.4 NCPP que contempla la institución del actor social, que son las asociaciones en delitos colectivos o que afectan intereses colectivos o en los crímenes internacionales, que pueden ejercer los derechos y las facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que su objeto social se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito. La intervención de la víctima, desde el objeto penal, en tanto ostenta un interés legítimo en instar la condena del culpable, pues es la base de la estimación de su pretensión, ostenta la posición de coadyuvante [GIMENO]. El Ministerio Público, por su parte, tiene una función de sustituto procesal respecto del objeto civil, pues está obligado a instar la reparación civil, a menos que el perjudicado se constituya en actor civil o renuncie a ella (art. 11.1 NCPP).

La parte pasiva o acusada es el responsable civil. Este puede ser el imputado, como participante en la comisión del hecho punible, y el tercero civilmente obligado, a quien por imperativo de la ley y de la autonomía de la voluntad de las partes la responsabilidad civil se traspase, que será el caso de la responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo*, del asegurador y de la persona jurídica, a quien se le priva de los beneficios obtenidos como consecuencia del delito cometido en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes (arts. 95 y 104 CP, y 111.1 y 113.3 NCPP).

### 3. Partes y necesidad de su intervención

En el proceso penal existen partes necesarias o imperativas y partes facultativas o contingentes. Las partes necesarias o imperativas son aquellas sin las cuales no puede configurarse un proceso penal, deben existir de forma obligada para que el proceso penal esté bien constituido. Las partes necesarias o imperativas son el Ministerio Público en los delitos públicos y el querellante particular en los delitos privados –activas–, y el imputado –como parte penal y civil– conjuntamente con su abogado defensor –pasivas–.

Las partes facultativas o contingentes son aquellas que pueden intervenir en el proceso, pero cuya intervención no es indispensable para que este se desarrolle normalmente [TOMÉ]. Serán, como partes civiles activas, el actor civil y el actor social; y como partes civiles pasivas, el tercero civil –se incluye al asegurador y a la persona jurídica–. Como parte penal pasiva puede estar la persona jurídica (art. 105 CP).

### 4. Partes y carácter de su intervención

Las partes, atendiendo al carácter con el que actúan, pueden ser oficiales o públicas y particulares o privadas. Serán unas u otras en función a la naturaleza de la intervención que les respecta: en interés del Estado o de un interés particular [LORCA].

Así las cosas, solo será parte pública el Ministerio Público (art. 159. 1 y 3 de la Constitución) pues defiende intereses públicos, del colectivo social, legalmente relevantes. El procurador público del Estado (art. 47 de la Constitución), empero, defiende intereses privados, de contenido patrimonial, del Estado, por lo que solo puede intervenir como actor civil o como defensor del Estado como tercero civil.

Serán partes privadas todas aquellas que comparecen en el proceso para defender intereses privados. En esta categoría están comprendidas todas las demás partes, siendo de significar que en el caso del imputado y su defensor, como está de por medio el derecho a la libertad y de defensa, que son derechos fundamentales, el interés en juego rebasa su interés privado y se proyecta a la colectividad.

El D. Leg. n.º 1068, de 28-07-08, y su Reglamento (D. S. n.º 017-2008-JUS, de 05-12-08), instituye la normatividad estatutaria de los procuradores públicos del Estado, encargados de la defensa jurídica del Estado con el fin de cautelear los intereses del mismo (art. 22; del citado decreto legislativo). El procurador público representa al Estado; impulsa las acciones destinadas a la consecución de

la reparación civil y su ejecución; participa en los procesos de colaboración eficaz; ofrece medios de prueba y de investigación; y, presta declaración preventiva (art. 37, del citado Reglamento).

El procurador público, a su vez, está autorizado a delegar sus facultades a los abogados de la institución a través de escrito simple y, excepcionalmente, se puede delegar a los abogados de otra entidad del Poder Ejecutivo (art. 37, inc. 5, del acotado Reglamento).

Los procuradores públicos especializados: **1)** en los delitos de tráfico ilícito de drogas, **2)** en delitos contra el orden público, **3)** en delitos de terrorismo, **4)** en delitos de lavados de activos y procesos de pérdida de dominio y **5)** en delitos de conclusión (arts. 40-49; del antes mencionado Reglamento) tienen, además, las siguientes atribuciones: **i)** participar en las investigaciones preliminares y Preparatorios realizados por el Ministerio Público y la Policía Nacional, en cuya virtud están autorizadas a ofrecer medios de prueba y de investigación, así como participar en su ejecución; **ii)** interponer “queja” contra la Disposición Fiscal que deniega formalizar la investigación –inculpación formal– (es del caso tener presente, conforme al art. 334, apdo. 5, del NCPP), que la “queja” es, en pureza, una instancia formal de elevación de la causa del fiscal superior en grado), **iii)** interponer los remedios y recursos impugnatorios que la Ley Procesal establece (nulidad de actuaciones, recurso de casación, recurso de apelación, etc.); y, **iv)** solicitar medidas de coerción y medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –si bien la Ley preceptúa que lo hará respecto del universo de medidas que existan, es de tener presente que ellas solo procederán respecto al objeto civil y a su debido esclarecimiento y aseguramiento, pues ese es el ámbito que el NCPP fija al actor civil– (art. 41 del Reglamento).

El art. 41.4 del Reglamento preceptúa que el procurador público interviendrá en los incidentes referidos a la excarcelación del imputado. Tal atribución, sin embargo, no es posible. Primero, porque el NCPP no reconoce la intervención del actor civil en el objeto penal. Segundo, en lo específico, dado que las normas específicas vinculadas a la detención y prisión preventiva no contemplan su participación (arts. 271, 274, 276, 278, 279, 283 y 284). Tercero, puesto que esa norma –el reglamento– no tiene el nivel normativo para imponerse al NCPP.

## LECCIÓN SÉPTIMA

### LAS PARTES ACUSADORAS

#### I. EL MINISTERIO PÚBLICO

##### 1. Concepto y configuración institucional

###### 1.1. Concepto

El Ministerio Público es considerado por el art. 158 de la Constitución como un órgano autónomo de derecho constitucional –lo que significa un complejo orgánico propio y distinto, de naturaleza pública, que no depende de poder alguno o de otra institución estatal– y que, por imperio del art. 159 de la citada Ley Fundamental, es el encargado de promover la acción de la justicia en defensa de legalidad y de los intereses tutelados por el derecho –provoca el ejercicio de la potestad jurisdiccional; es un órgano requirente por antonomasia–. Se puede decir, entonces, que el fiscal es un funcionario guardián de la legalidad, que únicamente ha de servir al derecho [ROXIN]; como tal, debe intervenir siempre que estén en juego normas de carácter imperativo o los derechos fundamentales de los ciudadanos [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. El juez penal no juzga por sí mismo, sino solo a iniciativa del Ministerio Público, cuya intervención es el presupuesto necesario de la actividad jurisdiccional. En tanto ha operado “una expropiación del conflicto” [CHRISTIE], el Estado no solo asume el deber juzgar, sino que tampoco abandona la persecución de los delitos en manos de los particulares.

En sede penal, compatible con lo primero y especificando su misión constitucional, le corresponde el ejercicio de la acción penal y la conducción desde su inicio de la investigación del delito (art. 159.4 y 5 de la Constitución). La persecución de los delitos, considerada ajena al ejercicio de la potestad jurisdiccional, requiere de un órgano público, no subordinado a las víctimas y distinto de los jueces, cuya existencia y actividad es una pieza fundamental del proceso penal basado en el principio acusatorio, y garantía imparcialidad y presupuesto necesario para que pueda afirmarse la tutela del derecho penal (*ubi non est actio, non est iurisdictio*). Al Ministerio Público le corresponde contribuir, en la persecución penal, a la

afirmación de la voluntad estatal, que orienta todos los poderes del Estado hacia la idea de la justicia material; participa en la defensa de la voluntad estatal para el correcto ejercicio del poder penal [GÖSSEL]. El Ministerio Público se encuentra vinculado en su actuación funcional al orden jurídico constitucional y al principio de legalidad [PEÑA CABRERA FREYRE].

La promoción del ejercicio de la acción penal está sometida al principio externo de legalidad u obligatoriedad: el fiscal, cumpliendo las disposiciones del ordenamiento jurídico, debe promover la acción penal en cuanto exista sospecha inicial simple, salvo los criterios de oportunidad legalmente configurados, referidos a la falta tanto de necesidad de pena cuanto de merecimiento de pena, definidos con arreglo al principio de proporcionalidad (art. 2 NCPP). Pero no solo eso; conforme a las disposiciones del NCPP, los fiscales son los únicos conductores de la investigación del delito, considerada como una de las fases esenciales del proceso penal. Los fiscales han de llevar sobre sus espaldas la carga de probar la culpabilidad del acusado a la par de desarrollar, también, la actividad tendiente a la incorporación de la prueba que concierna a la dilucidación del litigio, quedando en manos del juez la latitud de la reacción penal que nuestra ley sustantiva ha discernido monopólicamente a la jurisdicción [BÁEZ].

## 1.2. Institucionalidad del Ministerio Público

El Ministerio Público, bajo la dirección del fiscal de la Nación —que no es, propiamente, un funcionario político, sino una alta autoridad del Estado—, es un órgano independiente de la administración de justicia y autónomo de los demás poderes del Estado. No puede identificarse con el Poder Judicial porque: **i)** Desde la Constitución de 1979, constituye un poder independiente, con un diseño institucional propio y órganos de línea jerárquicamente estructurados; **ii)** no dicta resoluciones con calidad de cosa juzgada —tampoco puede realizar actos de prueba en sentido propio (art. IV.3 TP NCPP)—; **iii)** no limita el libre ejercicio de los derechos fundamentales (art. VTP NCPP), salvo los casos legalmente reglados, ni incidir definitivamente en el derecho a la tutela jurisdiccional [MORENO]; **iv)** sus principios organizacionales no son necesariamente los mismos, básicamente en lo referente a la independencia judicial, que se proyectan en los principios de unidad en la función y dependencia jerárquica —en esencia, expresados en la obediencia a directivas de actuación procedente del superior jerárquico, dentro del marco de la legalidad—; y, **v)** no puede identificarse con la Administración porque su labor está orientada a los criterios de verdad y justicia, básicamente por el principio de

legalidad y actuación objetiva; el fiscal no debe llevar a cabo los puntos de vista políticos y los objetivos del gobierno, sino aplicar el derecho [ROXIN].

Los principios institucionales que definen su organización, de carácter interno, son los de jerarquía y unidad en la función, a través de los cuales se pretende conseguir la uniformidad de la interpretación de la ley y la continuidad en la actividad por parte del Ministerio Público, independientemente de los cambios de los concretos fiscales que se vayan produciendo [MUERZA]. De igual manera, otros dos principios centrales son los de imprescindibilidad y buena fe [BARRAGÁN SALVATIERRA].

- A. Por el principio de jerarquía, los fiscales aun cuando actúen independientemente en el desempeño de sus funciones, como integran un cuerpo jerarquizado, subyace la noción de subordinación ante los miembros del Ministerio Público de mayor grado, por consiguiente: **1.** Están sometidos al poder disciplinario de sus superiores [RN n.ºs 1795-2013 y 3099-2013], que incluso tienen la facultad de sustitución o reemplazo cuando “no cumplen adecuadamente con sus funciones o incurre en irregularidades” (art. 62 NCPP y 14 NCPP). **2.** Deben sujetarse a las directivas o instrucciones, siempre legales, que le impartan sus superiores (art. 5 LOMP) —la Fiscalía requiere de patrones de uniformidad—. Estas instrucciones están sujetas a dos características básicas: **(i)** su juridicidad, en consecuencia, no son de obligatorio cumplimiento las instrucciones antijurídicas; en cuyo caso debe informar en esos términos al superior que la dictó —están vinculadas a la Ley y al derecho—; y **(ii)** las directivas o instrucciones deben tener un contenido general en orden a la unificación de criterios de interpretación de la ley de racionalizar los recursos para la persecución de los delitos [BRUZZONE], radicada en dos ámbitos precisos: el principio de oportunidad y en los interrogantes técnico-tácticos de la persecución penal [ROXIN]. Las directivas, además, deben delinear pautas generales en pos de la represión del delito respetando acabadamente todos y cada uno de los derechos que se le conceden a los imputados durante el derrotero del proceso penal, así como también lograr una efectiva coordinación con las demás autoridades de la República [BAEZ]. Este principio, en todo caso, tiene como límite insoslayable el principio de legalidad. **3.** La posición procesal de la institución en el caso concreto es la del superior jerárquico, que guía especialmente el sistema de recursos [Ejecutoria Suprema 3131-2014/Huánuco, de 27-04-15]. En efecto, la independencia de los magistrados del Ministerio Público no puede ser expresada de la misma

forma que los magistrados judiciales debido al principio de subordinación jerárquica de sus miembros. Ello significa que están sometidos a sus superiores jerárquicos [GRANGER].

La STC n.º 07717-2013-PHC/TC, de 09-06-15, reconoció la proyección procesal del aludido principio de jerarquía, que se define con la posición procesal del fiscal superior en grado que interviene en la impugnación. Sin embargo, limitó sus efectos a la exigencia de una motivación específica del órgano jurisdiccional para apartarse de la posición procesal del último fiscal bajo el entendido de que la opinión de los fiscales no vincula al juez y que la ausencia de una tal vinculación y el consiguiente aumento de la pena vulnera la interdicción de la reforma en peor.

Ahora bien, es correcto afirmar que el principio de jerarquía tiene evidentes efectos procesales. El más relevante se concreta en el sistema de recursos, en cuya virtud la posición procesal del fiscal superior en grado que interviene en el procedimiento impugnativo es la que corresponde al Ministerio Público como órgano público que actúa en el proceso penal. Siendo así, como el principio fundamental en materia de impugnación es el dispositivo –que da pie a los demás principios: *tantum devolutum quantum appellatum, congruencia y reformatio in peius*– no es posible, bajo ninguna circunstancia que el órgano jurisdiccional de revisión se desvincule del límite de la pretensión impugnativa cuando es del caso estimar el recurso acusatorio. No es un problema general del ámbito de las potestades jurisdiccionales, sino de límites referidos a la propia pretensión impugnativa, que es la que define la competencia del *Iudex Ad Quem*: el juez no puede exceder los ámbitos que fijan las partes cuando ejercen su derecho al recurso legalmente previsto.

- B. Por el principio de unidad en la función, el Ministerio Público se concreta en cada oficina fiscal, no a título individual; es decir, todos los fiscales de la misma Fiscalía tienen igual competencia funcional para tratar el asunto penal encomendado, pero ellos representan a la institución, no a sí mismos. El indicado principio busca la unificación de criterios, y modos de actuación y proceder en la función fiscal [ROSAS YATACO]. Esta impersonalidad en la acción de la Fiscalía permite, por ejemplo, que un fiscal puede proponer impugnación y otro, del mismo oficio u oficina fiscal, formalizarla, o que durante el desarrollo del debate –incluso de la causa en general– pueden turnarse los fiscales del mismo oficio [LEONE]; cada fiscal actúa por propia competencia y, en su caso, el fiscal jefe del oficio

—sin perjuicio de la potestad del fiscal de más alta jerarquía— puede renunciar a las impugnaciones propuestas por los fiscales adjuntos e invalidar cualquiera de sus iniciativas [MANZINI]. Obviamente este principio no alcanza a la decisión de Fiscalías de rango superior en el asunto concreto cuando intervengan en atención a los diversos recursos y lógicas funcionales del respectivo proceso penal, en cuya virtud prima el criterio del fiscal superior en grado y, de ser el caso, el inferior debe amoldarse a lo decidido por el superior. El fiscal superior en grado tiene competencia superior, potestad de alta dirección y vigilancia sobre los fiscales inferiores del distrito judicial donde actúan.

- C. **Principio de imprescindibilidad.** Se sustenta en los principios de legalidad y acusatorio. La presencia del fiscal, una vez que se inicia la relación jurídica procesal, es imprescindible (art. 159.4 de la Constitución). No puede continuar el proceso penal sin que el órgano persecutor del delito conduzca los actos procesales que le son propios en razón de su función. Su ausencia, cuando la ley establezca su obligatoria presencia, acarrea la nulidad del acto procesal o del procedimiento en su conjunto. Su par dialéctico, en términos de importancia y presencia en el proceso, es el abogado defensor.
- D. **Buena fe.** La misión del Ministerio Público es la justicia, propiamente dicha, la tutela de intereses públicos (art. 159.1 de la Constitución). Su función no es formalizar la investigación preparatoria en todos los casos que conoce. Por tanto, no tiene como objetivo ser un inquisidor, perseguidor o contendiente forzoso de los procesados, sino más bien, corresponde a la autoridad fiscal acusar cuando es debido y sobreseer cuando no hay indicios o sospechas suficientes de la ocurrencia de un delito o de la intervención delictiva del procesado. Debe evitar, en todo caso, que las reglas de un juego justo sean vulneradas [ROSAS YATACO].

## 2. Actividad y legitimación

### 2.1. Roles del Ministerio Público

El NCPP confiere dos roles concurrentes pero sucesivos al Ministerio Público en cuanto titular del ejercicio de la acción penal: **(i)** conductor de la investigación preparatoria —la facultad de decisión relativa a la acusación o al sobreseimiento conferida al fiscal constituye una prerrogativa lógico-jurídica que obliga al Ministerio Público a la investigación del hecho [GÖSSEL]—; **(ii)** acusador en el juicio oral [GIMENO], “con obligación de intervenir permanentemente en todo el



desarrollo del proceso” (art. 61.3 NCPP). Otro rol, vinculado al recurso, es el de ser (iii) parte recursal en sede de impugnación.

El Ministerio Público se pronuncia a través de disposiciones, providencias, requerimientos y conclusiones (arts. 122 y 64 NCPP). Las disposiciones y los requerimientos deben ser motivados. Las conclusiones traducen la justificación del fiscal en sus intervenciones orales realizadas en las audiencias. Las providencias, que se centran en aquellos ámbitos de exclusivo dominio del fiscal, al igual que los decretos judiciales, ordenan materialmente el avance de la causa.

### 2.1.1. Conductor de la investigación preparatoria

El rol del Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria, de un lado permite acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal y, de otro, simplificar y dinamizar la tarea de investigación [EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA].

El NCPP considera al Ministerio Público una institución clave para desformalizar la etapa de investigación. El sistema que instaura requiere que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal, haciéndolo más flexible, desarrollando trabajo en equipos, coordinando el trabajo policial. Además, el Ministerio Público debe desarrollar una política de control de la carga procesal para que el sistema procesal funcione con eficiencia y calidad, y debe jugar un rol decisivo en la promoción y protección de los derechos de las víctimas [CUBAS].

En tal virtud, no solo (i) recibe las denuncias por la comisión de delitos públicos (art. 60.1 NCPP) y (ii) dispone la actuación de actos urgentes e inaplazables para determinar la procedencia de la promoción de la acción penal —se sujeta al principio de legalidad—, a cuyo efecto puede ejecutarlos directamente u ordenar lo haga la Policía, cursándole las indicaciones correspondientes o directivas específicas (arts. 65.2 y 3, y 69 NCPP), de tal forma, que se encargará directa, o vía delegación a la autoridad policial, de interrogar personalmente a los imputados y a los testigos, así como de informar sobre la situación legal de los primeros [NIEVA]. Además, (iii) controla jurídicamente su desarrollo y define su estrategia. En su condición de titular de la etapa de investigación preparatoria, cuyo señorío ostenta, no solo (iv) decide qué hacer y el método que permita conseguir el objetivo de esclarecimiento, sino también (v) garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos, así como la regularidad de las diligencias con respeto a los derechos fundamentales (art. 65.4 NCPP). Asimismo, (vi) solicita al juez, mediante el requerimiento respectivo, todas las medidas limitativas de derechos necesarias

para el debido esclarecimiento de los hechos y aseguramiento de las fuentes de prueba (art. 61.2 última frase NCPP), en tanto que solo puede realizar actos de investigación y aseguramiento no limitativos de derechos fundamentales, como también las medidas de coerción cuya finalidad es asegurar la eficacia del proceso y de la sentencia final, mediante la cual el órgano jurisdiccional –vía cognición sumaria– deberá evaluar para decidir su fundabilidad y, de esa forma, asegurar la efectividad de la sentencia a expedirse.

El rol de conductor de la investigación lo hace, sin duda, responsable de ella. Tres consecuencias acarrea esta posición institucional. **1.** Tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación: necesidad de realizar ciertas diligencias de investigación, provocar audiencias ante el juez de la investigación preparatoria, impulsar la continuación de los actos de investigación, declarar su cierre. **2.** Conseguir autorizaciones judiciales –medidas limitativas de derechos en general–. **3.** Responder frente a los perjuicios generados por la actividad de investigación y responder por el éxito o fracaso de las investigaciones frente a la opinión pública [DUCE/RIEGO].

Las actuaciones que lleva a cabo el fiscal en la investigación preparatoria son las que permiten la celebración del juicio oral en condiciones. Habida cuenta de que sería muy complicado, en muchos casos –aunque no en todos–, celebrar el juicio oral inmediatamente después de sucedidos los hechos, con frecuencia es necesario abrir una averiguación previa, muy precisa o acotada para recoger los vestigios materiales del delito y asegurar a la persona y bienes del sospechoso, así como realizar las diligencias de investigación en orden a la identificación de los responsables y la acreditación del hecho punible [NIEVA].

En su actuación como tal, autoridad imparcial y titular de la investigación preparatoria, el Ministerio Público está sometido a dos principios de actuación; esto es, principios que guían su actividad externa:

- A. Legalidad.** El fiscal se regirá únicamente por la Constitución, la Ley y demás normas que integran el ordenamiento jurídico. Tal sumisión impone al fiscal prescindir de cualquier influencia o interés, ya sea personal o externo, ajeno a los principios prefijados por el ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, el fiscal actuará con independencia de criterio, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general –nunca determinados o específicos, residenciados en un caso concreto– que emita la Fiscalía de la Nación, básicamente en asuntos de política criminal de la institución o de unificación de criterios en cuestiones de orden penal o procesal [DOIG].

- B.** **Objetividad.** El fiscal debe indagar con plena objetividad e independencia los hechos constitutivos del delito y realizar actividad de investigación sobre los hechos que determinen y acrediten la responsabilidad o la inocencia del imputado; las circunstancias que permitan comprobar la imputación y las que autoricen eximir o atenuar la responsabilidad (arts. IV.2 TP y 61.2 NCPP). Esto último es posible porque el Ministerio Público, materialmente, representa el interés público de realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa [GÓMEZ/HERCE]. Como el fiscal debe vigilar la observancia de las leyes, no puede lógicamente tener un interés subjetivo en el caso concreto distinto de la correcta aplicación de la ley [SERRA DOMINGUEZ].

### 2.1.2. Acusador público

El Ministerio Público como parte acusadora está encargado de solicitar la actuación del *ius puniendi*, siempre que legalmente correspondiera. Mediante la acusación, cuando proceda, aún cuando no actúa derecho fundamental alguno, cumple con su obligación jurídico-pública de ejercitar la acción penal introduciendo la pretensión punitiva; y, con ello, mantiene la vigencia del principio de contradicción. La acusación —que delimita, objetiva y subjetivamente el ámbito del proceso— está condicionada a la existencia de base suficiente o de bastantes o idóneos elementos de convicción contra el imputado (art. 344.1 y 2.d NCPP). En esta condición de parte acusadora no solo debe sostener los cargos en todo el curso del proceso —si se cumplen, claro está, los requisitos y condiciones legales pertinentes—, sino que está autorizada a interponer los recursos y medios de impugnación legalmente previstos (art. 61.3 NCPP).

Si bien la Constitución admite una diferenciación entre fiscal acusador y fiscal dictaminador (art. 159.3 y 5, de un lado; y apdos. 1 y 6 del mismo art. 159 de la Constitución, de otro) —también prevé al fiscal investigador (art. 159.4)—, esta función de fiscal dictaminador ha sido desterrada del proceso penal. Ya no se requiere dictamen previo para la decisión de las causas, como lo exigía la LOMP en sus arts. 83 y 91. El fiscal, según los arts. 64 y 122 NCPP, en el ámbito del proceso penal, dicta disposiciones y providencias (en la investigación del delito), y formula requerimientos con sus respectivas conclusiones (petición de actos procesales a la autoridad judicial), siempre motivados y autosuficientes, sin remisión a otros actos o decisiones, de la propia Fiscalía o del órgano jurisdiccional —con mayor razón cuando se trata de los que podemos denominar requerimientos estructurales: de sobreseimiento y acusatorio, en los que, con mayor exigencia, han

de bastarse a sí mismos y en que el control judicial debe incidir en la correcta descripción del hecho imputado, en el mínimo sustento probatorio y en la logicidad de la argumentación en orden a su conclusión [D'ALBORA]—. La acusación es un requerimiento sujeto a una regulación específica (art. 349 NCPP), controlable judicialmente (arts. 350-351 NCPP), e indispensable para el enjuiciamiento de un imputado (art. 353 NCPP) que, con anterioridad, fue inculcado formalmente mediante una Disposición de Investigación (arts. 336 y 349.2 NCPP).

En caso que el fiscal no acuse y si esta posición es avalada por el fiscal superior en grado, la regla general, en virtud del principio acusatorio, es que no cabe otra alternativa al órgano jurisdiccional que aceptar esa postura [Ejecutoria Suprema RN n.º 2330-2012, de 30-01-13], salvo que el principio acusatorio entre en conflicto con otros bienes constitucionales, entre ellos, el derecho a la prueba y la debida motivación, en cuya virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad cabe anular esa decisión (STC n.º 4620-2009.PHC/TC, de 10-11-11).

### 2.1.3. Parte en el recurso

El Ministerio Público es la única autoridad que puede determinar la persecución del delito, persecución que incluso se proyecta en sede de impugnación –presentación de recursos acusatorios–. Por lo tanto, no es posible rebasar, como órgano público que es, lo que disponga sus autoridades en ese ámbito específico. Esto en atención a dos de los principios que orientan la función fiscal: el de jerarquía y la de unidad de la función. Así, entendido, el Ministerio Público es un cuerpo jerarquizado, en el que la posición del Superior prima frente a la del inferior (RN n.º 1347-2013-Lima de 01-04-14 y Queja n.º 270-2013-Lima de 17-01-14)

En el caso de los recursos –que obedecen al principio dispositivo–, interpuesta la impugnación por un determinado fiscal –y solo respecto de él– su viabilidad dependerá si el fiscal superior en grado comparte el criterio del inferior. Si no acepta su pretensión impugnativa, el recurso del inferior decae automáticamente, sin afectar por cierto a las otras partes procesales. En dicho caso el juez debe decidir –se comparta o no su criterio– por la posición del fiscal superior en grado (RN n.º 1614-2013-Pasco de 05-03-14).

## 2.2. Capacidad y legitimación del Ministerio Público

La fiscalía ostenta el monopolio de la acción penal tratándose de delitos públicos. Solo en los delitos privados, muy escasos –delitos contra el honor, con-

tra la intimididad y lesiones culposas leves-, y en las faltas, se excluye la intervención del Ministerio Público y se la concede al ofendido por el delito, constituido al efecto en querellante particular.

Para el válido ejercicio de la acción penal, quien lo haga debe tener capacidad para ser parte y capacidad procesal. Tales exigencias se cumplen en los fiscales en tanto integran un cuerpo del Estado erigido en carrera fiscal, cuyo acceso, estatuto y funciones están definidos legalmente (tanto en la LOMP como en el NCPP).

La legitimación activa que tiene el fiscal para intervenir en el proceso penal es originaria –parte de la Constitución y se desarrolla en la Ley-. Lo es en su consideración de defensor de la sociedad, aunque respecto del objeto civil solo es una legitimación derivada, pues actúa como sustituto procesal de la víctima: insta la reparación civil solo si la víctima no se constituye en actor civil, no renuncia a ella o no decide acudir a la jurisdicción civil (arts. 11.1, 12.1 y 13.1 NCPP) [GIMENO].

### 2.3. Ministerio Público y Policía

La Constitución asigna al Ministerio Público la titularidad o conducción de la investigación del delito desde su inicio. Conducción –que es el vocablo utilizado por la Ley Fundamental– significa guiar o dirigir las tareas de investigación, y lo hace ya sea directamente –la Oficina Fiscal– o a través de la Policía. Asimismo, y paralelamente, la Constitución atribuye a la Policía Nacional la investigación del delito (art. 166), pero precisa en el art. 159.3 que en la tarea de investigación conducida por la Fiscalía, la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos –esta, según ROXIN, constituye una de sus más antiguas misiones-. El auxilio de la Policía en el desarrollo de los actos de investigación es pues imperativo; empero, la Policía Nacional también tiene un poder de investigación autónomo, de un lado, limitado a determinados actos de urgencia e imprescindibles en los primeros momentos de la investigación, sin perjuicio de la pronta comunicación a la Fiscalía, siempre sujetos a las directivas o indicaciones del fiscal –a fin de garantizar la validez y utilización de los mismos en sede jurisdiccional-, y, de otro lado, traducido en un conjunto de actos de averiguación que puede llevar a cabo por iniciativa propia –poder de investigación no delegado– a la espera de la intervención efectiva del fiscal (arts. 67.1 y 68.1 NCPP).

La dependencia funcional –que no orgánica– de la Policía es pues obvia y está normativamente impuesta, la cual permite al Ministerio Público influir en las investigaciones realizadas por aquella. Sin embargo, ello no significa minimizar el rol de la Policía ni que el fiscal reemplazará a la Policía en la actividad crimina-

lística y en el combate contra la delincuencia que le es propia –reemplazo, por lo demás, de imposible ejecución–. La coordinación, impuesta por el art. 69 NCPP, que incluso manda la elaboración conjunta de protocolos de actuación, es inevitable precisamente para garantizar la eficacia de la persecución penal; Ministerio Público y Policía Nacional son dos instituciones que están llamadas a cooperar [PERRON], sobre todo en los momentos iniciales de la investigación. Al fiscal le corresponde una función de dirección jurídica de las diligencias preliminares policiales; de aporte, de función fiscal y conformidad jurídica de la estrategia de investigación; de supervisión de la legalidad de la actividad policial en la investigación del delito –para evitar exclusiones de fuentes de prueba por ilegitimidad de su obtención–; y, de definición de aquellas diligencias legalmente admisibles y jurídicamente imprescindibles –cuya enmienda, subsanación, renovación y ampliación puede instar– para garantizar el éxito de su función acusadora. Ello no quita, desde luego, que la Policía Nacional, en virtud de su propia experiencia y riqueza profesional, brinde al fiscal recomendaciones en las estrategias de investigación del delito, como estipula el art. 65.4 NCPP.

En esta perspectiva se explica el art. 69 NCPP. Corresponde al fiscal de la Nación regular mediante Instrucciones Generales –que es el vehículo institucional en el que se expresa la misión de conducción de la investigación desde su inicio del Ministerio Público, tendente básicamente a estandarizar prácticas por categorías de delitos– los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de la investigación encomendada a la Policía Judicial –su función es de reglamentación específica, de fijar los detalles y reglas prácticas que han de conllevar las diligencias de investigación, obviamente con pleno respeto de la Ley, sin rebasarla ni desnaturalizarla–. Además, compete al fiscal de la Nación –primera autoridad del Ministerio Público– fijar las reglas internas que deben guiar las relaciones de los fiscales con la Policía Judicial, “para el adecuado cumplimiento de las funciones previstas en este Código”, lo que importa profundizar el nivel de confianza y comunicación entre Ministerio Público y Policía.

La conducción funcional del Ministerio Público, desde luego no importa que los fiscales intervengan en la jerarquía interna de la Policía ni en su distribución de trabajo; sus facultades solo se extienden a la realización de las diligencias de investigación, sin intervenir en la organización interna de la Policía, que mantiene su propia dependencia jerárquica e institucional; además, el Ministerio Público no está facultado para aplicar sanciones en caso de incumplimiento de sus directivas, ya que la Policía depende de su propia organización interna [DUCE/RIEGO].

## 2.4. Ministerio Público y excusa

El fiscal no es recusable. Empero, como está vinculado a la justicia y debe defender el derecho objetivo, en caso se presenten las causales de inhabilitación judicial establecidas en el art. 53 NCPP, está obligado a apartarse o excusarse de la causa (arts. 19 LOMP y 61.4 NCPP), siempre –claro está– que incidan en la función del Ministerio Público y estén vinculadas a la actividad que en el momento está ejercitando el fiscal o habrá de hacerlo [LEONE]. La Ley, con esta previsión, busca preservar el criterio de objetividad de la función fiscal. Su intensidad, sin embargo, es menos exigente que la del juez, pues el fiscal no puede prejuzgar porque no juzga, requiere; los únicos que juzgan, y por ese motivo pueden prejuzgar, son los jueces [BRUZZONE].

No es claro si puede instarse la separación del fiscal en sede judicial o que tal situación genere una nulidad de las actuaciones en las que intervino. Instar su separación por vía de un recurso jurisdiccional importaría homologar la necesidad de actuación objetiva con la recusación, lo que claramente no es de recibo, amén de equiparar el acto fiscal con el acto jurisdiccional. Lo que sí cabe, por imperio expreso del art. 62 NCPP, es un petitorio al fiscal superior jerárquico para instar su separación, sin que esa medida en caso negativo pueda posibilitar un recurso jurisdiccional –solo él valora, incensurablemente y sin ninguna formalidad, la viabilidad de la abstención [MANZINI]. No es posible estimar que la no abstención es causa de nulidad de actuaciones –el principio de taxatividad no se cumple en este caso–; la incompatibilidad, por consiguiente, no tiene efecto procesal alguno.

## 2.5. Ministerio Público y facultades coercitivas

### 2.5.1. Medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos

Las medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos, en principio, están reservadas a la autoridad jurisdiccional (arts. VI del TP, 231 y 254 NCPP). Como excepción, en los casos de urgencia y de peligro por la demora, es posible que la Fiscalía pueda limitar derechos, pero solo en determinados supuestos taxativamente contemplados y con cargo a una inmediata resolución confirmatoria judicial.

Se trata, según el NCPP, de las siguientes medidas:

- A. Incautación cautelar: art. 216.1.
- B. Videovigilancia: art. 207.1.

- C. Pesquisas, retenciones con esa finalidad y registro de personas: arts. 208.1 (inspección), 209.1 (retención) y 210.1 (registro de personas).
- D. Examen corporal urgente bajo confirmación judicial ulterior y examen corporal nimio: art. 211.3 y 5.
- E. Incautación instrumental de bienes por peligro por la demora: art. 218.2.
- F. Exhibición y entrega de documentos no privados: art. 224.1.
- G. Aseguramiento de documentos privados: art. 232.
- H. Clausura, vigilancia de locales e inmovilización de bienes por urgencia o peligro por la demora: art. 241.

Las medidas coercitivas personales, que afecten el derecho fundamental a la libertad, llámese prisión preventiva (arts. 268-285 del NCPP) y la detención preliminar judicial (arts. 261-267 del NCPP), deben ser dispuestas necesariamente por un órgano jurisdiccional, salvo la detención policial en supuestos de flagrancia (art. 259 del NCPP) y el arresto ciudadano (art. 260 del NCPP).

### 2.5.2. Citación compulsiva

El art. 66 NCPP reconoce, asimismo, el poder de citación compulsiva del Ministerio Público, imprescindible para garantizar la obtención de información en el curso de la investigación preparatoria. En tal virtud, la Fiscalía puede citar a cualquier persona –imputado, agraviado, testigo, perito– para que declare y en caso de incumplimiento está facultada para disponer su conducción compulsiva. Esta medida restrictiva menor se levanta una vez realizada la diligencia que motivó la convocatoria del omiso y, en todo caso, antes de que transcurran 24 horas de su ejecución.

## II. LA POLICÍA NACIONAL

### 1. Aspectos generales

La Constitución ha concentrado las funciones policiales en un organismo único y centralizado del Estado, integrada plenamente al Poder Ejecutivo y sujeta a una organización similar a la castrense: la Policía Nacional (arts. 167 y 172). El art. 166 de la Constitución reconoce a la Policía Nacional cinco grandes funciones, aunque pueden reducirse a las de Policía de Seguridad y Policía Judicial o de Investigación. En el ámbito de la primera, la más amplia y dinámica, se encuen-



tran las funciones de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; proteger y ayudar a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; y vigilar y controlar las fronteras. Ellas, en su conjunto, cumplen una tarea de seguridad pública para proveer a la estabilidad del orden, a la tranquilidad colectiva y al normal desenvolvimiento de las instituciones [SABATINI].

En el ámbito de la segunda, que se puede calificar como una fase primaria de la administración de justicia penal, está la de investigar y combatir la delincuencia –la prevención de la delincuencia, también asignada a la Policía Nacional, es una actividad de seguridad–. Este ámbito, de carácter investigativo –que importa la averiguación de los delitos y el descubrimiento de los implicados en su comisión y las pruebas, e incluso otras funciones complementarias, como la custodia y conducción de los implicados dentro y fuera del ámbito de los órganos jurisdiccionales, para que sean juzgados, y su contribución al cumplimiento de las penas (función de ejecución, en sentido amplio)–, no puede realizar por sí mismo el Ministerio Público. Por ello es que se afirma que sin la Policía la administración de la justicia penal sería imposible [PIETRO-CASTRO].

La movilidad de la Policía Judicial, su intermediación respecto a los hechos y su propia preparación en orden a la investigación-delictiva, superior a la de fiscales y jueces, hacen de la Policía Judicial un elemento insustituible en los momentos posteriores a la comisión de un delito en tanto es entonces cuando pueden realizarse actos que luego, caso de no llevarse a cabo, resultarán imposibles por irrepetibles en las diversas manifestaciones que comporta este concepto [ASCENCIO]. Es, pues, un órgano esencial de la persecución penal.

Ahora bien, siguiendo el histórico modelo francés, esta actividad investigadora orientada, como ya se anotó, a (i) descubrir los delitos –practicando las diligencias necesarias para comprobarlos, incluso recogiendo todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito–, (ii) impedir que se los lleve a consecuencias ulteriores, e (iii) identificar a sus autores y partícipes –tiende a reprimir hechos ácaecidos–, expresa la idea de subordinación –funcional– de la Policía a la Fiscalía para los fines de la justicia penal [MANZINI]. Su exacta coherencia normativa se encuentra en el art. 159.4 de la Constitución y el artículo IV del Título Preliminar del NCPP: “El Ministerio Público [...] dirige y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”. Lamentablemente la Ley Orgánica de la Policía Nacional (Ley n.º 27238 de 22-12-99) y su Reglamento (Ley 27238, de 22-12-99, y D. S. 0008-2000-IN, de 06-10-00) no contempló

esta noción de organismo auxiliar y la estrecha relación que ha de tener con el Ministerio Público en la investigación del delito [CUBAS].

Así las cosas, la función policial de investigación del delito, de policía judicial, es de carácter auxiliar o de colaboración con el Ministerio Público y, eventualmente, del juez –la Policía, en este ámbito, está obligada a cumplir las instrucciones de ambas autoridades jurídicas–. El fiscal, en este ámbito y durante la investigación preparatoria puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía (art. 68°.2 NCPP).

Es propia de esta función de policía judicial la nota de judicialidad –distinta, como es obvio, de la noción de acto jurisdiccional–. Como tal, contribuye a la realización efectiva del orden jurídico en su enfoque penal, de naturaleza administrativo-judicial [CLARIÁ], y se desarrolla, básicamente, con arreglo a las normas rígidas de la ley procesal –se inspira en criterios de legalidad [VIADA/ARAGONESES]–, a fin de satisfacer la actuación del derecho penal frente a quienes aparecer como agresores del mismo. Por ello es que se puede calificar esta actividad de estrictamente jurídica [VÉLEZ]; en consecuencia, el modo de actuación de la Policía de Investigación requiere que las diligencias que realicen observen estrictamente las formalidades legales –sin negar su acceso al imputado y su defensa (art. 68.3 NCPP)–, y que se labren en actas detalladas que se enviarán al fiscal (art. 68.2 NCPP).

## 2. La función policial de investigación del delito

Acorde con la nota de dependencia funcional –que no orgánica– y del carácter auxiliar de las tareas investigativas de la Policía Nacional, el art. 67 NCPP prescribe que la Policía toma conocimiento de los delitos y da cuenta inmediata –es decir, en el plazo más breve posible– al fiscal. Sin embargo, debe realizar, por propia iniciativa, las llamadas diligencias de urgencia e imprescindibles. Estas configuran aquellas actuaciones de la Policía que son (i) de realización necesaria o apremiante, que no puede esperar y compele a su actuación, y (ii) que no es posible abstenerse de realizarla o evitar su debida y cumplida actuación.

El objeto de las actuaciones o diligencias de investigación es múltiple: 1. Impedir las consecuencias lesivas del delito –cuya acreditación concomitante es obvia–. 2. Individualizar a sus autores y partícipes. 3. Reunir y asegurar los elementos de prueba –en puridad, las fuentes de prueba–. Este objetivo recoge las funciones genéricas de averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente, y aseguramiento de los instrumentos, efectos y pruebas del delito. Son las denominadas diligencias de prevención, esto es, las primeras diligencias

—así las rotula, por ejemplo, el art. 316.1 NCPP— que han de practicarse una vez descubierto el hecho delictivo, las cuales deben comunicarse al fiscal, y cuya realización cesa cuando el fiscal se hace cargo efectivo de la investigación, a quien entregará todo lo practicado —la actividad de investigación autónoma de la Policía, por cierto, no culmina con la comunicación de la noticia del delito al fiscal, pero sí con su avocamiento efectivo—. En concreto lo que la Policía realizará son todas aquellas diligencias conducentes al buen fin de la investigación, salvo las reservadas al fiscal [GÓMEZ COLOMER].

En la mayoría de los casos —cuando se tratan de diligencias objetivas, de constatación—, estos actos, en razón a las notas de urgencia y cuando pueden devenir irrepetibles, algo más que la mera irreproducibilidad material, se les atribuye un cierto valor probatorio *per se* ya que no es posible conferirlos a otra autoridad de investigación por el momento en que se verifican [ASCENCIO].

Las diligencias de prevención, que son las realizadas antes del avocamiento del fiscal, tienen lugar no solo respecto de los delitos públicos. También se llevan a cabo en los delitos privados y semipúblicos. En ambos casos esta tarea de ejecución de diligencias urgentes e imprescindibles también se practica *ex officio* por la Policía. Sin perjuicio, en el caso de delitos privados, de la colaboración que brindará al juez cuando lo disponga, a tenor del art. 461 NCPP.

El art. 67 NCPP, además, expresa una idea central. La función de Policía Judicial es de dos tipos: de oficio y por comisión. La primera, de oficio, las diligencias se practican sin necesidad de autorización o mandato del Ministerio Público, sea cual fuere el delito presuntamente cometido —el conocimiento del hecho delictivo puede ser por denuncia del afectado o de un ciudadano o a través de sus propios órganos al advertir su comisión—. La segunda, por comisión, que tienen lugar una vez que actúa el fiscal, que son netas diligencias de investigación, de un contenido sin duda más amplio —no solo las urgentes e imprescindibles—; son las realizadas por orden del fiscal (art. 330 NCPP), cuyo apoyo es de obligatorio cumplimiento (art. 67.2 NCPP). En este último ámbito el fiscal ha de dictar directivas puntuales respecto de lo que debe actuarse en sede preliminar: precisión de su objeto y, en su caso, indicación de las formalidades específicas de las diligencias para garantizar su validez jurídica (art. 65.3 NCPP).

Esta normatividad pretende acabar con la situación de aislamiento de la Policía y de la fiscalía; no pueden quedar espacios opacos al conocimiento de la fiscalía ni actuaciones policiales al margen del control fiscal, con lo que se conseguía una mayor eficacia de las investigaciones penales, purgándolas *ab initio* de pruebas ilícitas [NIEVA].

### 3. Las atribuciones de la Policía de Investigación

Las atribuciones de la función de investigación de la Policía, como Policía Judicial, vale decir, la facultad que se da a los policías en razón al cargo que ejercen, están taxativamente establecidas en el art. 68 NCPP. Comprenden tanto la labor autónoma como la subordinada o por comisión.

El art. 68 NCPP instituye una fórmula más o menos completa de las diligencias que la Policía está facultada a realizar en sus funciones de Policía de Investigación o Judicial. El sistema que acoge es el de *numerus clausus*, aunque el literal n del apdo. 1 del citado artículo incorpora una regla de carácter indeterminado “las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados”.

La distribución de estas facultades se ordena en función a la siguiente clasificación [GÓMEZ COLOMER].

- A. Con relación a los delincuentes. Averiguar quiénes son los responsables de los hechos delictivos y, en su caso, practicar las diligencias orientadas en su identificación y capturándolos inmediatamente en los casos de flagrante delito.
- B. Con relación al delito denunciado. (i) Recibir las denuncias y tomar declaración de los denunciantes; (ii) vigilar y proteger el lugar de los hechos para evitar que desaparezcan los vestigios y huellas del delito, recibir declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; (iii) recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes –solo será posible si está presente su abogado defensor–; (iv) practicar el registro de personas; (v) recoger y conservar tanto los objetos e instrumentos del delito como todo elemento material que pueda servir a la investigación; (vi) levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas; (vii) asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación y, en su caso, los pondrá a disposición del fiscal que instará la intervención del juez de la investigación preparatoria para definir la legitimidad de su inmovilización y disponer su incautación y entrega formal al fiscal; (viii) allanar lugares de uso público o abierto al público –en este caso, como es obvio, no se requiere orden judicial–; (ix) efectuar bajo inventario los secuestros e incauciones necesarios en los casos de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración; y (x) reunir cuanta información adicional de urgencia que permita la criminalística para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

- C. Con relación a las víctimas. (i) Prestar el auxilio que requieran y (ii) informarles sobre sus derechos, cuanto interponga la denuncia y al declarar (art. 95.2 NCPP).
- D. Con relación al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional. De un lado, se tiene los actos de auxilio, que consisten en seguir sus instrucciones y prestarles apoyo en la realización de actos de investigación (art. 330 NCPP) o en aquellos actos fiscales o jurisdiccionales en que sea necesaria su cooperación (por ejemplo, en la realización de pericias técnicas o criminalísticas, de identificación de personas o de aporte de información en general). Por otro lado, se tiene los actos de ejecución, que son aquellas tareas vinculadas al ejercicio de la coerción y al cumplimiento de las órdenes fiscales y judiciales.
- E. Como testigos. Como los actos de investigación tienen el valor de denuncia, no son definitivos –con las excepciones que oportunamente se precisarán– deben comparecer como testigos en el proceso penal.

A lo expuesto se agregan siete diligencias que, de uno u otro modo, importan una mínima restricción de derechos. Son las siguientes [CUBAS]:

- A. El examen corporal del imputado (art. 211 NCPP), cuando se trata de mínimas intervenciones, siempre con conocimiento del fiscal.
- B. El dosaje etílico, prueba de alcoholemia o informe alcoholimétrico (art. 213 NCPP), que es considerado es una típica intervención policial autónoma.
- C. La exhibición e incautación de bienes (art. 218 NCPP), en supuestos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.
- D. La revisión, aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos (art. 234 NCPP). Para lo primero requiere orden del fiscal. El aseguramiento es una consecuencia de la revisión, y será el fiscal quien inste la incautación judicial.
- E. La incautación cautelar de efectos, instrumentos y objetos del delito (art. 316 NCPP), condicionada a que exista peligro por la demora.
- F. El control de identidad (art. 205 NCPP), a cualquier ciudadano para requerir su identificación y realizar las comprobaciones pertinentes, con fines de prevención y averiguación del delito.
- G. El control policial público (art. 206 NCPP) en vías, lugares o establecimientos públicos en delitos que causen grave alarma social.

Asimismo, el NCPP reconoce a la Policía Nacional cuatro atribuciones, en el ámbito de la búsqueda de pruebas, que también importan una mínima restricción de derechos: videovigilancia, inspecciones y pesquisas, retenciones con fines de identificación, y registro de personas (arts. 207-210 NCPP).

#### 4. La función criminalística de la Policía Nacional

Entre las atribuciones, legalmente reconocidas, de la Policía Nacional se tiene, primero, realizar operaciones técnicas o científicas en la investigación del delito; y, segundo, de modo general, reunir cuanto información adicional de urgencia permita la criminalística (art. 68, literales g y m, NCPP). Se entiende la criminalística como una disciplina auxiliar del derecho penal y procesal penal que se ocupa de los medios y procesos de comisión del delito y de los medios y procedimientos que permiten establecer, reunir, conservar y estudiar las fuentes de prueba-vestigios materiales en vista de la prevención, del descubrimiento del delito y de la identificación y determinación del grado de culpabilidad del agente delictivo [BUCHELI DE OSEJO].

Su aplicación específica está prevista en el art. 330.3 NCPP, que prevé la inspección preliminar del fiscal en la escena del delito. Establece esa norma que el fiscal, al tener conocimiento de la comisión de un delito público, “podrá constituirse en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen”. Este personal, que tendrá que ser especializado y de la propia Policía Nacional o, excepcionalmente, de la Fiscalía –en función a su organización interna y recursos logísticos, siempre escasos por cierto–, tiene como objetivo coadyuvar de manera técnica y científica a la investigación del delito.

El D. Leg. n.º 1219, de 24-09-15, de fortalecimiento de la función criminalística policial, instituyó el Sistema Criminalístico Policial, que es el conjunto interrelacionado de unidades y subunidades de criminalística de la Policía Nacional que aplica los conocimientos, métodos y técnicas científicas en el estudio de los vestigios materiales encontrados en la escena del delito y otros, a cargo de la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional. Corresponde a los órganos del mismo practicar las pericias oficiales –propriadamente, institucionales– y emitir los informes periciales de criminalística a efectos de la investigación que dirige el Ministerio Público. De este modo, ahora, toda actividad pericial criminalística solo puede realizarla los órganos técnicos criminalísticos de la Policía Nacional.

Con tal finalidad este Sistema contará con laboratorios de criminalística a nivel nacional y desconcentrados, y un cuerpo de oficiales y suboficiales de servicios especializados en las diversas disciplinas criminalísticas; además, contará con

diversas especialidades forenses en sus campos ocupacionales de identificación, escena del crimen, laboratorio y gestión de la información criminalística.

En cuanto a la última especialidad, a su vez, posibilita (i) la institucionalización del Registro Nacional Criminalístico, que contiene una base de datos de las diversas especialidades criminalísticas y que permite el acceso, obtención y procesamiento de la información necesaria, con la finalidad de efectivizar la identificación policial y la función criminalística; (ii) la configuración de la Central de Información Criminalística, que contiene los datos de los informes periciales producidos por el Sistema, con fines de investigación científica, apoyo en la investigación; y, por último, (iii) la creación del Banco de Evidencias de Interés Criminalístico, que contiene evidencias –vestigios materiales– previamente peritadas y calificadas de interés criminalístico, y que, luego de un proceso, adquieran la calidad de cosa juzgada.

La administración de estas tres instituciones, adscritas al Sistema, corresponde a la Dirección Ejecutiva Criminalística. Es preocupante, sin embargo, que el control de tan importantes datos que pueden afectar los derechos de las personas, en especial el de intimidad, esté a cargo, de modo exclusivo, de la Policía, dejando al margen al Ministerio Público, y sin articular mecanismos de control externo y de conocimiento de los afectados para tutelar sus derechos. Así las cosas la falta de un adecuado control hace de dudosa constitucionalidad el manejo de la información criminalística.

Por último, respecto de la escena del delito, el art. 10 del aludido decreto legislativo establece que exclusivamente el personal policial deberá aislar, proteger y vigilar, a fin de conservar y mantener su originalidad, evitando la alteración, destrucción, contaminación o sustracción de los vestigios materiales o prueba física. Su acceso inicial corresponde al personal de peritos criminalísticos y médico legista, bajo conducción del fiscal. Tal previsión significa que es el fiscal quien dirige y dispone el personal que está en relación con la escena del delito, pero sus disposiciones deben comprender el concurso de peritos criminalísticos de la Policía Nacional y del Instituto de Medicina Legal.

### III. EL QUERELLANTE PARTICULAR

#### 1. Base legal

El Código Penal establece para unos cuantos tipos legales que su persecución se insta mediante acción privada (delitos contra el honor, contra la intimidad

y lesiones culposas leves: arts. 138, 158 y 124, § 1, CP). En plena correspondencia con el citado Código, el apdo. 2 del art. 1 del Código Procesal Penal, estipula que en los delitos de persecución privada la acción penal la ejerce el ofendido por el delito –es una simple restricción en la legitimación, no altera la naturaleza pública de la acción y está motivada por razones de política criminal en atención a la realidad social [GONZÁLES MONTES]–; la acción privada se ejerce ante el juez y mediante la presentación de una querrela –es su único modo de personación–, que no está sometida a condición de procedibilidad alguna. A su vez la Sección IV del Libro Quinto del NCPP insta en estos casos un proceso especial –proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal–, con exclusión del Ministerio Público, donde la acusación es privada y se aplican los principios dispositivo y de aportación de parte. El querellante particular es la única parte acusadora.

## 2. Precisiones conceptuales

Es querellante particular la parte acusadora necesaria en los delitos privados –esta denominación no está relacionada con el carácter de la acción, sino con los presupuestos de persecutoriedad– que ejerce la acción, delitos en los que queda excluida la intervención del Ministerio Público –el ejercicio de la acción queda atribuido en exclusividad al ofendido, él ostenta el monopolio de la acción penal–. Se requiere que el agraviado resulte directamente ofendido por el delito en mención; es decir, ha de ostentar la titularidad del bien penal protegido y ser sujeto pasivo del delito –sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico ofendido [QUINTERO]–.

Para poder participar en el proceso penal, para ser parte, es menester que el sujeto tenga capacidad para ser parte –puede ser persona física o jurídica, según el delito en cuestión–, capacidad procesal –lo que implica que deberá actuar por medio de su representante legal si tiene limitada la capacidad de obrar– y postulación debida –por abogado– [BANACLOCHE]. En el caso de los delitos contra el honor en que el ofendido haya fallecido o haya presuntamente muerto o exista una declaración judicial de ausencia o muerte presunta, el art. 138 del Código Penal otorga esa capacidad procesal para ser parte a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, y por hechos que, inclusive, pudieron haber sucedido cuando el agraviado hubiera ya fallecido; fórmula que difiere a la posición adoptada en el art. 75 del Código Penal Argentino, donde la ley legitima al cónyuge y sus familiares nombrados a perseguir hechos punibles contra el honor del ofendido, cuando la ofensa sucedió en vida [MAIER]. Pero, además, junto a lo anterior, ha de concurrir el presupuesto de la legitimación activa que viene determinada precisa-



mente por ostentar la titularidad de dicho bien jurídico. El ofendido por el delito es quien ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139.3 de la Constitución), que en el proceso penal, se manifiesta como un *ius ut procedatur* o derecho a que se incoe un proceso penal [GIMENO]. El titular del bien jurídico, en este caso, comporta en lo procesal el derecho al ejercicio conjunto de las pretensiones punitivas y de resarcimiento (art. 107 NCPP), de lo que se desprende que si ejercita la acción civil *ex delicto* en la vía civil se entenderá extinguida la acción penal y no podrá intentar posteriormente iniciar ese proceso. La legitimación pasiva en estos casos corresponde a quien se atribuya la conducta delictiva, a quien se considere responsable del delito en agravio del querellante particular.

El art. 108 NCPP consagra como presupuesto procesal o requisito de actividad la exigencia de una querella para la iniciación de los procesos penales por delitos privados —es un acto procesal de postulación que asiste al ofendido por el delito, en tanto titular de la pretensión, mediante la cual solicita al juez la iniciación del procedimiento y la adquisición de la cualidad de parte acusadora [GIMENO]—; y, además, prevé bajo sanción de inadmisibilidad los presupuestos, requisitos formales y elementos materiales que deben contener el escrito de querella: identificación del querellante o de su representante —determinación de su capacidad y legitimación—, determinación de la legitimación pasiva —indicación de la persona contra quien dirige la acción—, relato circunstanciado del hecho y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión —causa de pedir—, precisión justificada de lo que peticiona —*petitum* o petición—, y ofrecimiento de pruebas. Esta, como quedó expuesto, se expresa siempre por escrito —adopta la forma escrita, requisito formal, y debe ir firmada por abogado, que expresa el presupuesto de postulación— y se interpone ante el juez penal unipersonal —presupuesto procesal de competencia del órgano jurisdiccional— (arts. 108.2 y 459.1 NCPP).

El art. 109 NCPP reconoce las facultades del querellante particular. Se destaca su derecho de participar en todas las diligencias, ofrecer prueba, recurrir, é interponer cuantos medios de defensa y formular requerimientos en salvaguarda de sus derechos. Un derecho específico es la facultad de que pueda intervenir a través de un apoderado, lo que no significa del deber de declarar —el testimonio es una carga pública y, salvo los casos de excepción (art. 165 NCPP), debe acudir al llamamiento judicial [D'ALBORA]—.

En cuanto al mantenimiento en el proceso, el querellante particular podrá desistirse expresamente de la querella —manifestación de voluntad en ese sentido—. El art. 110 NCPP también reconoce el “desistimiento tácito”, que tiene lugar

cuando no concurre, sin justa causa, a las audiencias, a prestar declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. Una regla para garantizar la declaratoria del desistimiento tácito es que la incomparecencia requiere de una justificación antes de la realización de las audiencias o, en todo caso, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha fijada para aquella. El efecto sustancial del desistimiento, expreso o tácito, es la renuncia a continuar haciendo valer la pretensión; y en función al art. 78.3 CP, la extinción de la acción penal –no solo la caducidad de la instancia–, que importa un sobreseimiento inmediato por mediar causa extintiva de la acción penal; el querellante no puede intentarla de nuevo (art. 464.3 NCPP).

#### IV. EL ACTOR CIVIL

##### 1. Base legal

El art. 92 CP estatuye que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena –esta última es una responsabilidad que solo es provocada por el delito [ARMENTA]–. Desde esta perspectiva, que impone la acumulación heterogénea de la acción penal y de la acción civil –acumulación del proceso civil y del proceso penal en un único procedimiento, atribuyendo la competencia para conocer del conjunto al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso penal [GÓMEZ COLOMER]–, el art. 1.1 NCPP dispone que el ejercicio de la acción civil corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; esto es, al que según la ley civil está legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito, que como tal se erige en una fuente de obligaciones civiles del que nace una obligación de reparación y resarcimiento (art. 98 NCPP).

La *legitimatío ad procesum* requiere que el perjudicado –quien ha experimentado el daño del delito [FLORIÁN]– se constituya en actor civil. Si lo hace –la ley no lo obliga– ya no puede presentar demanda indemnizatoria en la vía extrapenal (art. 106 NCPP), lo que se explica en resguardo de la interdicción del *ne bis in idem* al haberse consolidado, en este caso, un supuesto de pleito pendiente.

El ámbito de la acción o reparación civil está determinado en el Código Penal: la restitución del bien o, si no es posible, pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios (art. 93). Su presencia al lado de la acción penal se justifica por la conexidad objetiva entre la pretensión penal y la civil, al originarse ambas en el mismo hecho [VELEZ MARICONDE]. Esta opción es la que, finalmente

optó el *code d'instruction criminelle* francés de 1808, arts. 63 y ss. La sed de justicia y de castigo del culpable se limitaba simplemente a la reparación de los daños, pero no comprendían la imposición de pena alguna [NIEVA].

## 2. Precisiones conceptuales

Actor civil es la persona perjudicada por el delito que ejercita la acción-pretensión civil en el proceso acumulado al penal [GÓMEZ COLOMER]. La figura del actor civil, su intervención, está circunscripta exclusivamente a los delitos públicos y semipúblicos, y, a diferencia del delito privado, se limita al objeto civil.

La posibilidad de actuación limitada a la reparación civil se justifica en que no se debe impedir a una víctima que, aunque deje en manos del fiscal la petición de pena, pueda defender en el juicio los derechos que le corresponden en relación con la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito [BANACLOCHE]. El Acuerdo Plenario n.º 5-2011/CJ-116, de 06-12-11, desarrolla ampliamente los alcances del actor civil.

El art. 99 NCPP regula el supuesto de concurrencia de peticiones: varios sujetos, invocando el mismo título, deciden constituirse en actor civil. La opción del Código asume dos niveles de respuesta: el primero, rige el orden sucesorio previsto en el Código Civil, de suerte que quien está más cerca excluye al más distante; y el segundo, en caso de que se encuentren en el mismo orden sucesorio, de no existir acuerdo explícito, el juez designa un apoderado común.

Al respecto, existe una acumulación heterogénea de acciones por cuanto una acción de naturaleza privada será tramitada y resuelta en un proceso ante un órgano de carácter penal. En efecto, se denomina acumulación heterogénea puesto que las pretensiones que se deducirán de forma acumulativa serán de diferente naturaleza, ello en la medida que, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se acepta que un mismo hecho histórico puede generar responsabilidad civil y penal al mismo tiempo. El fundamento de esta acumulación de pretensiones se sustenta en: **(i)** economía procesal, en la medida que la sustanciación de la pretensión civil en el proceso penal evita la instauración de un proceso civil posterior, genera ahorro de tiempo y reducción de esfuerzo por parte de la administración de justicia como del justiciable; **(ii)** evitar pronunciamientos contradictorios por la ruptura de la continencia de la causa, en la medida que exista entre ambas acciones relación de conexión causal u objetiva por cuanto se basan en un mismo acontecimiento histórico; **(iii)** la pronta reparación del perjudicado por el hecho delictivo [ARNAIZ].

Dado que la acción que se ejercita es de naturaleza civil, privada, está regida por los caracteres propios del principio dispositivo. La capacidad para ser parte y la procesal es la propia de los procesos civiles; la postulación exige abogado. La legitimación activa viene determinada por el hecho de ser el titular del derecho que se ejercita: perjudicado por la conducta delictiva.

La constitución en actor civil requiere de una demanda o solicitud en forma, que debe realizarse —oportunidad procesal— antes de la culminación de la investigación preparatoria (art. 101 NCPP), esto es, antes de que se dicte la disposición de conclusión de la investigación preparatoria o de que el juez dicte el auto que ordene la conclusión de la misma (arts. 342 y 343 NCPP). Emitida una de las dos decisiones, desde luego, siempre queda a salvo el ejercicio de la acción resarcitoria en el fuero civil [D'ALBORA]. Como requisito formal la demanda o solicitud de constitución en actor civil se presenta por escrito ante el juez de la investigación preparatoria —en este último caso se trata de un presupuesto procesal del órgano jurisdiccional—.

El apdo. 2 del art. 100 NCPP prevé bajo sanción de inadmisibilidad los presupuestos, requisitos formales y elementos materiales que deben contener la demanda o solicitud: identificación del actor civil o de su representante —determinación de su capacidad y legitimación—, determinación de la legitimación pasiva —indicación de la persona contra quien se va proceder: imputado y, en su caso, el responsable civil—, relato circunstanciado del hecho y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión resarcitoria —causa de pedir—, precisión justificada de lo que peticiona —*petitum* o petición—, vinculada —está claro— al monto de la reparación civil que insta, y ofrecimiento de pruebas que acredite su derecho. La inadmisibilidad de la instancia, obviamente, no impide el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil; la resolución que la dicta no produce cosa juzgada material [LLOBET].

La constitución en actor civil requiere de una expresa resolución judicial que la admita. Con tal finalidad, el juez de la investigación preparatoria debe recabar información al fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y, a continuación, recibida la información del fiscal, notificarles de la solicitud en curso. Se requiere de una audiencia para dilucidar el mérito de la petición escrita de quien ejerce la pretensión civil (art. 102.2 NCPP), cuya tramitación está prevista en el art. 8 NCPP. Una norma específica del trámite es la prevista en el apdo. 1 del art. 102 NCPP: la resolución que decide sobre esta solicitud se emite dentro del tercer día, la cual es apelable (art. 103 NCPP).

Las facultades del actor civil son particularmente extensas (arts. 104 y 105 NCPP): **(i)** conocer de las actuaciones, **(ii)** ser escuchado antes de cada decisión que implique extinción o suspensión de la acción penal —siempre que lo solicite—, **(iii)** deducir nulidad de actuaciones, **(iv)** ofrecer medios de investigación y de prueba, **(v)** participar en su actuación, intervenir en el juicio oral, y **(vi)** interponer medios impugnativos. La única limitación que tiene es que el ámbito de su intervención se circunscribe al objeto penal, en concreto: pedir la sanción penal —incluye, por su carácter penal, las consecuencias accesorias—, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, y requerir medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no están referidas al objeto civil. El actor civil coadyuva con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe; él tiene un interés legítimo en esclarecer ambos aspectos, pues sin la prueba del objeto procesal penal, no existe título de imputación civil [GIMENO], más allá de la diferencia de los criterios de imputación civil y penal. Como se trata de una acción privada, de contenido patrimonial, procede el desistimiento en cualquier estado del proceso. El actor civil que se desiste solo está impedido de ejercer la acción indemnizatoria civil en otra vía si el desistimiento operó después de la acusación fiscal (art. 106 NCPP); solo en este último caso el desistimiento importa la renuncia de la acción civil.

Es claro, de otro lado, conforme lo ha reconocido la Ejecutoria Suprema RN n.º 1538-2005, de 20-06-05, que en el proceso penal de ejecución no hace falta que la víctima se haya constituido en actor civil.

### 3. La víctima en el proceso penal

El Capítulo I del Título IV, dedicado a la víctima, regula la institución del agraviado, diferenciándola del actor civil como parte procesal propiamente dicha. El agraviado es, típicamente, un sujeto proceso penal con determinados derechos de participación y deberes procesales, pero sin el estatus de una parte procesal. La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica; mientras que la categoría de perjudicado tiene un alcance mayor en la medida que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia de la realización de un hecho delictivo [ROSETO GONZÁLEZ]. Los arts. 94-97 NCPP se encargan de precisar legalmente el concepto de agraviado, regular puntualmente sus derechos y deberes procesales, y ordenar su intervención cuando se está ante una pluralidad de agraviados constituidos en actor civil.

### 3.1. Concepto de agraviado

Para definir lo que debe entenderse por agraviado, el Código ha seguido un concepto amplio muy cercano a la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder (Resolución 40/34, de 29-11-85), aunque solo asume un concepto de víctima directa. No incorpora el concepto de víctima indirecta (SCIDH Castillo Petruzzi y otros de 04-09-98), que sería aquella persona que ha sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización –aquí este sujeto no es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, pero sí ha sufrido un daño directo y propio al asistir a dicho titular en peligro o al prevenir la victimización–[SANZ HERMIDA]. Tampoco se ha incorporado el concepto de víctima potencial, vale decir “los que sostienen un interés potencial reconocidamente válido en la reivindicación de sus derechos” (voto concurrente del juez Antonio A Cantado Trindade en la SCIDH Castillo Petruzzi y otros de 04-09-98).

El art. 94 CPP se pone en cuatro supuestos:

La regla primera define, en términos generales, al agraviado desde dos coordenadas. Lo será tanto el que resulte directamente ofendido por el delito –titular del bien jurídico afectado (lesionado o puesto en peligro) por el delito–, cuanto el que resulte perjudicado con las consecuencias del mismo –cualquiera persona que haya sufrido daños directos, inclusive lesiones físicas o mental, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones penalmente relevantes (relevante al respecto es la SCIDH Aloeboetoe de 10-09-93)–. Están incluidos en este segundo grupo los que resulten afectados por la acción típica, aún cuando no sean titulares del bien jurídico protegido.

La regla segunda se pone en el caso de que el delito arrojará como resultado la muerte del agraviado. En este caso, la condición de tal corresponde a los establecidos en el orden sucesorio previsto en el art. 816 del Código Civil, que recoge seis órdenes sucesorios. Esta posición que mantiene la legitimación para pretender una indemnización basada en el derecho *iure hereditatis* es objeto de un cambio jurisprudencial en los Tribunales españoles, donde se considera que el derecho de la indemnización se funda en un derecho propio, dado que el hecho del fallecimiento impide, por sí mismo, que en el patrimonio del difunto pueda ingresar derecho alguno [SSTSE de 16-03-71 y de 19-12-97]. De esta manera, las personas a quienes corresponde la indemnización por el fallecimiento de la víctima son los perjudicados y no los herederos, conforme a las reglas previstas en el Código Civil [ARNAIZ].

La regla tercera está referida al supuesto de delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan, y en ese caso se consideran agraviados “los accionistas, socios, asociados o miembros”, regla que permite un mayor control social de quien tiene una posición de dominio en la persona jurídica y, por ende, si la representatividad solo la tiene este último, la defensa de los derechos quienes tienen intereses legítimos en ella quedaría sensiblemente relativizada.

La regla cuarta consagra una tendencia internacional a darle participación en el proceso penal a las asociaciones que protegen intereses difusos y colectivos o en los supuestos de crímenes internacionales. La primera categoría comprende aquellos intereses “que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa. De tal forma que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los intereses de los integrantes del conjunto comunitario” [citado por LLOBET, de FLAH/SMAYEVSKY] –será el caso, por ejemplo, de los delitos ambientales y contra el consumo–. La segunda categoría está referida a los crímenes internacionales, que son aquellos establecidos en tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú –delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y otros–. En ambos casos, como están más o menos identificadas las personas individuales afectadas –personas directamente ofendidas por el delito–, las asociaciones pueden intervenir como tales –incluso constituirse en actores civiles–, en la medida en que se cumplan dos presupuestos: a) que estén reconocidas e inscritas con anterioridad al delito perpetrado; y b) que su objeto social se vincule directamente con los intereses afectados por el delito. No basta, entonces, que la asociación esté destinada a la protección de estos intereses, sino se requiere que el delito en concreto afecte intereses colectivos o difusos o integre el listado de los crímenes internacionales [LLOBET].

### 3.2. Derechos del agraviado

El art. 95 NCPP identifica una serie de derechos: de información, de asistencia, de intervención relativa y de impugnación. El primer derecho es el de información, que se da en dos planos: (i) en las primeras diligencias –cuando el agraviado interpone denuncia, declare preventivamente o en su primera intervención ante la autoridad penal (Policía, Fiscalía y Juzgado)–, de suerte que debe ser informado de los derechos que le asiste, que son los que enumera el indicado

artículo; **(ii)** cuando lo inste el propio agraviado, que se expresará en la comunicación de los resultados de la causa y de las actuaciones en que específicamente intervenga.

El segundo derecho es el de asistencia, que se concreta: **a)** en la presencia de una persona de su confianza cuando el agraviado fuera menor o incapaz; **b)** en el trato digno y respetuoso cuando realiza una diligencia vinculada a la causa; **c)** en la protección de su integridad corporal, incluyendo la de su familia, en los casos de riesgo; y, **d)** en la preservación de su identidad en el ámbito de la investigación de los delitos contra la libertad sexual.

El tercer derecho es el de intervención procesal relativa. Se ejerce, primero, solicitando a la autoridad información previa; y segundo, siendo escuchado antes de que la decisión pueda implicar la extinción o suspensión de la acción penal. Estos supuestos están reglados en los Códigos Penal y Procesal Penal –así, por ejemplo, arts. 78 y 84 del Código Penal, y arts. 4-6 y 339.1 del Código Procesal Penal–. En estos supuestos la intervención del agraviado sea limitada a que pueda ser oído antes de emitir la decisión que puede tener esos efectos extintivos o suspensivos sobre el curso del procedimiento penal.

El cuarto y último derecho es el de impugnación. Sin necesidad de constituirse en actor civil o querellante particular, el agraviado puede impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

El quinto derecho, que si bien no está reconocido en el NCPP, pero puede ser atendido de *lege ferenda*, es el de reparación, pero no solo en los alcances del art. 93 del CP –vale decir, en los términos de una indemnización civil por el daño sufrido y el perjuicio causado y la restitución del bien o, el pago de su valor, si no fuera posible– sino concebido como una *restitutio in integrum* a la situación en la que estaban los derechos antes de que se diera su vulneración (SSCIDH Barreto Leiva, de 17-11-09, Reverón Trujillo de 30-06-09, Bayrarrri de 30-08-08 y la Cantuta de 29-11-06). Incluso, en términos de justicia simbólica, que va más allá de la sanción al responsable, se puede reparar al daño inmaterial –que comprende los sufrimientos y aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas– mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión pública, que tenga como efecto, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas y evitar la repetición de violaciones los derechos humanos (SSCIDH caso Niños de la Calle, Villagrán Morales y otros de 26-05-01, la Masacre de Las Dos Erres de 24-11-09 y Dacosta Cadogan de 24-09-09).



No se reconoce al agraviado derecho alguno a instar la sanción penal del imputado y, menos, de reemplazar al fiscal cuando este no inste la acción o la pretensión penal.

### 3.3. Deberes del agraviado

El agraviado, con independencia que se constituya en actor civil en los delitos públicos o se erija en querellante particular en los delitos privados (art. 462.3 NCPP), si es convocado, debe declarar en las actuaciones de la investigación preparatoria y del juicio oral. El deber de concurrencia y de contribuir al esclarecimiento de los delitos es de carácter constitucional y comprende a todas las personas: víctimas, testigos y peritos.

### 3.4. Apoderado común

El art. 97 NCPP impone la necesidad de constitución de un apoderado común en los supuestos de pluralidad de agraviados en una causa por la comisión del mismo delito. Si estos se constituyen en actor civil, y en la medida que el juez considera que su número puede entorpecer el normal desarrollo de la causa será posible que disponga que nombren un apoderado común.

Los requisitos para la designación de un apoderado común pueden abordarse desde una perspectiva de carácter negativa. Sobre la premisa de la pluralidad de actores civiles por un mismo delito cuyo número, objetivamente, puede entorpecer el normal desarrollo del proceso, el apoderado común solo será posible si no (i) existen defensas incompatibles –diferentes puntos de vista y estrategias procesales sobre el caso–, (ii) representan intereses singulares –intereses afectados distintos y necesidad de planteamientos procesales propios desde la lógica probatoria y de actuación, distintos de los demás–, y (iii) formulan pretensiones diferenciadas –ámbitos y montos–.

Desde luego la designación corresponde a los agraviados constituidos en actores civiles, pero si no se ponen de acuerdo el juez, escuchándolos, debe designarlo.

# *LECCIÓN OCTAVA*

## **LAS PARTES ACUSADAS**

### **I. EL IMPUTADO**

#### **1. Concepto**

El imputado es la parte pasiva necesaria penal del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente a la privación de libertad, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia [MORENO CATENA]. Contra él se dirigen fundamentalmente, las actuaciones procesales [VEGAS] Constituye la suya una posición defensiva, en la que también participa, por lo general, un abogado defensor; ambos ocupan una posición común: la defensa frente al reproche formulado por el Ministerio Público [SCHLÜCHTER]. La regulación está en el Libro Primero, Capítulo I, del Título II del NCPP: arts. 71-79 NCPP.

La condición de imputado –legitimación pasiva– se adquiere cuando se es objeto de una imputación por la comisión de un hecho punible, directa o indirecta, formal o informalmente. Se pierde cuando finaliza el proceso: absolución, con la misma sentencia firme; y, condena, cuando culminan las actuaciones procesales de ejecución forzosa. La Constitución (art. 139.14) no exige un acto formal de imputación, solo exige que la persona, perfectamente identificada y determinada, sea citada o detenida por la autoridad. Su debida identificación ha sido abordada en el Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116, de 13-10-06.

Se discute el carácter del acto de imputación que permite reconocer formalmente a una persona el estatus de imputado. El elemento en mención, que integra el contenido esencial del concepto de imputado, parecer ser, en estricto derecho, la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (art. 336 NCPP), que otorga la dimensión propiamente procesal a quien antes solo fue un imputable –palabra de CARNELUTTI– o sospechoso –el vocablo impli-

cado se utiliza en el argot policial—, en tanto en cuanto aún no se constituyó la relación jurídico-procesal. El sospechoso —sometido a una indagación pre-procesal— puede o no llegar a ser imputado: sujeto pasivo del proceso penal. Tal precisión, desde luego, no supone —desde lo que se denomina imputación impropia, que es meramente descriptiva, no técnico-dogmática— que aquel carezca derechos y garantías frente a los órganos encargados de las diligencias preliminares —policiales o fiscales—, pues la Constitución y el NCPP se los reconoce, y con amplitud —aunque ha de entenderse que estos engloban el núcleo esencial del derecho de defensa, básicamente el de defensa técnica y la efectividad de su participación en las indagaciones— [RENEDO ARENAL].

El término que el “imputado” o “encausado” cabe vincularlo a la progresiva incriminación del sujeto en el curso del procedimiento penal, depende del grado de conocimiento que se tenga acerca del autor del hecho punible. Se construye a partir de los cuatro niveles de conocimiento:

- A. Posibilidad. Aptitud, potencia, vocación de que algo exista o suceda, es decir, quien por alguna circunstancia —oportunidad, medios o motivo—, puede pensarse que participó en la comisión del delito;
- B. Probabilidad. Cualidad fundada de que algo pueda suceder, esto es, cuando la posibilidad de haber cometido un delito se consolida al parecer en la investigación de algún hecho que lo relaciona con él;
- C. Verosimilitud. Apariencia de verdadero o con posibilidad de ser creído, vale decir, como consecuencia de lo investigado, al desecharse otra hipótesis incriminatoria alternativa, es viable articular un relato de hechos donde aparece como partícipe del hecho delictivo; y,
- D. Certeza. Conocimiento seguro y evidente de que algo es cierto, es el último grado en la convicción y el conocimiento, en cuya virtud cualquier hipótesis alternativa sobre un hecho es inadmisibile.

Al primer nivel se corresponde con el implicado o sospechoso, al segundo nivel con el indiciado, al tercer nivel con el inculcado, al cuarto nivel con el acusado, y al quinto nivel con el condenado [BANOCLOCHE].

## 2. Capacidad

Los requisitos subjetivos para ser imputado, como en el proceso civil, son capacidad para ser parte y capacidad procesal; también se incluye la legitimación.

## 2.1. Capacidad para ser parte

Esta noción indica, procesalmente, quién aparece como sujeto activo del delito: el imputado –aptitud para ser titular de los derechos y deberes propios del sujeto pasivo–. Responde a la exigencia de quién puede ocupar la posición de imputado en el proceso penal. Desde el punto de vista del derecho penal tal capacidad solo puede atribuirse a las personas físicas vivas –la muerte del imputado es una causal de extinción de la acción penal, ex art. 78.1 CP–, aunque este alcance está en crisis con lo dispuesto por los arts. 104 y 105 del Código Penal respecto de las personas jurídicas, que expresan ciertamente un relajamiento del aforismo *societas delinquere non potest*.

## 2.2. Capacidad procesal

En general, es la aptitud para realizar válidamente actos procesales; vale decir, es la aptitud mental y corporal para seguir el procedimiento y poder hacer valer en él las propias razones [GÓMEZ ORBANEJA]. En el derecho procesal penal –reflejo del derecho penal– la falta de capacidad procesal no guarda relación con la plenitud en el ejercicio de los derechos civiles, sino que, en lugar de estar basada en razones jurídicas, como en el proceso civil, está relacionado con una situación de hecho como es la aptitud natural para seguir en el procedimiento penal y valorar adecuadamente las actuaciones que en él realice [FERREIRO]. Se refiere a la imposibilidad de hecho de intervenir conscientemente en el proceso. Hace referencia, de este modo, a la minoridad, y a la anomalía psíquica grave, a la grave alteración de la conciencia, a la grave alteración en la percepción y, en general, a cualquier enfermedad que impida la actuación, esa actitud mental y corporal necesaria para actuar en juicio. Cabe, precisar, sin embargo, que la minoridad –art. 20.2 CP– y la anomalía psíquica grave en general –art. 20.1 CP– prohíbe, en todo caso, que esos sujetos puedan ser objeto de acusación, puesto que se convierten más que en un óbice para la condena, en un óbice de procedibilidad [BANACLOCHE].

Propiamente, sin embargo, en el proceso penal no se plantea una capacidad que pueda suplirse mediante un representante legal –no se toma en cuenta para nada la capacidad jurídica de obrar, o para el ejercicio de los derechos, en el sentido del derecho civil–. Por consiguiente, el único caso de incapacidad procesal que establece la ley es la inimputabilidad, sin desconocer, por cierto, los casos de enfermedad duradera, que constituye un óbice para la prosecución de la acción penal. El menor puede actuar válidamente

en el proceso para alegar esta circunstancia y lograr la resolución judicial de inhibición (art. 74 NCPP) [MORENO CATENA]. Es de aclarar que la inimputabilidad genera la incapacidad procesal del sujeto, pero no porque tengan esa consideración sustantiva, sino porque la persona carece de la aptitud necesaria para intervenir en el proceso y, naturalmente, no es posible suplir la incapacidad de la parte pasiva; es decir, de comprender el significado del proceso penal [QUINTERO OLIVARES].

El NCPP regula dos situaciones con relación a la anomalía psíquica de tipo grave:

- A. **Anterior al delito.** Como es causa de inimputabilidad, se dispone la realización, por el juez de la investigación preparatoria o el juez penal, de un examen por perito especializado. Una vez recibido el informe pericial, previa audiencia, con intervención de las partes y del perito, si se considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad y que esta continúa: se procede a la incoación del procedimiento de seguridad. Este último requiere un juicio previo de peligrosidad. Por el contrario, si el juez se persuade de que el imputado no es inimputable, ordenará continuar el proceso (art. 75 NCPP).
- B. **Sobrevvenida.** Es posible que la enfermedad sobreviniera después de cometido el delito: el juez de la investigación preparatoria, de oficio o a solicitud de parte, ordenará un examen por perito especializado. Una vez evacuado el examen, previa audiencia con citación de las partes y del perito, si el juez constata la enfermedad que le impide continuar con la causa, suspende la causa hasta que la evolución de la enfermedad haga posible iniciarlo. En este caso dispondrá, si correspondiere, el internamiento del imputado en un centro hospitalario especializado.

En ambos casos, como cuando el imputado sufre de alguna enfermedad, evacuado el dictamen pericial, previa audiencia con intervención del perito respectivo, el médico legista, especializado en psiquiatría, puede ordenarse el internamiento en un centro hospitalario estatal –salvo defectos de infraestructura y especialización, en los que puede disponerse la atención en una clínica privada (art. 77 NCP)–. El internamiento hospitalario será objeto de informe trimestral, sin perjuicio de que se disponga un examen pericial oficial en cualquier momento. El informe hospitalario o clínico servirá para renovar el internamiento o disponer su cese o variación.

### 2.3. Legitimación pasiva

Legitimado pasivamente está todo aquel que adquiere la condición de imputado. Es una mera cuestión de hecho, basta la imputación para conferirle legitimación; no hace falta una resolución judicial ni un emplazamiento formal. A partir de la imputación puede intervenir en el procedimiento, procurando su defensa. No es necesario nada más.

El imputado al final del proceso puede ser absuelto, pero ello no podrá suponer que ha actuado sin legitimación; solo significará que el juicio sobre su culpabilidad se ha resuelto negativamente. Es por ello posible adquirir y perder la legitimación a lo largo del proceso. Cuando la imputación desaparece, desaparece también la legitimación pasiva, y el sujeto habrá de salir del procedimiento penal [MORENO CATENA].

### 2.4. Postulación

Rige la regla general de la necesidad de que el imputado ha de ser defendido por abogado defensor. Se trata, por tanto, de aquella exigencia legal de que el imputado, y otras partes con capacidad procesal, comparezcan defendidas por un abogado a fin de poder realizar válidamente actos procesales. La defensa técnica en sede penal tiene jerarquía constitucional y convencional —es, además de un garantía constitucional, un requisito que se impone al órgano jurisdiccional, en cuya virtud no pueden realizar el proceso e imponer penas si no existe abogado del imputado [MONTERO AROCA]—. El fundamento de este requisito estriba en la existencia constitucional de que la tutela jurisdiccional ha de ser efectiva sin que en ningún caso se produzca indefensión o, con más precisión, de la garantía de defensa procesal, por lo que, debido a la complejidad actual, tanto del derecho material, como del procesal, se le ocasionaría una indefensión material al ciudadano, a la vez que se infringiría el principio de *igualdad de armas*, si se le permitiera acceder a un proceso personalmente, pudiéndolo hacer, provisto de abogado, la contraparte [GIMENO].

Lo expuesto no obsta a reconocer que ciertos actos, personalísimos, han de ser realizados por el propio imputado: actos de comparecencia, de declaración, de fijación de su identidad, sin perjuicio de aquellos actos propios de su autodefensa. En lo demás, se entiende que la intervención del abogado es preceptiva, señaladamente para la declaración del imputado (art. 71.2d NCPP).

### 3. Derechos

El imputado tiene derechos de actuación activo –de participación– y pasivo frente al poder estatal, asimismo de protección frente a los medios de comunicación.

#### 3.1. Derechos de participación

También se les denomina derechos de actuación activos. Son:

- A.** Constitucionalmente. Se consagra a través del derecho de audiencia judicial, producto del derecho a la tutela jurisdiccional, al punto de que el imputado no puede ser pasible de un juicio en ausencia (art. 139.3 y 12 de la Constitución). La Ley Fundamental garantiza la oportunidad de ser oído conforme a la ley, es decir, debe hacerlo valer en el modo y forma de ley –presupuesto de su ejercicio es la citación en debida forma del imputado–. Es de incluir, además, la garantía del debido proceso (art. 139.3 de la Constitución), y el respeto a su dignidad, así como de la garantía de defensa procesal, en especial del principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*: no se le debe forzar a declarar contra sí mismo, del que debe ser informado por la autoridad penal, y debe declarar según su libre voluntad, cuya lesión determinará la prohibición de utilización del material obtenido.
- B.** Legalmente. El imputado tiene garantizado los derechos de instrucción de derechos, defensa material y de asistencia letrada, desde las primeras diligencias. Asimismo, se le reconoce el derecho de información –y, también, de efectivo cumplimiento por la autoridad fiscal– de seis derechos instrumentales de defensa: **(i)** conocimiento de cargos, **(ii)** comunicación de su estado de detención a quien designe, **(iii)** asistencia letrada, **(iv)** abstención de declarar y, si quiere hacerlo, de presencia y asistencia de un abogado defensor –incluso, se le tiene reconocido el derecho de ampliar su declaración cuando lo juzgue conveniente (art. 86.1 NCPP), siempre que no sea dilatorio o malicioso y se encuentre en tiempo hábil para hacerlo–, **(v)** de no ser tratado coactivamente ni sometido a técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, y **(vi)** de ser examinado por un médico cuando su estado de salud así lo requiera. Asimismo, cuando es interrogado tiene derecho a la comunicación de cargos y de las pruebas en su contra, a que puede contar con un defensor, y a la actuación probatoria (art. 87 NCPP).

Adicionalmente, y en vía complementaria, el imputado tiene expedita una específica garantía de tutela jurisdiccional, concebida como una protección jurisdiccional especial a cargo del juez de la investigación Preparatoria frente a las actuaciones de persecución penal, que no tengan origen jurisdiccional. Está contemplada en el art. 71.4 NCPP.

El objeto de esta garantía procesal, analizada ampliamente en el Acuerdo Plenario n.º 4-2010/CJ-116, de 16-11-10, abarca tres ámbitos:

- A. El derecho de información de los derechos legalmente reconocidos –y su concreción en un acta–, previstos en el apdo. 2 del citado art. 71 NCPP.
- B. El reconocimiento y efectividad de los derechos legales, que obviamente son aquellos seis fijados en el citado art. 71.2 NCPP y en el art. 87 NCPP.
- C. La imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales.

Es de tener presente que estos tres ámbitos de la acción de tutela, por su carácter genérico, no reemplazan ni pueden ser articulados indistinta y, menos, conjuntamente con los remedios jurídicos que el NCPP reconoce específicamente al regular las medidas de coerción y de búsqueda de pruebas y restricción de derechos o cuando prevé los pertinentes medios de impugnación.

El juez de la investigación preparatoria tiene una intervención activa frente a una solicitud de tutela: indagar sumariamente la realidad de los hechos alegados por el peticionario, citar a una audiencia con el concurso de las partes y decidir. En lo pertinente, se seguirán las reglas del art. 8 NCPP. El juez tiene poder de subsanación de la omisión –si la conducta denunciada fuere omisiva–, así como de corrección y protección, según si la conducta denunciada fuere comisiva o activa y merezca, adicionalmente, una medida judicial de satisfacción para superar la violación legal establecida.

### 3.2. Derechos de actuación pasivos

Es claro que el imputado es objeto de la coacción estatal en tanto debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas, contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal. En este sentido es también un medio de prueba; pero, igualmente, es un sujeto procesal dotado de derechos autónomos dentro del proceso –según ya se ha detallado–. Desde la consideración del imputado como sujeto pasivo, su posición jurídica, sin embargo, está dotada de numerosas protecciones [ROXIN].



Son los siguientes:

- A. **Declaración voluntaria.** El imputado tiene derecho a que no se emplee contra él métodos coactivos ni se le someta a técnicas o métodos que induzcan o alteran su libre voluntad (art. 71.2e NCPP). No se puede atentar contra su autonomía personal, a la vez que se debe salvaguardar su dignidad y observar el principio de proporcionalidad.
- B. **Interrogatorio objetivo.** El imputado tiene derecho a que, previamente, se le invite a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho imputado. El interrogatorio, a continuación de su exposición, será directo. Las preguntas serán claras y precisas, no ambiguas, capciosas o sugestivas. Está prohibido coaccionarlo (art. 88.3 y 4 NCPP). Cuando hay fatiga o falta de serenidad, debe suspenderse la declaración (art. 88.6 NCPP).
- C. **Respeto de su dignidad.** El imputado declarará siempre libre, sin esposas u otros medios de seguridad, y sin la presencia de otras personas que las autorizadas a asistir. Si está preso, el interrogatorio se realizará en recintos cerrados para impedir la fuga o atentados contra la seguridad de las personas (art. 89.1 NCPP). En igual sentido, en juicio oral debe comparecer sin ligaduras ni prisiones, acompañado de policías (art. 367.6 NCPP). Por último, aún cuando sea objeto de la coacción estatal, solo está obligado únicamente a tolerar las medidas instrumentales restrictivas de derechos y nunca a colaborar activamente para su realización.
- D. **Derecho a la presunción de inocencia.** El fiscal debe probar los cargos. La prueba que justifique una condena debe ser legal, legítima y suficiente, valorada conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, razonada y razonablemente. En esa línea, la Policía está autorizada a informar a los medios de comunicación acerca de la identidad del imputado detenido, mas no mostrarlo como culpable del delito, ni a utilizarlo como un “logro” institucional (art. II.2 del NCPP). Este respeto al imputado, de cara a salvaguardar la presunción de inocencia que le asiste, cobra especial importancia en la fase de diligencias preliminares respecto a delitos contra el patrimonio.

### 3.3. Derechos de protección frente a los medios de comunicación

Los derechos del imputado deben ser respetados no solo por los poderes coercitivos del Estado, sino también por los medios de comunicación —llámese prensa, radio y televisión—.

Es necesario hacer un juicio de ponderación, orientado por el principio de proporcionalidad, entre los derechos del autor punible y la libertad de información periodística, pues es claro que no existe un derecho absoluto de informar. En particular se debe diferenciar: **i)** antes de la condena, se debe tener presente la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada. Conforme a ella, son inadmisibles la información con mención del nombre, una imagen u otros datos que permitan la identificación. La prerrogativa de habilitación que tiene la Policía de informar a los medios de comunicación acerca de la identidad de los imputados en un hecho punible –contenida en el art. 70 del NCPP– debe ser interpretada restrictivamente y en consonancia con el art. II.2 del NCPP, el cual prohíbe que un funcionario o autoridad pública presente a una persona como culpable de la comisión de un delito o brinde información en ese sentido **ii)** posterior a la condena, es inadmisibles la referencia del autor cuando esta es reiterativa y mancillante en su honor, pues pone en peligro su resocialización.

Se debe cuidar la doble estigmatización al imputado, en cuanto a que tanto los medios de comunicación como el poder correctivo estatal equiparen la imagen del procesado como si ya estuviese condenado.

Respecto al problema del prejuzgamiento a través de los medios de comunicación, debe analizarse no solo en cuanto afecta los derechos del imputado, sino hasta qué medida vulnera la imparcialidad del órgano jurisdiccional que no solo juzga y sanciona, sino que emita medidas coercitivas provisionales [ROXIN].

#### 4. Deberes

Comprenden los deberes positivizados de moralidad procesal y de asistencia al llamamiento de la autoridad.

##### 4.1. Moralidad procesal

Si el imputado altera el orden en una actuación procesal, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla con la sola intervención de su abogado y demás partes. Según la naturaleza de la diligencia, se sancionará al imputado con su exclusión de la diligencia y la continuación de la misma con su defensor y con las demás partes –es el caso de una diligencia personal, que requiera su ineludible intervención porque debe exponer lo conveniente en su desarrollo– (art. 73 NCPP). En la audiencia pública, incluso, se le puede expulsar (art. 364.4 NCPP).

#### 4.2. Presencia y Ausencia del imputado

La presencia del imputado es para el juez un deber ineludible y para el imputado un derecho no renunciable que, por tanto, puede calificarse de derecho-deber [MONTERO]. La indispensabilidad de la presencia del imputado para la ejecución del acto es propia del juicio oral (art. 367.1 NCPP), no para la investigación preparatoria. El principio de audiencia debe ser interpretado en el Proceso Penal en su sentido estricto: es necesario “oír” efectivamente al imputado, básicamente, porque es un elemento fundamental de *convicción* y por los derechos que subyacen en el proceso [VEGAS]. Si el imputado no concurre al juicio –no lo hace injustificadamente– se le declara contumaz (art. 367.3 NCPP). Frente a una citación de un acto procesal distinto del juicio oral, la inasistencia determina, de un lado, la conducción compulsiva, conforme al art. 291.2 NCPP (reo con comparecencia simple), o, de otro, la revocación de la medida y dictación de la medida de prisión preventiva cuando está sujeto a comparecencia restrictiva (art. 287.3 NCPP).

La obligatoriedad de este derecho-deber para el reo y deber para el juez determina la declaración de ausencia o contumacia cuando se inasiste a los llamamientos de la autoridad (art. 79 NCPP). La ausencia o la contumacia son declaradas por el juez, a instancia del fiscal o de las demás partes –principio de rogación–, siempre previa constatación. Es necesaria una resolución judicial fundada, que tiene carácter constitutiva, pues crea un estado de ausencia o de contumacia. Está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente y presupone el correcto emplazamiento judicial [Acuerdo Plenario n.º 5-2006/CJ/116, de 13-10-06]. La contumacia o la ausencia, según el caso, es una situación jurídica que produce determinados efectos en el proceso penal, por lo que no se puede hablar de un proceso en contumacia o en ausencia, sino de procesos seguidos en contumacia o en ausencia [GÓMEZ ORBANEJA].

- A. La *contumacia* requiere que se constate que el reo tuvo conocimiento del requerimiento de la autoridad, fiscal o judicial, y pese a ello no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales, luego de una segunda citación, como se anotó en el aludido Acuerdo Plenario. El art. 79.1 NCPP fija algunos supuestos específicos, adicionales, de rebeldía: fuga del centro de detención o prisión, no obedece una orden de detención o prisión, ausencia del lugar de residencia o designado por la autoridad.

- B. La *ausencia* se declara, previa constatación, cuando el imputado está en paradero desconocido y no aparezca evidencia suficiente de que conozca del proceso.

Los efectos de la declaración de contumacia o ausencia son conducción compulsiva –no afecta el mandamiento de detención y prisión preventiva– y nombramiento de defensor de oficio o del propuesto por un familiar suyo, quien será su representante técnico: podrá presentar todo tipo de medio de defensa. No se suspende la etapa de investigación preparatoria ni la etapa intermedia, pero en juicio oral debe archivarse provisionalmente el juicio, aunque puede ser absuelto –en caso de pluralidad de imputados la suspensión del proceso respecto del ausente o contumaz no los comprende–. Esto último significa que el NCPP acogió el sistema de la suspensión del proceso –propiamente, del juicio oral–, no el de la autorización de la continuación del mismo, a reserva de que si el imputado comparece posteriormente pueda utilizar determinados remedios rescisorios contra la sentencia dictada en contumacia o ausencia [ESCUSOL].

Cesa la ausencia o contumacia: (i) una vez que se presente a juicio, y (ii) cuando se realicen las diligencias que requieran su intervención (art. 79.6 NCPP).

## II. EL ABOGADO DEFENSOR

### 1. Concepto

La palabra “abogado” deriva del latín *advocātus*, que significa ‘llamado a’ o ‘llamado para’. Según la Real Academia Española, es el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico. La ausencia de letrado –defensa formal o técnica– es predicable de todos los sujetos del proceso –a excepción hecha del Ministerio Público y de la Procuraduría Pública, que no necesita de la postulación [VEGAS].

La defensa es una parte procesal, dialécticamente opuesta a la acusación, integrada por dos sujetos procesales: el imputado y su abogado, titulares de los derechos constitucionales de la libertad y de defensa. El imputado tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, y como es un sujeto de la actividad probatoria ha de intervenir con plena igualdad y bajo el principio de contradicción. La defensa no se limita a los defensores, comprende también la defensa material o auto patrocinio, y la defensa formal o patrocinio del defensor [GIMENO]. El

imputado deberá contar siempre con la asistencia técnica necesaria; asistencia que además, deberá ser efectiva (STCE 13/2000, de 17 de enero).

## 2. Posición procesal del abogado defensor

La misión del defensor consiste en aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista, así en la cuestión de hecho como en la jurídica, favorables al acusado. Él debe hacer valer de la mejor manera posible todos los hechos que hablen a favor del imputado y todos los derechos conferidos a él. Es independiente de la voluntad del reo, pues su deber de defenderlo no cesa porque no quiera defenderse ni que se le defienda.

El defensor cumple una función pública porque hace valer la presunción de inocencia –y, dado el caso, también todas las circunstancias que favorecen al culpable– y, en sentido jurídico, garantiza y vela por la legalidad formal del procedimiento. Pero también, en armonía con ello, sirve exclusivamente al interés del imputado, en la medida en que ese interés se dirija a ser defendido de la mejor manera posible. Es, pues, un órgano de la administración de justicia al exclusivo servicio de los intereses del imputado admitidos legalmente [ROXIN], lo que no significa que sea dependiente del órgano judicial, y, menos, de la fiscalía.

## 3. Derechos y deberes del abogado defensor

El art. 84 NCPP reconoce al defensor un conjunto de derechos o, mejor dicho, de poderes para cumplir su misión de auxilio técnico-jurídico y de representación técnica del imputado. Son diez potestades, en un listado no cerrado: **1.** Asesoramiento al reo desde el primer momento, **2.** Interrogatorio directo, **3.** Acudir a un experto para el desarrollo de una diligencia, **4.** Participación en todas las diligencias –salvo del coimputado en la investigación preparatoria–, **5.** Aportación de medios de investigación y de prueba, **6.** Presentar todo tipo de peticiones, **7.** Acceso a las actuaciones fiscales y judiciales y obtener copia de ellas, **8.** Entrevista con su defendido, **9.** Amplia libertad de expresión, **10.** Interposición de cuestiones previas y prejudiciales, así como de recursos y demás medios de defensa. Es de precisar que el abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan la administración de justicia.

Entre los principales deberes del abogado frente al imputado están el de guardar el secreto profesional y realizar una defensa adecuada en el proceso. El secreto profesional es un derecho consagrado en el art. 2 num. 18 de la Constitución, del cual se pueden extraer las siguientes pautas de observancia en el proceso

penal: **i)** el defensor no está autorizado a revelar las comunicaciones, ni las asesorías que le brinda al procesado, **ii)** El Ministerio Público no puede citar u obligar a declarar al defensor a preguntarle sobre los hechos objeto de investigación, salvo que sea copartícipe del mismo.

Los demás deberes del abogado, reconocidos en el art. 288 de la LOPJ, son, entre otros: **i)** actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados, sin que esto importe, en ningún caso, quebrar el secreto profesional; **ii)** patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; **iii)** defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; **iv)** actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice; **v)** desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para él; **vi)** cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente; **vii)** abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga; **viii)** consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales; y, **ix)** denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía.

La actuación de abogado en el proceso penal y los actos procesales donde él forma parte están regidos por los principios de legalidad y acusatorio. Su ejercicio en tribunales está condicionado a **i)** tener título de abogado; **ii)** hallarse en ejercicio de sus derechos civiles; **iii)** tener inscrito el título profesional en la Corte Superior de Justicia correspondiente; y **iv)** estar inscrito en el Colegio de Abogados del distrito judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el distrito judicial más cercano (art. 285 de la LOPJ).

El abogado que ejerce con un título falso es pasible de recibir una sanción penal por el delito de ejercicio ilegal de la profesión (art. 363 del Código Penal). Asimismo, el defensor que, después de patrocinar a una parte en el proceso judicial, asuma la defensa de la parte contraria en el mismo proceso, es objeto de una pena privativa de la libertad no mayor de dos años (art. 421 del Código Penal).

#### **4. Defensor voluntario y defensor necesario**

El imputado tiene derecho de asistencia letrada, de designación de un abogado defensor de su confianza, designación que no puede ser cuestionada o no aceptada por el fiscal o juez. Si no lo nombra o no tiene recursos para hacerlo, el Estado debe proveerlo en aras de garantizar la legalidad de la diligencia y el debido proceso. El art. 80 NCPP menciona al Servicio Nacional de la Defensa de Oficio.

La defensa necesaria es aquella indispensable para que el acto procesal o la diligencia adquieran eficacia. Un supuesto es la declaración del imputado (art. 86.2 NCPP). También es necesaria la intervención del defensor en todas aquellas diligencias susceptibles de preconstituir o anticipar prueba; y, por cierto, en las etapas intermedia y de enjuiciamiento. En estos casos la presencia e intervención del defensor constituye un requisito legal, dimanante al principio de igualdad de armas.

El patrocinio de varios imputados por un defensor o Estudio Asociado es posible si no existe incompatibilidad de defensa entre ellos (art. 81 NCPP). En este último caso, la defensa puede realizarse por cualquier abogado asociado; la notificación comprende a todos y cada uno de ellos. La intervención conjunta de abogados es posible, pero en una diligencia solo interviene uno.

#### **5. Reemplazo, exclusión, sanción, sustitución y expulsión del abogado defensor**

El nombramiento de un abogado por el imputado dura mientras este último no le ratifique su confianza y proceda a sustituirlo, sin expresión de causa.

Se pueden presentar en el curso del proceso las siguientes circunstancias:

- A.** Si el abogado no concurre a una diligencia, y esta es inaplazable: se le reemplaza por otro designado por el reo o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia.
- B.** La exclusión procede cuando el abogado no asiste injustificadamente a la diligencia para la que es citado, esta no tiene el carácter de inaplazable. En el término de 24 horas el reo debe designar otro defensor o de lo contrario se le nombrará uno de oficio, reprogramándose la diligencia por única vez.
- C.** A pesar de la renuncia, el abogado debe realizar los actos urgentes para impedir la indefensión del imputado. La renuncia debe ser comunicada al juez en el término de 24 horas antes de la realización de la diligencia.
- D.** El abogado defensor que no concurre o que abandona injustificadamente una diligencia, será sancionado por el juez o colegiado competente. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior para que conozcan la aplicación de la Sanción y al Colegio de abogados del distrito para que ejecute la sanción (art. 85 NCPP).
- E.** La sustitución del defensor también procede cuando es expulsado el reo y este se solidariza con su patrocinado y abandona la diligencia (art. 73.2 NCPP).

- F. El defensor puede ser expulsado de la Sala de Audiencia, previo apercibimiento, en cuyo caso será reemplazado otro defensor en el plazo de 24 horas; la expulsión procede cuando se altera el orden y el respeto en la Sala de Audiencias (art. 364.2 NCPP).

### III. LA PERSONA JURÍDICA

#### 1. Planteamiento

Cuando un delito se comete tras una persona jurídica –en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo en encubrirlo (art. 105 CP)–, esta es pasible de medidas de carácter penal, en tanto implican una limitación coactiva de sus derechos. Asimismo, cuando el delito se comete por sus dependientes o funcionarios en el ejercicio de su actividad, siempre que sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria, es pasible de la medida de carácter civil de privación de beneficios causalmente vinculados al hecho delictivo (art. 104 CP); integra la reparación civil.

Esta incorporación de la persona jurídica en la comisión de delitos –más aún cuando expresamente se las considera como sujetos activos del delito y responsables penales– se debe a la frecuencia con la que se cometen delitos en el ámbito societario originarios por la vida económica que somete a las empresas y a sus directivos a una gran presión; y, a la obligación estatal de incrementar la eficacia del proceso penal, dado que la mera responsabilidad personal impide en muchos casos poder imputar claramente el delito a una persona física [ASENCIO].

Así las cosas, no hay duda de que la persona jurídica es un sujeto pasivo del proceso, propiamente ha de ser parte procesal. Primero, porque contra ella puede recaer una medida penal (art. 105 CP); segundo, porque en el curso del proceso puede ser pasible de una medida de coerción (art. 313 NCPP); y, tercero, porque contra ella recae una imputación específica conforme a los presupuestos estatuidos en el art. 105 y 105-A del CP, por lo que es necesario dotarla de la cobertura necesaria en los mismos términos que los que el sistema otorgar cuando la imputación recae sobre una persona jurídica [ESPINOZA GOYENA]. En esos términos se pronunció el Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, de 13-03-09.

#### 2. Incorporación como parte

En tanto en cuanto concúrran, *prima facie*, los supuestos previstos en los arts. 104 y 105 CP, las personas jurídicas deben ser emplazadas e incorporadas al



proceso, a instancia del fiscal. Es evidente, por lo demás, que al amparo de las exigencias dimanantes de la garantía de tutela jurisdiccional que el actor civil pueda reclamar su incorporación en los supuestos del art. 104 CP.

El fiscal, como consecuencia del principio acusatorio, es quien debe formular un requerimiento motivado. La incorporación para ser parte en la causa puede tener lugar después de la expedición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta antes de dar por concluida la investigación preparatoria. Formalmente, el requerimiento fiscal debe estar debidamente fundamentado: identificación y domicilio de la persona jurídica, relación de los hechos, fundamentación legal. La fundamentación del *petitum* y de la *causa petendi* debe formularse en debida forma.

El procedimiento de incorporación es el previsto en el art. 8 NCPP. Su espacio culminante es la realización de una audiencia con asistencia de las partes y de la propia persona jurídica emplazada (art. 91 NCPP). Rigen las reglas de representación regular de la persona jurídica para su intervención en el procedimiento de incorporación como parte.

### 3. Procedimiento ulterior

Emitido el auto de incorporación de la persona jurídica, el órgano social de esta designará un *apoderado judicial*, que no puede ser el imputado por los mismos hechos—se ha seguido en este ámbito el modelo francés—. De no hacerlo, previo requerimiento por un plazo de cinco días, lo hará el juez de la investigación preparatoria (art. 92 NCPP). La persona jurídica está en libertad de designar como representante en juicio a la persona física que así lo considere, para lo cual ha de guiarse por criterios de confianza en la persona elegida y de conveniencia.

Es importante tener en cuenta, aunque no está expresamente legislado, que no corresponde designar como representante en juicio a una persona física que debe declarar en la causa como testigo de cargo, a fin de evitar el fraude que consistiría en que la persona jurídica nombre a esta persona, en cuyo caso su posición sería ambigua, pues, de un lado, como representante no podría declarar contra la persona jurídica—a esta le asiste el derecho al silencio y a la no incriminación— y, de otro lado, como testigo estaría obligada a declarar con la verdad sobre los hechos del proceso, favoreciendo incluso la posición procesal de la parte acusadora. El nombramiento debe recaer, en consecuencia, en una persona cuya versión, objetivamente, no sea importante y útil de cara al tipo de hechos juzgados, de modo que deba ser convocada como testigo; y, a la vez, que su designación no pueda colisionar con la indispensable relación de aquella en la estructura de la

persona jurídica, de tal suerte que su presencia en la causa garantice una defensa efectiva de la misma.

Por otro lado, se discute si el auto que se pronuncia sobre la incorporación de una persona jurídica es apelable. Como no existe una regla específica –que existe en el caso de decisiones sobre la incorporación del actor civil y el tercero civil: arts. 103.1 y 112.3 NCPP–, rige la regla general del art. 416.1d NCPP, por lo que incorpore o desestime la incorporación la decisión judicial es apelable con efecto no suspensivo (art. 418.1, *a contrario sensu*, NCPP).

#### 4. Derechos y garantías

Para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, la persona jurídica tiene poderes equivalentes al imputado, en tanto que, como parte procesal, tiene que resistir las medidas de coacción que la jurisdicción penal considere necesarias para la realización de la justicia [PEÑA CABRERA FREYRE]. Ostenta, por ello, legitimación originaria para defenderse y actuar en el proceso penal. Empero, la falta de personación o rebeldía no importa la declaración de contumacia ni la suspensión del juicio: la sentencia condenatoria puede comprenderla (art. 93 NCPP); al ser considerada la persona jurídica como parte procesal no solo se le debe reconocer derechos –los del imputado– sino también obligaciones y si no las cumple se le debe sancionar en estricta consonancia con la legalidad procesal [NEYRA].

Será del caso de cuidar el nombramiento del apoderado judicial y homologar sus poderes con los del abogado del contumaz o ausente, según el art. 79.3 NCPP. En efecto, como en cualquier otra fase de su vida jurídica, será necesaria que represente a la persona jurídica una persona física, con quien debe entenderse las autoridades públicas de persecución penal y los otros sujetos que intervengan en el proceso penal [GASCÓN]. Se parte de la premisa de que la persona física en sí misma no es parte del proceso, pues esa condición la ostenta la persona jurídica representada; por eso no puede ser objeto de detención, ni prisión preventiva ni de cualquier medida de coerción, sea de índole personal o patrimonial [GASCÓN].

A pesar de que la persona jurídica en estricto no es autora de los hechos de referencia –que tratan de las concretas conductas cometidas por una o más personas físicas que son susceptibles de tipificarse como uno de los delitos contemplados en el CP– puede formular alegaciones y puede proponer prueba respecto de ellos en forma plena, como parte del ejercicio de su derecho de defensa.

Asimismo, la plenitud de sus facultades defensivas se mantiene no solo en primera instancia, sino también en la fase de impugnación de la sentencia. En

efecto, la aplicación de las reglas generales sobre el gravamen para recurrir debe permitir que la persona jurídica condenada impugne tanto en apelación como en casación los pronunciamientos de la sentencia que le conciernen a ella directamente (en relación a los hechos internos y a sus consecuencias jurídicas). En esta línea de ideas, es posible apoyar la tesis de que, inclusive, la persona jurídica puede proyectar su impugnación sobre los pronunciamientos del Tribunal en relación con el delito base y con sus consecuencias jurídicas, aun cuando la persona natural no haya recurrido o haya dado un ámbito material o enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos.

Se trata una interpretación que, desde el punto de vista normativo, se encuentra sustentada en lo dispuesto en el art. 408.3 del NCPP que regula la extensión del recurso de impugnación: "La impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos personales" [GASCÓN].

#### IV. LAS PARTES CIVILES

##### 1. Planteamiento

En la medida que el hecho punible haya ocasionado un daño en la esfera patrimonial de algún sujeto del derecho, y este no haya renunciado o reservado el ejercicio de la acción civil en el proceso declarativo civil correspondiente –salvo su silencio e inactividad, en cuyo caso interviene el Ministerio Público como sustituto procesal–, es posible estimar que, pasivamente, existen partes a la que es de emplazar en el proceso penal. La responsabilidad civil excede al de los responsables penales y comprende a otras personas que, sin ser responsables penalmente, lo son civilmente.

El responsable civil es la parte pasiva de la pretensión civil acumulada al proceso penal –la denominación de responsable civil trae causa en la necesidad de distinguirlo del imputado frente a la cuestión civil–. Es la persona contra la que se dirige el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, es decir, la persona que, en su caso, deberá hacer frente a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios [VEGAS TORRES]. Su capacidad y legitimación –al igual que en el caso de la parte civil activa– se rige por las reglas comunes del derecho civil y el derecho procesal civil, ostentando toda la capacidad de actuación procesal para defenderse de la pretensión de resarcimiento. La acción civil, en cuanto acción de carácter privado, solo se puede solicitar en el proceso a instancias de quien es su titular, para lo cual además tiene que existir un tal pro-

ceso en curso [CREUS]. Se requiere de una solicitud expresa, debidamente fundamentada, para la incorporación de los responsables civiles, distintas del imputado.

En la inmensa generalidad de los casos se confunde el rol de imputado con el del responsable civil, pues, en la medida en que los daños surgen como consecuencia de la comisión de un delito, su autor es responsable simultáneamente en la esfera del derecho penal y del civil de daños. Así lo estipula el art. 95 CP.

Responsable civil directo es, entonces, (i) el imputado: autor o partícipe del hecho punible que ha generado un daño resarcible –la acción de reparar el daño alcanza solidariamente a todos los responsables del hecho punible (art. 95 CP), sin perjuicio de la acción de repetición que pueda realizar quien pagó el íntegro de la reparación civil frente a los otros responsables (art. 1983 del Código Civil)–. También tendrá este carácter, aunque no es autor o partícipe del delito, todo aquel que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito: (ii) las empresas de seguro y hasta el límite del convenio por los hechos del autor (art. 113.3 NCPP) [VEGAS TORRES], así como (iii) la persona jurídica en los supuestos del art. 104 CP.

Respecto de las empresas de seguros el llamamiento puede realizarse tanto por el damnificado como por el propio imputado. No puede traerse a juicio al asegurador si el proceso no se ha incoado contra el asegurado, y tampoco puede continuarse la acción contra el-asegurador si se ha desistido de la demanda contra el asegurado. La acción que el damnificado –o, en su caso, el fiscal– dirige contra el asegurador es directa y, como tal, le confiere la calidad de parte procesal, en tanto garante del cumplimiento de la obligación resarcitoria debida por el asegurado, dentro del límite pacto en el contrato de seguro [LOUTAYF/COSTAS].

## 2. El tercero civil responsable

También es responsable, siempre solidario, por los daños cometidos por los autores y partícipes del hecho punible aquel que, según el derecho civil, deba serlo (art. 95 CP). Es el responsable civil indirecto –junto con el responsable civil directo: imputado y compañía de seguro, desde un enfoque sustancial, son civilmente demandados–. La base de esta afirmación se encuentra en la responsabilidad aquiliana: la persona jurídica respecto del funcionario o dependiente, los supuestos de culpa civil *in vigilando*, *in eligiendo* o *in educando* –al elegir a los dependientes o al supervisar su actuación–, en relación a los hechos de personas que se encuentran bajo su guardia, custodia o que mantienen una determinada relación jurídica con un tercero.

Para la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria se requieren de la presencia de dos requisitos: (i) Que el infractor penal y el presunto responsable civil subsidiario estén ligados por una relación jurídica o de hecho, por un vínculo, en virtud del cual el responsable penal principal se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenta con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario o indirecto. (ii) Que el delito que genera una y otra responsabilidad –directa o subsidiaria– se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, tarea o cometido confiados al infractor penal, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación [FERREIRO].

Le corresponde resistir la pretensión reintegradora patrimonial hecha valer en el proceso penal –que se funda en el hecho inculcado y no en un hecho distinto ni en cualquier otra relación de derecho civil–, sea por el damnificado constituido en parte civil o, en su defecto, por el Ministerio Público. Se ubica, así –al igual que la empresa de seguro–, al lado del imputado y en cierto modo en consorcio con él, como demandados, si contra ambos se dirige la pretensión privada [CLARIÁ].

### 3. Incorporación como parte del responsable civil

En tanto en cuanto concurren, *prima facie*, los supuestos previstos en el Código Civil –criterios de imputación del derecho civil– (rige el Código Penal, en tanto norma específica, respecto de la persona jurídica), el responsable civil, directo o indirecto –que puede ser persona natural o jurídica– debe ser emplazado e incorporado al proceso, a instancia del fiscal o del actor civil. Será tanto, como ha quedado expuesto, el tercero civil como el responsable civil directo no imputado. El vínculo que existe es de solidaridad pasiva, salvo el caso especialísimo de la persona jurídica en los supuestos del art. 104 CP, que tiene un carácter subsidiaria.

La legitimación activa la ostentan el fiscal o el actor civil. Ellos formularán un requerimiento o solicitud motivada. Podrá presentarse luego de la expedición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta antes de dar por concluida la investigación preparatoria. Como requisitos formales de la solicitud se exigen nombre y domicilio del emplazado, relación de los hechos, fundamentación legal. La fundamentación del *petitum* y de la *causa petendi* debe formularse en debida forma. Se debe cuidar de precisar el vínculo jurídico, de derecho civil, con el imputado. Ahora bien, como se trata de una

cuestión civil la pretensión puede dirigirse no necesariamente contra todos, sino contra una de ellos.

El procedimiento de incorporación es el previsto en el art. 8 NCPP. Se requiere audiencia con asistencia de las partes y del tercero civil emplazado (art. 91 NCPP).

#### 4. Procedimiento ulterior

Emitido el auto de incorporación del responsable civil, adquiere la condición procesal parte al igual que el actor civil. Por tanto, se le notificará para que intervenga en el proceso, con copia del requerimiento y conocimiento del fiscal para que le otorgue la intervención respectiva. Solo es apelable el auto que deniegue el pedido de constitución en parte pasiva al tercero civil (art. 112 NCPP).

Si es legalmente llamado y no comparece, será también parte y el proceso se le seguirá en rebeldía sin necesidad de declaración formal alguna [CLARIÁ].

#### 5. Derechos y garantías

Para la defensa de sus derechos e intereses legítimos patrimoniales, el responsable civil tiene poderes equivalentes al del imputado; ostenta, por ello, legitimación originaria para defenderse y actuar en el proceso penal (art. 113.1 NCPP). Empero, la falta de personación o rebeldía, no importa la declaración de contumacia ni la suspensión del juicio. Basta la correcta notificación. La sentencia condenatoria, emitido el auto de incorporación y notificado correctamente, puede comprenderla y deberá someterse a los efectos indemnizatorios fijados en ella (art. 113.2 NCPP).

El asegurador, como la ley le impone el cumplimiento de la reparación civil según los riesgos cubiertos en el contrato de seguro, está autorizado a ejercer ampliamente su derecho de defensa. Puede interponer todo tipo de defensas, resultantes o no del contrato de seguro, salvo las nacidas luego del siniestro. Estas pueden estar vinculadas tanto (i) al hecho causante de la responsabilidad –existencia del hecho, responsabilidad civil del imputado o tercero civilmente demandado, la extensión del daño, el monto de la condena, etcétera– como (ii) a las resultantes del contrato de seguro –oponer la falta de pago oportuna de la prima por el asegurado, la suspensión o la no cobertura del reclamo, la exclusión del riesgo, etcétera– [LOUTAYF/COSTAS].

*PARTE CUARTA*

**ACCIÓN PENAL, ACCIÓN CIVIL Y OBJETO  
PROCESAL**





# *LECCIÓN NOVENA*

## **ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL**

### **I. ACCIÓN PENAL**

#### **1. Aspectos generales**

##### **1.1. Concepto**

La acción penal, reconocida por el art. 1 NCPP, es considerada por la Ley Procesal como un poder jurídico público [DE LA OLIVA] que impone el derecho constitucional y cuyo ejercicio regula el derecho procesal [VÉLEZ MARICONDE], que se ejercita a través del Ministerio Público o del ofendido por el delito, quien pone en conocimiento al juez la incoación de la Investigación Preparatoria (arts. 3 y 459 NCPP) o una noticia criminal, a partir de la cual este, (i) o registra la inculpación y nace la posibilidad de control o jurisdicción preventiva o de garantía, (ii) o dicta una resolución motivada y fundada sobre su admisión o sobre la finalización del proceso penal.

En sede penal, a diferencia de la acción civil, únicamente puede hablarse de acción como poder y solo en sentido abstracto [CARNELUTTI]. El poder jurídico de acción importa, en su inicio, provocar la formación del proceso y, luego, de mantenerlo vivo a fin de que quien lo ostenta pueda ser y actuar como parte acusadora. La acción va dirigida al órgano jurisdiccional para que en nombre y como representante del Estado sancione el acto delictivo. Además, la acción como poder jurídico es autónoma, es decir distinta del derecho de penar que al Estado corresponde [ALCALÁ ZAMORA].

##### **1.2. Alcance**

Este poder jurídico será un derecho deber en el caso del Ministerio Público (art. 1.1 NCPP), íntimamente relacionado con sus funciones públicas. La Fiscalía debe ejercer la acción penal ante la sospecha razonable de la comisión de un delito público (art. 329.1 NCPP), dada su especial misión de defender la legalidad (art.

159.1 Constitución), aunque más que un derecho se trata de una obligación que gravita sobre los miembros del Ministerio Público de defender a la sociedad, a la víctima y al principio de legalidad.

Será un derecho en el caso del directamente ofendido en los delitos privados (art. 1.1 NCPP), que se ejerce a través de la querrela –derecho subjetivo disponible– (art. 459.1 NCPP). Este derecho potestativo está informado por el principio de oportunidad, al otorgar al ofendido un derecho a la no perseguibilidad del delito. Es una cualidad personal e intransferible. Solo el ofendido por el delito puede erigirse en parte acusadora y, a la vez, apartarse del proceso que inició (arts. 78.3 CP y 464.2 NCPP), así como, en su caso, provocar la extinción de la responsabilidad penal declarada judicialmente mediante el perdón (art. 85.4 CP).

La ciudadanía no tiene un derecho de acción penal; los ciudadanos no son sujetos de la acción penal. Solo pueden dirigirse al órgano jurisdiccional el Ministerio Público en delitos públicos y el directamente ofendido en los delitos privados. Ello en modo alguno limita el derecho de petición de los ciudadanos para comunicar, vía denuncia, al Ministerio Público –que es una autoridad pública– la comisión de delitos públicos (art. 326.1 NCPP).

El Ministerio Público promueve la acción penal a través de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (arts. 3 y 336 NCPP), mientras que el ofendido en los delitos privados lo hace mediante la querrela (arts. 1.1 y 459.1 NCPP). En ambos casos se comunica al juez de la investigación preparatoria la presunta comisión de un delito y se le atribuye, bajo determinados parámetros legalmente configurados, el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo propio del NCPP es que sus presupuestos no están sometidos al control jurisdiccional en el primer supuesto –la concordancia de los citados arts. 3 y 336.3 NCPP no da lugar a dudas–, en el caso del Ministerio Público. Tal control, sin embargo, se afirma en el caso del ofendido en delitos privados, en cuya virtud el juez ha de juzgar si el hecho denunciado no constituye delito, si la acción ha prescrito o si versa sobre hechos punibles de acción pública; únicamente si los hechos parecen delictivos y punibles tiene sentido el proceso y la existencia en él de una parte acusadora [DE LA OLIVA].

La regla general es, entonces, que el fiscal –siempre en los delitos públicos– es quien tiene la facultad de promover, por sí mismo, el proceso. Actúa con discrecionalidad técnica: debe discriminar si se encuentra o no ante un hecho que puede constituir delito para promover la acción o abstenerse de hacerlo [CREUS], siempre que aprecie que existen indicios reveladores de su existencia (art. 336.1 NCPP).

Lo expuesto equivale a afirmar que el sistema del ejercicio de la acción penal acogido por el NCPP es el de la acusación oficial, con monopolio del Ministerio Público, que solo tolera, por razones político-criminales y de proporcionalidad, la titularidad del ofendido en los delitos privados.

### 1.3. Contenido

El contenido de la acción penal consiste en provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento, así como de actuar como parte a todo lo largo del proceso. El poder jurídico público de acción no conlleva la exigencia de la obtención de una sentencia de condena con un contenido determinado (teoría concreta de la acción), es solo un mero *ius ut procedatur* –derecho a la jurisdicción–, a que el Estado le conceda protección jurídica. Lo expuesto hace, sin más, que la actividad judicial importe una prestación debida al actor.

El *ius ut procedatur* es diferente del *ius puniendi*, que pertenece al derecho material y que depende solo del acto punible y de las condiciones de la punibilidad. Su contenido se encamina hacia el desarrollo reglado de la actividad jurisdiccional, a que se dicte una resolución judicial sobre el objeto procesal. Esta separación entre ambas nociones hace posible que un imputado sea perseguible pero no punible, y que primero se verifique si existe el poder jurídico de perseguir, y si este no existe no debe tenerse en consideración el hecho y su punibilidad [BELING].

El proceso penal es un proceso de selección, a través del cual se van destilando las noticias criminales hasta el punto de hacer llegar al juicio oral tan solo aquellos delitos previamente determinados, con autor conocido y presente en los autos, y con respecto al cual no concurra la evidencia sobre la existencia de alguna causa de extinción o incluso de determinadas de exención de la responsabilidad penal [GIMENO].

## 2. Modalidad de ejercicio

La titularidad de la promoción de la acción penal la tiene el Ministerio Público en régimen de monopolio en los delitos públicos –aunque es necesario recordar que no siempre fue así, pues históricamente este poder lo ha ejercido el rey, luego el juez instructor, hasta llegar al Ministerio Público, que recién en la Constitución de 1979 adquirió autonomía constitucional separada del Poder Judicial–. La ejerce de oficio o a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona mediante acción popular –en este caso, como se ha dejado expuesto, se trata de un

mero derecho de petición que se insta, y culmina, mediante una denuncia-. Se concreta a través de la emisión de una Disposición, conforme a los arts. 3 y 336 NCPP: Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

El ejercicio de la acción es privada, exclusiva o absoluta, en los delitos privados, y se ejerce mediante querrela (delitos contra el honor, intimidad, lesiones culposas leves). La legitimación activa corresponde al ofendido, y la forma de ejercicio es mediante la querrela. El ofendido es el titular del bien o interés tutelado por la norma penal transgredida, por el sujeto pasivo del delito –el perjudicado, en cambio, es quien sufre en su esfera patrimonial los efectos nocivos de la acción delictuosa, convirtiéndose en acreedor o titular de la pretensión civil de resarcimiento– (art. 94.1 NCPP). Al agraviado –ofendido o perjudicado– se le debe realizar la denominada ofrecimiento de acciones, según el art. 95.2 NCPP.

En estos casos el Estado no se limita a conceder al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino que le acuerda un derecho que condiciona y enerva por completo la potestad pública. La acción procesal le es concedida porque es el único medio de hacer valer el derecho sustancial que la ley le confiere: el derecho de provocar la represión con exclusión de otra persona [VELEZ MARICONDE].

La acción penal privada puede ser también “relativa o no exclusiva”. Surge de la comisión de un delito semipúblico, en cuyo caso el monopolio del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal. A diferencia de los delitos privados, el ofendido no goza de la disponibilidad de la pretensión penal, pues solo el Ministerio Público está legitimado para sostenerla (art. 1.3 NCPP). El Código Penal solo reconoce los delitos semipúblicos puros, no los semipúblicos con interés privado [GIMENO].

En estricto derecho, en los delitos semipúblicos el ofendido no tiene propiamente el ejercicio de la acción penal sino una facultad preprocesal, anterior al proceso y también sustantiva, que es la facultad de provocar la promoción de la acción penal. El ofendido juzga sobre la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal; la ley deja a su arbitrio la apreciación de los intereses familiares y sociales que pueden estar en pugna; le acuerda la facultad de instar la promoción de la acción, no la promoción misma [VELEZ MARICONDE].

### 3. Principios informativos

Tres principios son fundamentales: oficialidad, legalidad e irrenunciabilidad. El primero responde a la pregunta: ¿quién persigue el delito? El segundo ¿bajó

qué regulaciones se produce la persecución del delito? El tercero ¿es posible poner fin anticipadamente a la acción penal?

- A. Principio oficial. La persecución penal constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público. No es necesario que una persona, natural o jurídica, lo impulse [BAUMANN]. Según el art. 159.5 de la Constitución la persecución penal corresponde al Ministerio Público. Hay dos limitaciones y una excepción [GÓMEZ COLOMER]: 1. Delitos semipúblicos; 2. Delitos cometidos con ocasión de la función pública cometidos por altos dignatarios; 3. Delitos privados, como excepción.
- B. Principio de legalidad u obligatoriedad. Es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, mediante el cual la Fiscalía está obligada a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista caracteres de delito [GÓMEZ ORBANEJA], siempre que existan concretos indicios fácticos de un hecho punible [TIEDEMANN], es decir, cuando lo considere procedente. Este principio está asegurado por el procedimiento para forzar la acusación (art. 346.1 NCPP) y por la amenaza penal del art. 404 CP que sanciona el delito de encubrimiento personal [ROXIN]. Son remedios que articula la ley para evitar el error del fiscal y garantizar la vigencia de la legalidad penal y procesal penal.
- C. Principio de irrenunciabilidad. Este principio determina que la acción penal, una vez promovida, debía continuar necesariamente hasta alcanzar su fin por los medios procesales establecidos, sin la posibilidad de hacerlo cesar anticipadamente o por vías alternas. Este principio en la actualidad ha perdido vigor a raíz de que bajo el principio acusatorio, el fiscal puede proponer terminar anticipadamente el proceso penal (art. 468 y siguientes del NCPP), o bajo criterios de oportunidad (art. 2 del NCPP), no formalizar el inicio del proceso penal. En suma, es posible, aunque en reglados supuestos –cada vez más numerosos– que el Estado renuncie al ejercicio de la acción penal una vez iniciada.

#### 4. Características

El ejercicio de la acción penal es, siempre, de carácter público, no solo porque expresa un deber constitucional –Ministerio Público– y un derecho a la tutela jurisdiccional –ofendido o querellante particular–, sino porque obliga al Poder Judicial a garantizar un proceso debido y dictar una resolución definitiva que decida sobre la pretensión deducida con arreglo al derecho objetivo.

Tratándose de delitos públicos, la acción penal es indivisible e irrevocable. La indivisibilidad de la acción penal significa que alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. La irrevocabilidad de la acción penal significa que el órgano actor no tiene facultad para desistir; iniciado el proceso, no tiene más que un fin: la sentencia [FLORIÁN]. En los delitos privados y en las faltas se permite desistimiento y transacción, lo que importa la extinción de la acción penal (art. 78, § 1, CP).

La acción penal se extingue, según el art. 78 CP, en casos de muerte del imputado, prescripción, amnistía y cosa juzgada. La extinción importa la auto-limitación de su potestad punitiva [VILLA STEIN], en consecuencia, impiden el inicio o la prosecución del proceso penal [GARCÍA CAVERO].

## II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

### 1. Concepto y justificación

El principio de oportunidad es aquel mediante el cual, en aparente contraposición al principio de legalidad –su par dialéctico–, se autoriza al fiscal a optar entre promover el ejercicio de la acción penal o abstenerse de hacerlo, archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito. Permite al fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza [ROXIN].

En síntesis, es la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar [CAFFERATA NORES].

También puede conceptualizarse como la facultad que tienen los órganos de persecución penal, atento a un fundamento que así lo amerite, de no iniciar una investigación formal, de suspenderla, renunciarla, modificarla o de solicitar su extinción sin necesidad de arribar a una sentencia final [JAUCHEN]. Como se aprecia, el factor de disposición de la acción es la nota característica de esta institución.

El principio de legalidad responde a la idea de retribución: castigo, sin excepción, a todo aquel que violó la ley penal. En cambio, el principio de oportunidad apunta a la idea de prevención: el castigo está asociado a su necesidad social

[GIMENO]. Conforme a las teorías relativas se le atribuye a la pena una utilidad social y una justificación en orden a una finalidad preventiva. En consecuencia, su función esencial es evitar la comisión de delitos, en la medida en que se le reconoce un efecto disuasivo tanto respecto a terceros como al propio delincuente, evitando que reincida [HURTADO POZO].

El principio de oportunidad, sin embargo, ha de conjugarse con el pleno respeto de dos principios esenciales en un Estado constitucional: el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad [LÓPEZ BARJA]. En tal virtud, en un caso concreto es posible renunciar al castigo estatal cuando los motivos de prevención o el interés público no lo exigen, al amparo de una decisión razonable, uniforme y previsible, distante de cualquier arbitrariedad. El art. 159 de la Constitución –promoción del interés público tutelado por la ley– autoriza restricciones al principio de legalidad, así por ejemplo, configurar el interés público desde el derecho del imputado a obtener una más expeditiva resocialización y de la víctima estimulando una pronta reparación, previa conformidad negociada.

En atención a lo expuesto, la nota características de su aplicación es la excepcionalidad, lo cual no quiere decir que solo en pocos casos se aplicará el principio de oportunidad, sino que deberá hacerse en los casos que se ajusten a la ley y pueda sustentarse en uno o más fundamentos de utilidad objetiva, que hagan razonable aplicar un criterio de oportunidad, lo que debe explicarse detalladamente en la disposición fiscal [ANGULO ARANA].

## 2. El artículo 2 NCPP

El principio de oportunidad está contemplado en la ley procesal –el art. 2 del NCPP ha sido modificado por la Ley n.º 30076 de 19-08-13 y se encuentra vigente en todo el territorio peruano–, lo que constituye su presupuesto previo y básico. El modelo nacional se ha inclinado por un principio de oportunidad reglado en oposición al discrecional. Se articula a través de un catálogo cerrado, más o menos amplio, de supuestos en los que el Ministerio Público está facultado para dejar de ejercitar la acción penal. Además, tiene un carácter discrecional, aunque jurídicamente vinculado, en cuanto puede articularse si se dan los requisitos que la ley prevé. Su aplicación puede instarse de oficio por la propia Fiscalía o por pedido del imputado. La progresión del procedimiento para aplicar el principio de oportunidad, en todo caso, está sujeto al consentimiento del imputado; su renuncia en cualquier momento del trámite, antes que se haya dictado la respectiva disposición fiscal, impide su continuación.

## 2.1. Criterios de oportunidad

El citado artículo reconoce dos grandes grupos de expresión del principio de oportunidad: 1. Por razones de pena natural –falta de necesidad de pena– y de insignificancia o de interés disminuido en la persecución penal –falta de merecimiento de pena–, inspirados en el modelo germano. 2. Por acuerdo reparatorio.

### 2.1.1. Primer grupo

A. **Falta de necesidad de pena.** El agente se ha visto afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta innecesaria –pena natural–. Como el imputado se ha castigado a sí mismo al sufrir las graves consecuencias de su delito, la pena no resulta necesaria. A final de cuentas, la pena que podría imponerse por el hecho en cuestión sería siempre menor o irrelevante al daño que efectivamente ya se ha sufrido el autor del delito, de suerte que esta no cumpliría sus fines [SÁNCHEZ VELARDE]. El NCPP ha fijado un límite objetivo, con base en el principio de proporcionalidad: el delito no debe ser reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Se trata, en este caso, de un principio de oportunidad “puro”, pues cuando es declarado por la Fiscalía no existen condiciones que el imputado deba cumplir.

B. **Falta de merecimiento de pena.** Presenta dos supuestos: delitos bagatela y mínima culpabilidad –*minimis non curat praetor*–. Se atiende a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad, en concordancia con la falta de interés público en la persecución, siempre que el imputado repare el daño ocasionado –la reparación integral a la víctima entendida ampliamente es, pues, un presupuesto indispensable para la viabilidad de la renuncia a la pena y al proceso–. Se considera, por un lado, aquellos hechos típicos cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia; y, de otro, aquellas formas de realización insignificante de delitos que merecen ser desviadas a otras formas de control social [LÓPEZ MASLE].

(i) La escasa lesividad del delito perpetrado tiene como referencia su consideración de menor importancia debido a la valoración punitiva que de él ha hecho el legislador. En todo caso lo bagatelario del delito se concreta en dos límites objetivos. En primer lugar, debe tratarse de infracciones punibles cuya sanción en su extremo mínimo no sea



superior a dos años de pena privativa de libertad. En segundo lugar, están excluidos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

- (ii) El interés público si bien es un concepto jurídico indeterminado requiere de una concreción jurídica, que no puede lesionar los valores constitucionales en juego. Desde la prevención especial el interés público estará presente cuando sin la sanción se puede esperar que el sujeto vuelva a cometer otros delitos, siendo alguno de sus indicadores los antecedentes penales, la convicción hostil del sujeto frente a la sociedad o el desconocimiento consciente de la autoridad. Desde la prevención general será del caso tener en cuenta la defensa material del ordenamiento jurídico, el significado del bien jurídico lesionado, la necesidad de prevenir hechos punible y del reforzamiento del sentido de seguridad de la población, el interés de la generalidad en la aclaración del fondo criminológico del hecho concreto y la posición del perjudicado en la vida pública. Otras circunstancias que pueden decaer el interés público, serían el tiempo considerable transcurrido entre la comisión del hecho y su esclarecimiento, así como una duración extraordinaria e injustificada y perjudicial para el procesado. Por el contrario, afirmaría el interés público la comisión constante de la misma clase de delitos [PERDOMO TORRES].
- (iii) La mínima culpabilidad se objetiva en todos aquellos supuestos de exención incompleta de responsabilidad penal (arts. 14, 15, 21, 22 y 25 CP), unidos a la ausencia de interés público en la persecución, siempre que el delito no esté conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o se cometa por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Este primer grupo de supuestos o criterios de oportunidad configuran lo que se denomina: principio de oportunidad “bajo condición”, por cuanto la abstención de la promoción de la acción penal permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones. Estas consisten en la reparación de los daños y perjuicios ocasionados –consolidados a partir de una disposición de la Fiscalía o de un acuerdo con la víctima–. Su incumplimiento determina la inculpación formal.

El procedimiento para garantizar la satisfacción del interés de la víctima se insta de oficio o a pedido de parte. Importa la citación de ambas partes, salvo que existá acuerdo previo notarial. El objetivo es llegar a un acuerdo, pero si no

es posible, el fiscal fijará la reparación que corresponda, así como determinará el plazo de su cumplimiento, que no excederá de nueve meses. Si el imputado no cumple con satisfacer la reparación, se instará la acción penal. Visto en este marco, el principio de oportunidad se concibe como un archivo de las actuaciones por la falta de importancia del conflicto penal en cuestión [LLOBET], en cuyo caso se trata de una medida exclusivamente fiscal, sin intervención del órgano jurisdiccional.

Distinto será la solución si la supresión del interés público demanda un pago adicional a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de reglas de conducta del art. 64 CP. El archivo por oportunidad será decretado, a instancia del fiscal, por el juez de la investigación preparatoria, que resolverá previa audiencia. La intervención del citado juez también se produce, en uno u otro caso, cuando ya se formuló acusación fiscal y sea del caso renunciar al recurso de la pena (art. 350.1e NCPP).

En todos los casos en que corresponda decidir al juez de la investigación preparatoria, la amplitud del control que le corresponde está en función a un estricto juicio de legalidad sobre los requisitos que condicionan el ejercicio de este poder discrecional al Ministerio Público, a quien la Constitución le reserva la titularidad del ejercicio de la acción penal, tales como las características y peculiaridades de los delitos susceptibles de renuncia, así como los supuestos legales, bajo pautas de razonabilidad –que no incluyen el reemplazo del criterio del fiscal–, que determinan la presencia de interés público, de grave afectación al agente por las consecuencias de su delito y de mínima culpabilidad [BOVINO].

### 2.1.2. Segundo grupo

Es el acuerdo reparatorio, en cuya virtud se excluye el proceso y la aplicación de una pena como consecuencia de este en tanto en cuanto exista acuerdo entre las partes tendente a reparar el daño ocasionado por el delito. El art. 2.6 NCPP identifica taxativamente los trece delitos dolosos que pueden integrarlo, así como incorpora todos los delitos culposos. La referencia a determinados delitos se limita o excepciona cuando estos han afectado a una pluralidad importante de víctimas o cuando los delitos en cuestión concurren con otros delitos, salvo –en este último supuesto– si se tratare de delitos de menor gravedad, o cuando se trata de delitos que afecten bienes jurídicos indisponibles. La ley, por error, menciona, delitos disponibles. Es imperativo, entonces, por coherencia y para cumplir con la finalidad de la ley, llevar a cabo una interpretación correctora.

La iniciación del procedimiento es de oficio o por iniciativa de parte (imputado o víctima). El objetivo es llegar a un acuerdo entre imputado y víctima, que el fiscal estime razonable –por lo que su intervención activa es necesaria–, en cuyo caso dictará la correspondiente Disposición de abstención. La audiencia de acuerdo reparatorio solo puede tener lugar con la concurrencia de imputado y víctima. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el fiscal promoverá la acción penal, es decir, dictará la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. La inconcurrencia de la víctima no impide este criterio de oportunidad, pues el fiscal, conforme a la concordancia de los apdos. 3 y 6 *in fine* del art. 2 NCPP, puede fijar la reparación que corresponda y que deberá cumplirla el imputado. Es evidente, con arreglo al apdo. 7 *in fine* del art. 2 NCPP, que si existe un acuerdo privado entre imputado y víctima, en tanto se ha celebrado en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, no será necesaria la audiencia, salvo que el juez en aras de la defensa del interés público en la reparación integral, considere irrazonable los términos del acuerdo privado.

## 2.2. Momento procesal

Si bien la sede natural del principio de oportunidad son las diligencias preliminares –subfase procesal eventual de la investigación del delito–, en las que el señorío del fiscal sobre el procedimiento penal es absoluto, también puede tener lugar en sede de investigación preliminar formalizada –subfase procesal que se inicia cuando el fiscal ya promovió la acción penal mediante la emisión de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (arts. 3 y 336.1 NCPP)– según lo autoriza el apdo. 7 del art. 2 NCPP, a partir de la cual el control jurisdiccional sobre el curso de la acción penal es pleno pues el juez es la única autoridad que puede disponer su archivo o prosecución. El límite es la emisión de la acusación fiscal.

En sede de investigación preparatoria formalizada la resolución judicial de sobreseimiento por oportunidad se dictará previa audiencia, con citación de las partes: fiscal, imputado y agraviado –no se requiera que se constituya en actor civil–. La incoación del trámite judicial de sobreseimiento requiere previa petición del Ministerio Público, y la decisión sobre la misma necesita de la aprobación del imputado. Es claro que se exige la posición favorable del fiscal y del imputado. La presencia del agraviado no condiciona la realización de la audiencia y su pretensión en modo alguno evita una decisión judicial favorable al sobreseimiento por oportunidad.

El art. 350.1e NCPP, emitida la acusación fiscal, permite que en la etapa intermedia del proceso penal también se pueda solicitar el sobreseimiento por oportunidad. En este caso el procedimiento será el propio de la audiencia preliminar previsto para controlar la acusación fiscal (art. 351 NCPP); y regirá en lo pertinente las disposiciones de trámite previstas en el art. 2 NCPP, en orden a la concurrencia o inconcurrencia de las partes. Es obvio que en este supuesto como el fiscal es el titular de la acción penal, fuera de los casos del art. 68 CP –que sin duda es un supuesto de oportunidad, de exención de la pena, que el juez puede aplicar *ex officio*–, es imperativa la aceptación del fiscal, en tanto la oportunidad pertenece al campo de actuación privativa del Ministerio Público, titular de la acción penal.

Como ya se ha puntualizado, cuando sea menester la decisión judicial para suprimir el interés público en la persecución, el juez de la investigación preparatoria, previa audiencia –con citación de las partes y del agraviado–, y a pedido del fiscal y anuencia del imputado, decidirá lo pertinente, y de ser el caso dictará auto de sobreseimiento por oportunidad (art. 2.5 NCPP).

### III. ACCIÓN CIVIL EX DELICTO

#### 1. Concepto

El delito es una especie de acto ilícito. La conducta que la ley penal califica de delito es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA]. La causa de la acción civil –definida la acción, en este caso, como derechos subjetivos públicos a obtener una tutela jurisdiccional, que no participa del contenido ni de los principios de la acción penal [RIFÁ/RICHARD/RLAÑO]– es el daño que emana del hecho delictivo, que puede ser objeto del proceso penal y está vinculada al objeto esencial y principal –el hecho punible– por una conexión heterogénea. El derecho a la acción civil, que nace de la sospecha de la comisión de un delito, se circunscribe a aquella conducta que ha causado injustas consecuencias negativas o daños y perjuicios– [DE LA OLIVA].

La acción, en rigor, no es *ex delicto*, sino *ex damno*. La Corte Suprema ha establecido que “en nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido este como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al daño emergente y el lucro cesante,

y daños extrapatrimoniales al daño moral y al daño de la persona” (Casación Civil n.º 12-2000/Lima Norte. *El Peruano*, 25-08-00). En esa línea, cierto sector de la doctrina indica que la propia denominación legal *ex delicto* sería incorrecta, pues, evidentemente, el fundamento de esta responsabilidad civil no radicaría en el delito en sí, sino, como ocurre en general, en un daño [SILVA SÁNCHEZ]. Conforme a lo expuesto, no cabe duda que del delito o falta puede nacer también una pretensión civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible [PÉREZ/FERREIRO/PIÑOL/SEOANE].

Las normas que la disciplinan gozan de naturaleza civil, no penal, cualquiera que sea la ley en la que se contemplen sus disposiciones. La acción civil es independiente de la penal —aunque los hechos históricos coincidan en parte en su decurso natural, que no jurídico—, esa independencia es la que supone que la legitimación se establezca en atención a la acción ejercitada. Así, por ejemplo, la inexistencia del delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la de la acción civil.

De otro lado, que un hecho no sea delictivo carece de trascendencia a efectos de resolver sobre la responsabilidad civil, pues esta no depende de la calificación del delito, sino de la efectiva producción de un daño reparable en sentido amplio. El juez civil no queda vinculado por la decisión penal en caso alguno, pues sería imposible hablar de litispendencia o congruencia ante pretensiones que se identifican con elementos dispares por causa de los principios que las informan. Ni siquiera los hechos declarados probados en una sentencia penal vinculan al juez civil, ya que los principios que rigen la prueba son diferentes [ASENCIO].

El NCPP se afilia al sistema francés, en principio de obligatoria competencia adhesiva civil del juez penal. Una de las finalidades de la investigación preparatoria es, precisamente, determinar “la existencia del daño causado” (art. 321.1 NCPP). La acumulación, salvo renuncia o reserva del perjudicado para acudir al juez civil, se expresa en que la acción civil se promueve o ejerce ante el orden jurisdiccional penal (art. 92 CP). Esta consideración (art. 12.1 NCPP) origina la prevalencia de la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de las consecuencias dañosas del ilícito civil derivado del delito, mientras estuviese pendiente el proceso penal [RIFA/RICHARD/RIÑO].

Se produce, además, una acumulación de objetos procesales heterogéneos dentro del proceso penal, en virtud de la conexión (unidad de hecho) que existe entre la responsabilidad penal y la civil [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

La acción civil que se ejercita en el proceso penal es siempre la acción civil reparatoria, que coincide claramente con la acción de responsabilidad extracon-

tractual, que se contrae por actos u omisiones ilícitas, que causen resultados perjudiciales, pero no se extiende a otro tipo de acciones (divorcio, revocación de la donación, etc.) [DE LA OLIVA]. Así lo contempla el Código Penal (Libro Primero, Parte General, Título VI, Capítulo I: reparación civil, arts. 92-101) y, en especial, el art. 11.2 NCPP. La acción civil resarcitoria, es aquella por medio de la cual el damnificado por el delito –que es objeto de la acción penal que se desenvuelve dentro de un debido proceso– reclama la restitución o reparación del daño que como consecuencia del delito le produjo [CREUS].

Nuestro ordenamiento jurídico, en consecuencia, admite tanto el ejercicio conjunto de la acción penal y la civil, como el ejercicio exclusivo de cada una de ellas, por lo que no es de recibo una separación radical entre los fines del proceso penal y el proceso civil. Siempre que del hecho punible se desprendan daños, salvo la expresa reserva o renuncia por el agraviado, el ejercicio de la acción penal –a cargo del Ministerio Público– implica el ejercicio de la acción civil. El proceso penal beneficia considerablemente a la víctima y a su pretensión civil de modo que no se produce una radical escisión entre la articulación de la pretensión punitiva y la resarcitoria. La inclusión de la acción civil en el proceso penal nacional se fundamenta en algo más que en razones de economía procesal, pues fomenta la participación de los ciudadanos en la persecución de los delitos, siempre que se trate de los perjudicados; además nuestra Ley Procesal Penal autoriza a los ciudadanos, perjudicados o no, en delitos públicos, a formular denuncias ante el Ministerio Público [SAINZ-CANTERO CAPARROS].

La Sección II “Acción Civil” –arts. 11-15– del Libro Primero “Disposiciones Generales” NCPP, plantea varios cambios significativos en sus seis artículos respecto de la responsabilidad civil y el ejercicio de la acción civil, así como en relación a su tratamiento procesal.

## 2. Naturaleza de la acción civil *ex delicto*

La acción civil, como ha quedado establecido, es de naturaleza civil –en estricto sentido, privada y patrimonial–, en la medida que el delito o la falta no son el fundamento de la responsabilidad sino el daño ocasionado –entendido como perjuicio particular sobre el patrimonio del perjudicado, en su más amplia acepción material, moral, etc.–.

En esa línea, no hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas dimane de un ilícito civil sin repercusión penal y la otra sea de un hecho calificado como delito o falta por la ley penal. La responsabilidad civil nunca tiene su origen o causa en la comisión de un hecho delictivo y es ajena a

esta calificación. Su origen está siempre en una conducta que origina un daño civil y como tal está prevista en las leyes civiles, aunque los textos penales limiten posteriormente las acciones ejercitables en el proceso penal. Por tal razón, la respuesta judicial a la acción civil nunca lo es de carácter penal, sino civil, la cual consiste en una restitución, en una reparación o en una indemnización. [ASENCIO MELLADO].

La consecuencia jurídico-procesal de esta diferencia –que del delito nunca nace o deriva responsabilidad civil alguna, sino solamente penal– estriba en el hecho de que la resolución de la cuestión civil no está supedita a la emisión de una sentencia condenatoria. Es posible que se imponga una indemnización civil en una sentencia absolutoria (art. 12.3 del NCPP).

Llevando esta lógica más allá, afirmamos que la condena a reparar un daño causado por el delito no requiere la lesión efectiva del bien jurídico tutelado; lo que equivale a decir a que es válida la responsabilidad civil en delitos de peligro, tal como se afirma en el Acuerdo Plenario n.º 6-2006/CJ-116, de 13-10-06 “En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados por intereses individuales concretos– se produce una alteración del ordenamiento jurídico con suficiencia, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal”.

En esa línea, es válido también imponer una reparación civil al partícipe de un hecho delictivo, aún cuando el autor no ha sido condenado e incluso que la condena civil sobrepase los límites del injusto penal. En esa línea, la STSE de 19-03-94 ha precisado que al condenado penalmente por un delito de amenazas, se le condena también a indemnizar a la víctima por los daños a la salud que derivaron de aquellas amenazas (depresión, ansiedad) y cuya producción, obviamente, no es elemento típico del delito de amenazas.

La acción civil, en primer lugar, es de naturaleza privada porque corresponde al perjudicado y para su interés particular (así lo ha decidido el Acuerdo Plenario n.º 6-2006/CJ-116, de 13-10-06); en segundo lugar, es de índole patrimonial, que se refleja siempre sobre el patrimonio, el cual debe poner en su prístino estado o aun mejorarlo, y, en tercer lugar, tiene un carácter contingente, pues puede surgir en función de que exista daño resarcible [CALDERÓN/CHOC-LÁN] y de que el legitimado no quiera ejercitarla [FLORIÁN], aunque respecto de esta última nota es de acotar que el fiscal está obligado a instarla, salvo renuncia o decisión de la víctima de intervenir por su propio derecho al constituirse en acción civil (arts. 11.1 y 98 NCPP).

Tiene, asimismo, una naturaleza disponible como cualquier otra acción civil, por lo que su titular puede (i) desistirse de su ejercicio –sin perjuicio que se le autoriza a ejercerlo en sede civil (art. 13 NCPP)–, así como (ii) transigir, sin que el fiscal pueda oponerse, a cuyo efecto ya no solicitará reparación civil en su acusación –se entiende que si el perjudicado insta la acción civil y se constituye en actor civil cesa esa obligación de solicitar la reparación civil (art. 14 NCPP)–. Por otro lado, el actor civil y, en su caso, el fiscal tiene el poder jurídico de exigir una sentencia motivada, exhaustiva y congruente, y su régimen ha de ajustarse a las exigencias del principio dispositivo [DE LA OLIVA]. Además, la reparación civil, a mérito de la acción civil ejercitada, en atención a los criterios de imputación propios que la sustenta, puede declararse y fijarse con independencia de la imposición de una pena o medida de seguridad (art. 12 NCPP).

La regla de unidad procesal del objeto penal con el objeto civil tiene mecanismos propios de regulación. El NCPP permite desacumulaciones por razones específicas. Así, en los casos que la persecución penal no pueda proseguir, tales como reserva o archivo provisional del proceso o suspensión del mismo, el perjudicado puede hacerla valer en sede civil. En ese caso se exceptiona la regla de la litispendencia, consagrada en el art. 12.1 NCPP.

Por otro lado, independiente de las posturas que se sostengan sobre la naturaleza de la responsabilidad *ex-delicto*, la acción civil ejercitada en el proceso penal, esta debe correr la suerte que establezca la ley procesal correspondiente. El Código de Procedimientos Penales optó por un sistema de accesoriadad en sentido estricto, de forma que el juez penal solo tenía competencia objetiva para resolver la acción civil en la medida en que se dictará una sentencia condenatoria penal: solo si se condena al autor de los hechos es posible fundar la pretensión civil. Por el contrario, frente a una sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la causa, el perjudicado debía acudir al proceso civil correspondiente a interponer su demanda. Si bien se quiebra el principio de economía procesal al exigirse que el actor civil inicie un nuevo proceso para hacer valer su pretensión, es cierto que la economía procesal, en sí misma, no es un derecho fundamental.

Sin embargo, el NCPP decidió romper en forma definitiva con una accesoriadad mal comprendida, de forma que se permite en la actualidad que, a pesar de una sentencia absolutoria o el archivo definitivo por un sobreseimiento, el juez no esté impedido para emitir una sentencia para satisfacer la pretensión civil [ASENCIO].



De la misma forma, los plazos de prescripción de la acción civil y la acción penal no son iguales, lo que confirma su diversa naturaleza. Es más, los dos tienen regulaciones normativas propias –la primera, fija un plazo único de dos años, según el art. 2001.4 del CC; mientras que la segunda, supedita la prescripción al tiempo máximo de la pena privativa de la libertad–. En todo caso, la acción civil derivada de un hecho punible no se extingue; en tanto subsista la acción penal (art. 100 del CP).

### 3. Legitimación activa y pasiva

#### 3.1. Legitimación activa

Se define como uno de los presupuestos que ha de darse en una persona o entidad para que pueda llegar a ser titular de la acción civil [FLORIÁN]. La parte originariamente legitimada para promover la acción civil *ex delicto* es el perjudicado por el hecho dañoso, porque es él el titular del derecho o interés lesionado. El perjudicado es el que sufre un daño en su esfera patrimonial [GIMENO SENDRA] o quien soporta la pérdida de su posesión [DE LA OLIVA]. Este es quien resulta afectado patrimonialmente por el hecho delictivo: sujeto pasivo del daño civil indemnizable (art. 11.1 NCPP).

El Ministerio Público tiene una legitimación derivada o por sustitución procesal [GIMENO]. El fiscal actúa en nombre propio pero en interés del perjudicado –la Constitución (art. 159) y la LOMP (art. 1)– con el fin de velar por los derechos de los ciudadanos. Es claro que la posibilidad de que el Ministerio Público ejercite la acción civil en interés del perjudicado (art. 11.1 NCPP) no lo exonera del deber de ofrecimiento de acciones (art. 95.2 NCPP), pues de lo contrario se vulneraría su derecho a la tutela jurisdiccional. Si el agraviado ejerce su derecho de acción, cesa la legitimación del Ministerio Público.

También puede ejercitar la acción civil las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los crímenes internacionales. Estas, si cumplen los requisitos establecidos en el art. 94.4 NCPP, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito.

De igual forma, cuando el perjudicado es el Estado, la legitimación le corresponde a este; es él el que se constituye en parte civil, pues goza plenamente de capacidad para ser parte y de actuación procesal. No obstante, debe ser presentado por quien verifique la postulación y que, en el caso peruano, es la Procuraduría [ASENCIO MELLADO].

### 3.2. Legitimación pasiva

Comprende los presupuestos que deben concurrir en una persona para que la acción civil pueda ejercitarse frente a ella [FLORIÁN]. La acción civil puede dirigirse, por lo general, contra los participantes en la conducta delictiva que ocasionó daños y perjuicios, a quienes se les considera responsables civiles [MAPELLI/TERRADILLOS]. Se emplazarán a los imputados: autores y partícipes del hecho punible objeto del proceso penal, cuya responsabilidad es solidaria, en cuya virtud cada responsable viene obligado al cumplimiento íntegro de la obligación (art. 95 CP). Es la expresión típica de responsabilidad civil directa.

El art. 12.3 NCPP, como consecuencia de la diferencia en los criterios de imputación entre el derecho civil y el derecho penal, autoriza al juez penal la declaración de responsabilidad civil sin responsabilidad penal (art. 12.3 NCPP). Es posible, entonces, responsabilidad civil sin responsabilidad penal. Ahora bien, en la mayoría de los supuestos de exención de responsabilidad penal, previstos en el art. 20 CP, la responsabilidad civil directa no se excluye –salvo los previstos en el art. 1971 CC–, por lo que –según los casos– esta se exigirá a los representantes legales (arts. 1975 y 1976 CC) siempre que haya mediado culpa o negligencia de su parte, o en quienes generaron la conducta del excluido (art. 1974 CC) o favor de quien se actuó.

La acción civil puede ejercitarse, también, contra otras personas que tienen responsabilidad civil vicaria o alternativa. Esta se exige a quienes no cometieron la conducta punible pero civilmente están obligados a responder. Se trata de las personas naturales o jurídicas a las que se refiere el art. 1981 CC y el art. 111.1 NCPP. En este último supuesto la responsabilidad solo se atribuye por culpas *in eligendo*, *in vigilando* e *in educando*, que se concretarán siempre que concurren dos requisitos centrales: **i)** existencia de relación jurídica o de hecho entre infractor y responsable subsidiario que traduzca dependencia; y **ii)** la conducta delictiva cometida se halle dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tareas confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación. También existe la responsabilidad civil de las compañías de seguro, quien responde solidariamente por el daño causado por el responsable directo en orden al riesgo cubierto por la póliza y hasta el monto establecido en ella (arts. 1987 CC y 113.3 NCPP. Casación Civil n.º 2626-2001/Santa, *El Peruano*, de 01-07-02).

Por último también se reconoce la acción civil por lucro, radicadas en quienes sin ser autores materiales del hecho ni responsables indirectos –o alternativos– de los delincuentes han de responder como poseedores o beneficiarios

de los hechos delictivos de los delincuentes [BERDUGO/ARROYO/FERRÉ/GARCÍA/SERRANO/TERRADILLOS]. Es una obligación fundada en el enriquecimiento injusto [COBO/VIVES], que el Código Penal consagra en el art. 104. Así, la persona jurídica se verá privada de los beneficios obtenidos como consecuencia del delito cometido en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes.

#### 4. La petición en la acción civil *ex delicto*

La acción civil ejercitable en el proceso penal es una acción de condena pura, es decir, aquellas que, conforme el Código Penal busca la restitución de la *res* y a la reparación del daño *in natura* o sustituidas por la correspondiente indemnización por daños o perjuicios, circunscrita a los ámbitos previstos en el art. 93 del CP.

En tal virtud, un tribunal penal no puede conocer, para estimar la responsabilidad civil, la validez o nulidad de los actos o negocios jurídicos, pues debe partir de la ilicitud del hecho en que se fundamenta la pretensión de resarcimiento; pues la responsabilidad civil no nace del delito, sino de esa ilicitud civil de los hechos, de los que, además, debe surgir un daño de la misma naturaleza [ASENCIO MELLADO].

La extensión objetiva de la acción civil en el proceso penal se concreta, entonces, en la restitución, la reparación y la indemnización.

- A. **Restitución.** Consiste en reponer al estado de cosas que existía en el momento de la comisión del delito o a devolver la cosa a su legítimo propietario (que es el caso de los delitos contra el patrimonio). Procede incluso contra el tercero que adquirió la cosa, salvo si procedió con buena fe —no opera cuando se trata de bienes no registrables adquiridos con infracción de la ley penal, excepto que su adquisición se produjo en tiendas o locales abiertos al público—. Asimismo, cabe la nulidad del negocio jurídico, si es necesario para la restitución (art. 11.2 NCPP). Aparte de ser una sentencia de condena, lo será —en esos casos— una sentencia declarativa de nulidad. La restitución se completa con el abono de los deterioros o menoscabos sufridos.
- B. **Reparación.** Consiste en efectuar una prestación personal tendente a paliar o remediar los menoscabos sufridos en una cosa. Comprende obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Se cumplen por el reo o se ejecutan a su

costa. Por ejemplo: difamación: publicación sentencia. Omisión de asistencia familiar: pago de cuantías adeudadas.

- C. **Indemnización.** Consiste en condenar al pago de una determinada cantidad de dinero suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito. Surge cuando no es posible la restitución y siempre que el delito produzca un perjuicio patrimonial. Comprende todo evento lesivo producido por el delito e incluye daños materiales, morales del perjudicado, su familia e incluso de terceros, así como lucro cesante y daño emergente.

Existen otros contenidos de la acción civil *ex delicto*. El Código Penal, por ejemplo, reconoce el pago de alimentos en los delitos de violación de la libertad sexual (art. 178).

## 5. La causa de pedir en la acción civil *ex delicto*

El elemento fáctico de la causa de pedir es la conducta realizada por el imputado que causó daños o perjuicios en los agraviados más la relación de causalidad o imputación objetiva entre la acción y los resultados; el hecho punible debe constituir la causa decisiva del daño resarcible. El título o componente jurídico será básicamente el art. 1969 del Código Civil. Como quiera que, aunque no haya delito, puede haber acción civil, no es posible sustentar el componente jurídico en el CP o NCPP [DE LA OLIVA].

## IV. CUESTIÓN PREVIA

### 1. Introducción

Una vez promovida la acción penal y dictada la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, contra esta el imputado tiene tres clásicos medios de defensa técnica: cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones. A través de su ejercicio no se cuestiona el fondo del asunto, de la imputación, sino la corrección formal de la incoación del procedimiento penal, instando su anulación o suspensión, según el caso. Estos medios de defensa apuntan a obtener la concentración del juicio oral, eliminando liminarmente todo tipo de obstáculo procesal.

### 2. Concepto

Es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal. Procede cuando no concurre o se

omite un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley (art. 4 NCPP). La cuestión previa constituye un obstáculo al inicio del proceso penal, a su promoción. Como tal, controla el debido cumplimiento de las condiciones, legalmente previstas, para una correcta iniciación del proceso penal. Si la persecución resulta inadmisibile, debe rechazarse la inculpación formal o la querrela sin examinar el objeto procesal y sin dictar sobre él un fallo condenatorio o absolutorio.

La estimación de la cuestión previa conduce a la anulación del procedimiento penal incoado (art. 4.1 NCPP). En ese caso, el proceso penal puede reiniciarse cumplido o satisfecho el requisito omitido (art. 4.2 NCPP).

La cuestión previa, si es estimada, tiene efecto extensivo, es decir, comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (art. 8.6 NCPP).

Este medio de defensa no está sometido al principio de rogación, pues incluso el juez puede iniciar el trámite para su debida determinación. En cuanto a su oportunidad procesal, puede plantearse incoada la investigación preparatoria formalizada y durante toda esta etapa procesal (art. 7.1 y 2 NCPP). Incluso, puede deducirse en la etapa intermedia, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los arts. 8.5 y 350.1b NCPP.

### 3. Requisito o condición de procedibilidad

El NCPP identifica el remedio procesal: cuestión previa, con una institución procesal, en puridad, un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal: los requisitos o condiciones de procedibilidad. Podemos definir las como aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla. Son presupuestos procesales que resultan, en parte, de las relaciones del objeto del proceso con el procedimiento concreto, cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en discusión. A diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad –que pertenecen al complejo del hecho, determina la situación del hecho y su materialización– no afecta la existencia de un delito o su castigo, sino la posibilidad de su persecución procesal. Las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan su objetiva relevancia penal; si bien no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, en cambio condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación, la necesidad de pena [MIR].

Las condiciones de procedibilidad son condiciones formales. Concreta aquellos supuestos legales que establecen la obligación del imputado de someterse

al proceso. Su admisibilidad no se condiciona por la existencia de la punibilidad, es independiente de ella. Son condiciones de la persecución penal que, por regla general, deben tenerse en cuenta en cualquier proceso, aunque también existen condiciones especiales de persecución [BELING]. Al impedir el enjuiciamiento penal del hecho, no es que desaparezca la presencia de un delito, sino solo a que este no puede ser objetivo del proceso penal [MIR].

#### 4. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad

Son tres: los delitos privados, la autorización para proceder y consentimiento de la autoridad, y el pronunciamiento de la autoridad sobre el objeto del proceso.

- A.** Delitos privados. La ley penal determina cuándo un delito está sometido a la persecución privada. La querrela es un presupuesto procesal que expresa la voluntad de la víctima de que se sancione penalmente a una persona que ha cometido un delito en su contra (art. 1.2 NCPP). En estos delitos predomina un interés privado. La capacidad activa y la legitimación activa la tiene el ofendido por el delito; la querrela debe provenir de una persona capaz procesalmente y legitimada para ello: el ofendido por el delito. El requisito de la querrela tiene el objetivo de evitar la imposición incondicional de la pretensión punitiva del Estado ante intereses privados opuestos. Esta facultad de impulso de la causa penal es un derecho a impedir la sanción; es determinante la posibilidad que tiene el ofendido de no interponer la querrela exigida por la Ley o, en su caso, de retirarla y, de ese modo, poder privar al autor de su castigo [JESCHECK-WEINGEND].
- B.** Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad. (i) En el primer supuesto se trata de los delitos semipúblicos, que requieren instancia de la víctima para que el MP puede perseguirlos (art. 1.3 NCPP). Ejemplo: delitos contra el sistema crediticio. (ii) En el segundo supuesto son los delitos sometidos a antejuicio constitucional (art. 450.1 NCPP) o a desafuero (art. 452.1 NCPP), en los que la autoridad política debe autorizar el procesamiento penal. (iii) Incluye también los supuestos de persecución contra magistrados (art. 454.4 NCPP).
- C.** Pronunciamiento de la autoridad sobre el objeto del proceso. La ley exige que una determinada autoridad emita un pronunciamiento (resolución o informe) concerniente al objeto del proceso. Así, por ejemplo, delitos

ecológicos: Ley n.º 26631; delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero: Ley n.º 26702; delitos concursales: Ley n.º 27146.

## V. CUESTIÓN PREJUDICIAL

### 1. Concepto

Se parte de dos nociones básicas para intentar la adecuada definición de la cuestión prejudicial. **1.** La Ley penal material no siempre pone como elementos constitutivos, excluyentes o modificativos de la responsabilidad penal hechos simples o materiales, sino más a menudo conceptos y a veces relaciones jurídicas del derecho civil, comercial, administrativo, etc.; supuesto último en el que para fijar el hecho típico en la sentencia se requiere, como antecedente lógico jurídico, aplicar una norma no penal en virtud de la cual pueda afirmarse como existente o no existente tal relación. **2.** Lo esencial para su identificación es que esa relación jurídica constituya una materia, distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional. La cuestión prejudicial, entonces, surge *per se*, en virtud de su ligazón jurídica material con la cuestión de fondo, y es presupuesto del contenido mismo de la sentencia de fondo, del sí del delito y de la pena o de la entidad o cuantía de esta [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

Así las cosas, puede definirse las cuestiones prejudiciales como aquellas configuraciones de la ley penal –elementos de hecho integrantes de un requisito del tipo legal– que exigen, para poder dictar sentencia, entrar a dilucidar relaciones jurídicas propias de otro orden jurisdiccional –precisan una valoración jurídico material–, que operan como antecedente lógico jurídico del silogismo en que se ha de fundar la sentencia penal –son previas e independientes del objeto procesal, y deben declararse a fin de poder obtener la plena integración de la conducta– [GIMENO]. Se trata de puntos de conexión, que en sí mismos autorizarían un enjuiciamiento en su orden jurisdiccional, pero que aparecen unidos a materias de otra naturaleza de manera que requieren de un tratamiento conjunto [ASENCIO].

Las cuestiones prejudiciales se sustentan en el principio constitucional de seguridad jurídica y en la inmutabilidad de las sentencias. El fundamento inmediato es la prevención de los efectos prejudiciales de la cosa juzgada, que prevé la vulneración del *ne bis in idem* frente a decisiones que no tomen en cuenta sus exigencias normativas.

## 2. Requisitos

Son cuatro: elementos de hecho, juicio de relevancia, valoración material y competencia.

- A. **Elementos de hecho.** Toda cuestión prejudicial está constituida por elementos de hecho que exigen una valoración jurídica previa e independiente del objeto principal, y que integran el fundamento del título de imputación (ejemplo: apropiación ilícita requiere determinar relación de depósito) o incluso erigirse en una pretensión autónoma pero conexa e instrumental (ejemplo: receptación requiere determinar si cosas son producto de un delito). En cualquier caso pertenecen al fondo o a la fundamentación de la pretensión penal: cosa juzgada.
- B. **Relevancia.** Deben ser relevantes –imprescindibles o necesarias– para el enjuiciamiento del objeto procesal respecto al cual guardan conexión o dependencia, pueden tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto penal.
- C. **Valoración material.** Los hechos –con significación jurídica– que integran el título de imputación precisan de una valoración con arreglo a normas del derecho material y consiguiente declaración jurisdiccional, previa e independiente de la pretensión principal.
- D. **Competencia.** Por regla general la competencia para valorarla corresponde al Tribunal del orden jurisdiccional competente: civil, laboral, contencioso-administrativo o penal. Pero se excluye aquellas cuestiones prejudiciales incidentales que han de ser resueltas por el juez penal y cuyo fallo no produce efecto alguno de cosa juzgada.

## 3. Clases

Se pueden clasificar desde dos perspectivas: **i)** por su naturaleza, desde el derecho material, son homogéneas y heterogéneas, y **ii)** por sus efectos procesales son devolutivas e incidentales.

### 3.1. Causas prejudiciales homogéneas y heterogéneas

Las primeras, al igual que el objeto del proceso penal, se rigen por normas del derecho penal [GIMENO] –no mencionadas en el art. 5 NCPP, bien delictivo en el delito de receptación–, y las heterogéneas son las que han de decidirse con arreglo a normas distintas de este sector de ordenamiento [GIMENO]



(art. 5.1 NCPP). Estas son las más numerosas –así, por ejemplo, la relación paterno-filial en el delito de omisión de asistencia familiar–. Por regla general rige el principio la preferencia de la jurisdicción penal –se asienta en la máxima francesa ‘*le criminel tient le civil en état*’: el proceso penal ha de suspender siempre al proceso civil–.

### 3.2. Causas prejudiciales devolutivas e incidentales

Son las más importantes y decisivas, pues afirmada la existencia de una prejudicialidad debe decidirse si corresponde dilucidarlas al propio órgano jurisdiccional penal, aunque solo sea a los meros efectos de ese proceso –o si resultaría mejor suspender el proceso penal y esperar a que se pronuncie el órgano jurisdiccional extrapenal: reglas de la devolutividad o de la no devolutividad, respectivamente–.

#### 3.2.1. Cuestiones prejudiciales devolutivas

Las cuestiones devolutivas están reconocidas por el NCPP: arts. 5.1 y 10. Son las que, con suspensión del proceso penal –o civil, en su caso–, han de remitirse o plantearse para su decisión definitiva, ante el tribunal competente. Se está ante una cuestión devolutiva cuando, más allá de las cuestiones de estado civil, el tema debatido sea determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado o relación heterogénea de antijuricidad. El art. 5.1 NCPP se limita a prescribir que la suspensión del proceso penal está sujeta a que “fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado”. Se trata, propiamente, de una ‘causa prejudicial’, de una decisión previa de un juez distinto, que debe ser tomada como base de la decisión del juez penal, en tanto en cuanto la relación o situación jurídica extrapenal o heterogénea sea determinante de la existencia o inexistencia del delito [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

En tal virtud, como el elemento clave es la necesidad de la existencia o inexistencia del delito, de la definición del carácter delictuoso del hecho imputado o “relación heterogénea de antijuricidad”, delimitada bajo el principio de la prevalencia de la jurisdicción penal, es del caso reconocer la no devolución cuando:

- (i) La solución de la cuestión prejudicial no sea imprescindible o necesaria para la determinación de la conducta penal, que sería el caso de las cir-

cunstanancias agravantes o atenuantes, que incluso determinen la variación del tipo legal.

- (ii) Cuando se trate de una mera conexión instrumental de normas, de tal suerte que, de la valoración de la cuestión prejudicial, pueda depender la integración de la conducta penal, por poseer la cuestión una clara naturaleza de incidente de previo pronunciamiento para la integración de la conducta objeto de imputación, y que hacen imposible su separación –tales como la determinación de la ajenidad de la cosa o relación de depósito–, así como el cuestionamiento de la legalidad del acto administrativo, puesto que deben entenderse que no tienen otro valor que el de constituir meros presupuestos procesales (v. gr.: STSE de 05-11-91), o la determinación de la cuota defraudada al fisco como elemento del tipo legal de defraudación tributaria (STSE de 21-12-01).
- (iii) Cuando la ley o la jurisprudencia ha elaborado una doctrina propia y distinta sobre los temas civiles o administrativos –definición de funcionario público, de cosa mueble– [GIMENO].

### 3.2.2. Cuestiones prejudiciales no devolutivas

Las cuestiones incidentales o no devolutivas son la mayoría. Son aquellas que el tribunal puede conocer sin que haya de deferirse su conocimiento a ningún otro tribunal, pues las cuestiones aparecen tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Lo que decida el tribunal lo será únicamente para el solo efecto de la represión. La resolución de la cuestión prejudicial únicamente producirá efectos en el orden jurisdiccional penal, y exclusivamente en el caso en donde haya sido aplicada [GÓMEZ COLOMER]. La decisión no goza de efecto reflejo o prejudicial alguno en el orden jurisdiccional originariamente competente. Será el caso de las normas sobre derecho de propiedad y otros derechos reales, de validez de inscripción registral: las pruebas son las del orden procesal penal, no rigen las limitaciones de orden extrapenal. Su planteamiento o el surgimiento de una punto prejudicial, no devolutivo, no es nunca ejercicio de derechos, sino el mero hacer valer relaciones jurídicas que se incorporan como elementos ‘fácticos’ del supuesto de hecho de una norma jurídica, de cuya aplicación se trata [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

## 4. Tratamiento procedimental

- A. Las cuestiones prejudiciales no devolutivas se dilucidan al momento de dictar sentencia, no antes. No requieren trámite previo.

- B.** Las cuestiones prejudiciales devolutivas, de ser estimadas, determinan la suspensión del procedimiento hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. La decisión es extensiva: a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica, aún cuando no la hubieran deducido (art. 5.2 NCPP). La incoación de un proceso extrapenal es indispensable. El imputado tiene un plazo de 30 días para incoarlo, y de no hacerlo se reconoce legitimación para demandar al fiscal provincial civil en la medida que se trate de un delito público, quien en todo caso está autorizado para intervenir en la causa (art. 5.3 NCPP). Del resultado del proceso extra penal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 5.4 NCPP); la suspensión, por tanto, es indefinida, y se levanta cuando se haya obtenido la sentencia firme del orden jurisdiccional extrapenal.

La estimación de la cuestión prejudicial tiene un efecto extensivo: comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (arts. 5.2 y 8.6 NCPP). Solo puede interponerse en la investigación preparatoria, luego de dictada la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria o admitida la querrela del ofendido por el delito privado (art. 7. 1 NCPP).

## VI. EXCEPCIONES

### 1. Concepto

La acción penal es el derecho-deber que tiene el Ministerio Público para promover la acción penal. El vehículo formal a través del cual se promueve la acción penal es la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en delitos públicos y la querrela en delitos privados. La excepción es un “medio de defensa” –sustantivos o procesales– que ataca directamente la relación procesal, y se distingue de la defensa material del imputado porque estas pueden apuntar a diversos fines [GIMENO]. Es un remedio procesal, que consiste en la expresa oposición que formula el imputado a la prosecución del proceso por entender que este carece de algunos de los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico-procesal –se denuncia, a través de la excepción procesal, la falta de un presupuesto o requisito procesal–. Se entiende por presupuesto procesal la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso pueda obtenerse una sentencia sobre el fondo respecto de un determinado objeto del proceso [SCHMIDT].

Las excepciones no se pronuncian sobre el fondo del asunto: si el hecho objeto del proceso es penalmente antijurídico y si su autor merece una pena o medida de seguridad; se concretan a denunciar la defectuosa constitución del proceso. Es la norma procesal la que permite un medio de defensa como este.

## 2. Clasificación

### 2.1. Aspectos generales

Desde la perspectiva de los presupuestos procesales, la Ley procesal solo reconoce cinco excepciones (art. 6.1 NCPP). De ellas, la de naturaleza de juicio es de carácter procedimental y está referida a la adecuación del procedimiento; la de cosa juzgada está vinculada al objeto procesal; y, las de amnistía y de prescripción, están ligadas a la causa [MONTERO].

La excepción de improcedencia de acción tiene un carácter *sui generis*, pues no es propiamente una excepción procesal ni una excepción material (alegación de desestimación de los cargos alegando hechos distintos –aún cuando se mantienen dentro de la misma relación deducida y del mismo objeto procesal–, en otras palabras, hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, que constituyen supuestos fácticos de normas distintas de las alegadas por la imputación). Solamente se alega que el hecho objeto del proceso no es delictivo o no es penalmente justiciable, en consecuencia, se trata más bien de un supuesto privilegiado o excepcional de sobreseimiento centrado en la falta de relevancia jurídico-penal o de punibilidad del hecho objeto de imputación.

### 2.2. Excepción de naturaleza de juicio

La excepción de naturaleza de juicio se deduce cuando se da al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley. Es un remedio procesal que no analiza el fondo del asunto, sino al procedimiento a seguir [SAN MARTÍN]. No pone en tela de juicio la naturaleza de la imputación penal, su calificación jurídico-penal o la existencia de requisitos de perseguibilidad. Su existencia supone que la ley prevé más de un procedimiento penal –existe el procedimiento común y los procedimientos especiales–. Si es amparada, el efecto es regularizar el procedimiento, “se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva”.

### 2.3. Excepción de naturaleza de amnistía

La amnistía es considerada una causal de extinción de la acción penal (art. 78.1 CP), y procesalmente un impedimento a la persecución. Importa la eliminación legal del hecho punible e implica el perpetuo silencio respecto de él (art. 89° CP). Se traduce a través de una ley de naturaleza anómala [SOLER], y extingue los efectos de derecho penal [MIR PUIG]. En esencia es la “ley del olvido”, que tiene por resultado que se olviden ciertas infracciones penales, se den por terminados los procesos y, en caso de existir resolución, queden sin efecto las sentencias condenatorias. Se suprime, por tanto, las infracciones, la persecución del delito, la disposición de formalización de investigación preparatoria y, de ser el caso, determinación de sentencias y condenas [LÓPEZ BETANCOURT].

### 2.4. Excepción de cosa juzgada

La cosa juzgada es considerada una causal de extinción de la acción penal (art. 78.2 CP) y procesalmente un impedimento a la persecución. Según el art. 6.1c) NCPP para que se produzca cosa juzgada (*res iudicata*) se requieren, de un lado, dos identidades: (i) Unidad de imputado (que sea la misma persona en calidad de imputado: sujeto pasivo de la sanción y sujeto pasivo del nuevo procedimiento) –límite subjetivo o identidad subjetiva pasiva–; y (ii) Unidad de hecho punible: el hecho anterior, ya decidido, debe ser el mismo del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídica que merezca en ambas causas. No se exige identidad subjetiva activa ni de la causa de pedir-. El objeto normativo ha de ser el mismo: bien jurídico lesionado similar o conexo –unidad de fundamento-. Por otro lado, la resolución que recayó en el primer proceso ha de ser firme, debe ser nacional o extranjera, y referirse al fondo del asunto –sentencias y autos equivalentes, sobreseimientos–.

### 2.5. Excepción de prescripción

La prescripción es considerada una causal de extinción de la acción penal (art. 78.1 CP) y también de la pena (art. 85 CP) –un presupuesto penal material–, pero procesalmente es un impedimento porque el proceso no se ha realizado cabalmente y sin embargo ha transcurrido el plazo para poder ser enjuiciado el imputado por el hecho punible cometido, es decir, porque se

impide la celebración del juicio –causa de exclusión del *ius puniendi* del Estado–. Impiden el derecho de persecución del delito [GÓMEZ COLOMER]. Para que opere esta excepción el factor predominante es el transcurso del tiempo (arts. 80-88 CP). En síntesis, opera como una sanción legal al Estado, que impide, por el transcurso del tiempo, procesar a un imputado. Imposibilita que una persecución se pueda dar en el futuro. Es de precisar que el beneficio que se obtiene por la excepción de prescripción es estrictamente personal [LÓPEZ BETANCOURT].

## 2.6. Excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances según el art. 6.1b NCPP: (i) el hecho denunciado no constituye delito, y (ii) el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Lo que se discute es la subsunción normativa. En consecuencia, el punto (i) comprende la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad; el punto (ii) se ubica en la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, que son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, en el primer supuesto, o que excluyen o, en su caso, suprimen la necesidad de pena [JESCHECK/WEINGEND]. No se cuestiona la categoría culpabilidad o imputación personal: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta. La excepción se centra en el hecho desvalorado, en el hecho prohibido desde la Ley Penal, no en su atribuibilidad a su autor. El NCPP reconoce que la pena del imputado, en atención a la voluntad de la acción puesta en marcha y su coincidencia con el ordenamiento jurídico, es lo propio de esta excepción, no así si la actitud interna manifestada con el hecho debe ser considerada expresión de una postura del autor ante el derecho merecedora de reproche [JESCHECK/WEINGEND]. Véase Ejecutoria Suprema RN n.º 17-2010/Piura, de 03-03-11. El análisis se realiza desde los hechos objeto de imputación, sin alterarlos, reducirlos o negarlos.

## 3. Tratamiento procedimental

En tanto se cuestiona la existencia de un presupuesto procesal puede ser deducida de oficio o por el Ministerio Público, pues son objeto de control de oficio (art. 7.3 NCPP). Solo son deducibles en las etapas de investigación preparatoria e intermedia (art. 7.1 y 2 NCPP). Tiene efecto extensivo para los demás imputados, siempre que se encuentren en igual situación jurídica (art. 8.6 NCPP).

#### 4. **Presupuesto y trámite de las cuestiones referentes a la persecución penal**

El art. 8 NCPP regula el trámite de la audiencia que el juez de la investigación preparatoria debe realizar para la dilucidación de las cuestiones previa y prejudicial, y las excepciones. Este comprende cuatro momentos:

- A. **Actos preparatorios.** Comprende tres pasos: (i) Requisitos de la solicitud: presentación escrita de la solicitud respectiva, acompañando los elementos de convicción que correspondan; (ii) Oportunidad: se presenta luego de emitida la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta que venza el traslado del requerimiento fiscal acusatorio o de sobreseimiento (arts. 3 y 342.1 NCPP) [en los casos de cuestiones previas y excepciones también pueden deducirse en la etapa intermedia: hasta 10 días luego de notificada la acusación fiscal escrita art. 350.1b NCPP]; (iii) El juez de la investigación preparatoria realizará tres actos ordenatorios: dispondrá que el Ministerio Público cumplidos los dos primeros requisitos, le informe acerca de las partes personadas en la investigación preparatoria a su cargo; y, con esa información, primero, notificará a las partes la interposición del medio de defensa; y, dentro del tercer día, dictará si correspondiere el auto admisorio, que importa señalar fecha para la audiencia.
- B. **Instalación de la audiencia.** Obligatoriedad de la presencia del fiscal, quien además de asistir debe exhibir el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez de la investigación preparatoria en ese acto. Las demás partes no están obligadas a concurrir. Su inasistencia no genera sanción procesal alguna.
- C. **Desarrollo de la audiencia.** Se escucha los alegatos orales de las partes. Primero, del defensor de la parte que propuso el medio de defensa, luego sigue el fiscal, el defensor del actor civil y de la persona jurídica, y finalmente el defensor del tercero civil. Si asiste el imputado, cierra el acto con su intervención oral. Los participantes solo pueden mencionar los actos de investigación que consten en autos o que hayan sido acompañados al efecto.
- D. **Deliberación y decisión.** Se resuelve inmediatamente o en el plazo de dos días de celebrada la vista. Excepcionalmente, el expediente fiscal puede retenerse hasta 24 horas, retención que se adoptará mediante auto fundamentado.

# LECCIÓN DÉCIMA

## OBJETO PROCESAL

### I. CONCEPTO

La determinación del objeto procesal –el hecho punible imputado a una persona– es esencial: (i) delimita los poderes del órgano jurisdiccional en orden a la conformación de la sentencia, pues definido el objeto no puede alterarse; congruencia y limitación del ámbito cognoscitivo y decisorio del Tribunal; (ii) las partes, deducidas la acusación y la defensa, no pueden alterarlas introduciendo variaciones esenciales –la mutación o ampliación de la pretensión–; (iii) identifica los efectos derivados de la cosa juzgada en relación con el *ne bis in idem*, que incluye la litispendencia.

Resaltan, así, las notas de:

- A. Inmutabilidad. No cabe cambiarlo ni eliminarlo. Vale decir, que una vez identificado no puede ser sustituido por otro, se trate de una sustitución objetiva (de un hecho por otro hecho) o subjetiva (de un imputado por otro). La inmutabilidad debe subsistir hasta la conclusión del proceso, pues debe constituir el mismo tema de investigación y de decisión [ORDI-GO].
- B. Indisponibilidad. Tanto desde el (i) punto de vista fáctico pues el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares y posteriores, como del (ii) jurídico pues el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista posibles.
- C. Indivisibilidad. Debe agotarse hasta su total esclarecimiento y la sentencia ha de resolver sobre la totalidad e integridad del mismo, siempre que la pretensión quede inmodificada. El objeto procesal no puede dividirse en parcelas –las fase procesales discurren en un mismo objeto–. Lo que trae como consecuencia de que se dividiera el objeto procesal procedería la excepción de cosa juzgada, entendida como excepción de *ne bis in idem*



procesal (si el proceso estuviera en trámite) o *ne bis in idem* material (si estuviese terminado).

- D.** Delimitación progresiva. A diferencia del proceso civil, donde con la interposición de la demanda se tiene fijado el hecho sobre el cuál versará el proceso, el inicio de un proceso penal es poco lo que se conoce del hecho y de su autor. Es más, la denominación “investigación preparatoria” es justamente para preparar el acto en el cual se fije regularmente el objeto del proceso. El objeto del proceso penal resulta así construido, hasta quedar fijo en la acusación [JAUCHEN].

El poder jurídico de acción es un mecanismo, constitucionalmente garantizado, de acceso a la jurisdicción penal. Si es admitido, el efecto principal es convertir a las partes que la promovieron en acusadoras para que puedan deducir la pretensión; el fiscal o el querellante deducirán la pretensión penal y la víctima, si así lo estima procedente al convertirse en actor civil, deducirá la pretensión civil resarcitoria.

## II. OBJETO PENAL

### 1. Concepto

El objeto más relevante es la pretensión penal. Es la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita al órgano jurisdiccional penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquel de un hecho punible. Dentro de los límites del objeto procesal, el tribunal penal está obligado a esclarecer por completo el hecho, tanto en su aspecto fáctico como jurídico [ROXIN].

No consiste en obtener la actuación del derecho de penar del Estado, sino tan solo de provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento [GIMENO].

### 2. Elementos esenciales

Están constituidos por requisitos subjetivos, objetivos y formales.

- A.** Requisitos subjetivos: Son tres: **1.** Atinentes al órgano jurisdiccional —en quien ha de concurrir la jurisdicción y la competencia—. **2.** Las partes acusadoras —quienes han de ostentar capacidad procesal y legitimación acti-

va—. **3.** El acusado, quien es el elemento esencial del objeto procesal y se le determina en la investigación preparatoria en la Disposición Formal de Incoación de la Investigación Preparatoria (hay tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación, aún cuando la misma se funde en la comisión de un solo hecho punible).

Solo vincula e identifica la pretensión, sin embargo, la persona del imputado.

Es preciso observar la identidad de la persona del acusado en el sentido de que no se puede poner en el banquillo a un testigo, y no se puede realizar ningún cambio en la persona del imputado [ROXIN].

- B.** Requisitos objetivos: Son tres: **1.** Fundamentación fáctica. **2.** Fundamentación Jurídica. **3.** Petición. Están recogidos básicamente en el art. 397.2-3 del NCCP.

El primero, fundamentación fáctica, es el elemento objetivo esencial, que se traduce en el “hecho punible”. Es un hecho singular, plenamente identificado y distinto de los demás, imputado a una persona. El fiscal, en virtud de la nota característica de indisponibilidad, debe comprenderlo en su totalidad, sin que sea posible mutarlo, reducirlo por cualquier tipo de razón [ASENCIO]. Este hecho tiene que ser entendido como la descripción de acontecimiento histórico sometido al tribunal a través de la acusación. Forman parte del hecho todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real de delitos, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto, y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro [ROXIN].

Este es un hecho histórico o natural —es anterior y externo al proceso, es un antecedente histórico que, bajo la nota característica de indivisibilidad, exige su enjuiciamiento con toda su plenitud fáctica: el órgano jurisdiccional está obligado a agotarlo integralmente, hasta su total esclarecimiento—, y (ii) subsumible en tipos legales de carácter homogéneo —al proceso solo interesan los hechos típicos, sin que su calificación jurídica sea esencial pues rige la máxima *iura novit curiae*, aunque limitada por la identidad u homogeneidad del bien jurídico y por la exigencia de la protección del derecho de defensa—.

En buena cuenta, el hecho que integra la pretensión penal tiene que ser relevante desde el punto de vista jurídico penal. Empero, el hecho

procesal no coincide con el hecho penal, no contiene sus mismos elementos –de ser así, simplemente, no podría efectuarse modificaciones en la calificación jurídica y en los tipos legales–. Por ello es de acudir a una solución dinámica que tome en cuenta la Ley penal y la no coincidencia entre tipo legal y pretensión penal, para lo cual ha de acudirse a la actividad típica realizada y el resultado ocurrido o el bien jurídico tutelado por el tipo legal, respetando la esencialidad del hecho. En consecuencia, el hecho procesal será el mismo –no se variará la pretensión penal– cuando modificados cualquiera de estos elementos (conducta realizada y resultado ocurrido) exista al menos una identidad parcial entre ellos: hechos acusados y hechos objeto de condena [ASENCIO]; esto es, una coincidencia de los actos típicos de ejecución o cuando los bienes jurídicos ofendidos o lesionados son los mismos –en este último caso se comprende los supuestos en los que se varíe el título de autoría y de participación [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

El segundo, fundamentación jurídica, es el “título de condena”, según lo exige el art. 349.1.f NCPP, relativizado por una tipicidad alternativa: art. 349.3 NCPP. Empero, no es un elemento determinante de la pretensión u objeto procesal, pues solo se requiere la homogeneidad del bien jurídico vulnerado –entre título acusatorio y título condenatorio– y el respeto a la esencialidad de la conducta atribuida al imputado.

El tercero, petición, es la pena o medida de seguridad y *quantum* de la reparación civil solicitada por el Ministerio Público. En observancia del principio acusatorio se desprende que el objeto del proceso queda determinado por la pena principal sustanciada en un hecho histórico, homogéneamente típico, y por la identidad del acusado. Sin embargo, su entidad no vincula del todo al Tribunal, salvo en su extremo máximo o cuando se requiera una consecuencia jurídico penal que viole el mínimo legalmente previsto (art. 397.3 NCPP).

- C. **Requisitos formales:** El ejercicio de la acción penal y la interposición de la pretensión aparecen distanciados procedimentalmente –esta última sigue un curso escalonado, que empieza con la Disposición Formal de Incoación, sigue con la acusación escrita y culmina con la acusación oral (arts. 336, 349 y 387.1 NCPP)– [GIMENO]. Con la acusación oral queda definitivamente fijada la pretensión, así los arts. 387.2 y 3 NCPP.

### 3. Funciones

El objeto procesal tiene tres funciones: define el objeto de litispendencia; (ii) demarca los límites de la investigación fiscal y de la obtención de la sentencia, y (iii) define la extensión de la cosa juzgada [ROXIN].

## III. OBJETO CIVIL

### 1. Concepto

El objeto civil se rige por los arts. 11-14 NCPP, cuya principal característica es la acumulación de la pretensión civil a la penal. La acción civil puede ser objeto del proceso penal, vinculada al objeto esencial y principal (el hecho punible) por una conexión de carácter heterogénea [DE LA OLIVA].

Se fundamenta en la economía procesal –se resuelven dos objetos interrelacionados en un solo procedimiento–, pues tiende a aprovechar la prueba del hecho con resultados dañinos y la presencia en el proceso penal de los sujetos jurídicos implicados. Lo que se busca es evitar el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”. Es este factor el único que puede explicar por completo el conjunto de pronunciamientos de “responsabilidad civil” que se contienen en las sentencias penales constituye el único denominador común de estos [SILVA SÁNCHEZ].

Del hecho reputado delictivo, en tanto en cuanto produce un daño o implica un menoscabo patrimonial a la víctima, nace una pretensión civil de resarcimiento acumulable al proceso penal, pero que también puede separarse de él y reservarse para plantearla en el correspondiente proceso civil.

La acción civil que puede ser objeto del proceso penal –derivadas de comportamientos penalmente antijurídicos– es, por lo general, la acción civil a que se refiere el art. 1969 del Código Civil, cuya única diferencia respecto de las acciones civiles derivadas de comportamientos ilícitos no delictivos es su tratamiento procesal.

### 2. Pretensión civil

#### 2.1. Definición y alcance

Es la declaración de voluntad, planteada ante el órgano jurisdiccional penal en un procedimiento penal en curso, pero dirigida contra el acusado o el responsable civil y sustanciada en la comisión por él de un acto antijurídico, que haya

podido producir determinados daños o porque el hecho implica un menoscabo patrimonial al perjudicado o al actor civil, por el que solicita la condena de aquel a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios.

La pretensión civil acumulada a la penal tiene un contenido patrimonial. Está centrada en el daño derivado de la comisión de un hecho punible en cuanto acción ilícita. Es una pretensión limitada, pues conforme al art. 93 CP se circunscribe a la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de ese hecho [GÓMEZ COLOMER]. Una extensión excepcional se encuentra en los delitos de violación de la libertad sexual, en cuya virtud el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas relativas del Código Civil (art. 178 CP).

Mediante la restitución, el Ministerio Público o el actor civil quiere que le sea devuelta la cosa robada, hurtada o apropiada por el autor o partícipe del delito o falta aunque se halle en poder de tercero (art. 94 CP), porque desea dejar las cosas como estaban antes de la comisión del hecho punible de desapoderamiento—su regulación específica y excepciones se encuentran en el Código Civil, que contempla supuestos de irreivindicabilidad cuando media buena fe—. Esta pretensión puede ir unida a la de condena a pagar deterioros o menoscabos que se han producido a la cosa.

Mediante la pretensión de reparación—la reparación del daño y la indemnización de perjuicios tienen el mismo objeto— se pide al órgano jurisdiccional, ante la imposibilidad de restituir las cosas objeto del delito o falta, que el autor o partícipe del delito repare e indemnice el daño patrimonial o moral producido por el hecho punible—responda del coste del daño producido en la cosa con ocasión de la ejecución del delito, tanto el daño emergente como el lucro cesante—; la indemnización afecta tanto a lo patrimonial como a lo moral, y comprende no solo los que se hubieran causado al ofendido por el delito o falta, sino también a sus familiares o a terceros [GÓMEZ COLOMER]. La pretensión de reparación comprende, además, todas las acciones civiles encaminadas a lograr un resultado perfecta o imperfectamente equivalente a la situación anterior al delito [DE LA OLIVA].

## 2.2. Pretensión civil anulatoria excepcional

Una pretensión civil excepcional que pretende evitar la desaparición de bienes propios del imputado en caso impidan el pago de la reparación civil es la reconocida por el art. 97 del Código Penal. Señala esta norma que “Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente

para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros”. Su régimen procesal está previsto en el art. 15 NCPP, y requiere de la expresa interposición de una pretensión anulatoria, de la formación de un cuaderno aparte, del traslado al adquirente y/o poseedor del bien, de la actuación de prueba pertinente en una audiencia específica –en sede de investigación preparatoria o intermedia– y de su reserva para la decisión por el juez penal con la sentencia.

### 2.3. Régimen procesal

El art. 92 del Código Penal dispone que la reparación civil se establezca conjuntamente con la pena. Su ejercicio, según el art. 11 NCPP, corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado –la legitimación del fiscal cesa si el perjudicado se constituye en actor civil–. Ello significa que nuestro ordenamiento no se limita a conferir al perjudicado –y ante su silencio, al Ministerio Público– el derecho de ejercitar la acción civil en el seno del proceso penal en que se enjuicien los hechos en cuestión, sino que además quiere que, de ordinario, se resuelva en el proceso penal sobre la posible responsabilidad civil engendrada por el comportamiento humano que en dicho proceso se considera primordialmente desde el punto de vista del derecho penal [DE LA OLIVA].

La pretensión civil es, siempre, contingente, pues cabe su desistimiento (art. 13 NCPP); y, además, eventual, pues, como regla general, el juez penal solo se pronunciará sobre la responsabilidad civil en casos de sentencia condenatoria –se incluyen los supuestos de reserva de fallo condenatorio (art. 64.4 CP) y de concurso real retrospectivo cuando uno de los delitos se castiga con cadena perpetua [GARCÍA CAVERO]–. Constituyen excepciones a la eventualidad, salvo los supuestos de desistimiento y transacción (arts. 13 y 14 NCPP), la sentencia penal absolutoria o el sobreseimiento “cuando proceda” –en tanto en cuanto se deja intacto el ilícito civil–, en cuya virtud cabe un pronunciamiento del juez penal sobre la reparación civil, siempre que la decisión sobre la cuestión penal se sustente en supuestos de error de tipo o de prohibición, falta de capacidad penal, estado de necesidad y miedo insuperable, y en la medida en que no resulte aplicable el art. 1971 del Código Civil.

## 3. Identificación. Elementos esenciales

Se tienen los requisitos subjetivos, objetivos y formales.

**A. Requisitos subjetivos.** Son dos: los atinentes al órgano jurisdiccional y los de las partes.

- (i) El Órgano jurisdiccional. Ha de ostentar jurisdicción y competencia. La pretensión civil se resuelve por el juez penal y la competencia es la propia del NCPP: la pretensión civil se acumula siempre al proceso penal incoado para conocer del delito en cuestión.
- (ii) Las partes. Sin perjuicio del Ministerio Público –que actúa en nombre propio pero por un derecho y por un interés ajeno, del perjudicado; ostenta una singular sustitución procesal, en tanto esgrime un derecho ajeno y sin que su titular le haya conferido representación alguna–, la parte que deduce la pretensión civil y, por tanto, tiene legitimación activa, es el actor civil –el perjudicado por la acción ilícita generadora de un daño–; y la que se opone es el responsable civil: imputado, asegurador, persona jurídica y terceros civilmente obligados –son los legitimados pasivamente–. En ellos ha de concurrir los presupuestos procesales específicos del proceso civil: capacidad para ser parte, de actuación y de conducción procesal, legitimación activa y pasiva, y la postulación procesal. Es necesaria la identidad de ambas partes: actora y demandada (la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte).

**B. Requisitos objetivos.** Son dos: la fundamentación o *causa petendi* y la petición o *petitum*.

- (i) La fundamentación. Es lo decisivo. No es la existencia de responsabilidad penal o incluso de un delito. El elemento fáctico consiste en actos u omisiones ilícitos dañosos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Lo decisivo es, pues, la existencia de un acto ilícito cuya existencia requiere ser probado. El componente jurídico es el art. 1969 del Código Civil.
- (ii) La petición –objeto de la pretensión–. Como primera característica, es que está informada por el principio dispositivo, por lo que el perjudicado es dueño de su interposición y renuncia, vinculando mediante la petición la actividad decisoria del órgano jurisdiccional. La segunda característica, es que es una pretensión de condena y, dentro de ella, de dar, teniendo su centro objetivo en la realización del hecho y en la producción del daño o en el menoscabo patrimonial. Comprende la restitución, la reparación y la indemnización. En ciertas ocasiones, la acción de restitución comprenderá la de nulidad de ciertos contratos o negocios que se hayan podido realizar con las cosas o derechos sacados del patrimonio de la víctima por acción directa del hecho delictivo (art. 11.2 NCPP).

- C. **Requisitos formales.** La pretensión civil se deduce con toda su plenitud por el fiscal en su acusación escrita –art. 349.1g NCPP– y, en su caso, por el actor civil en su respuesta a aquella según el art. 350.1g NCPP.



*PARTE QUINTA*

**ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL  
(EL PROCESO COMÚN)**



## **LECCIÓN UNDÉCIMA**

### **TEORÍA GENERAL**

#### **I. EL PROCESO PENAL**

El proceso penal persigue intereses públicos dimanantes de la imposición de sanciones penales. Está sujeto a una exclusiva titularidad estatal: solo el juez puede imponer sanciones (art. V TP CP), pero a su vez el Ministerio Público es titular de la potestad de persecución (art. 159.1, 4 y 5 Constitución). Así, el principio acusatorio se impone porque coexisten dos derechos de relevancia constitucional en el proceso penal: el derecho de penar a cargo del juez y el derecho de perseguir a cargo del fiscal.

Como se sabe, desde una perspectiva general, existen tantas clases de procesos cuantos órdenes jurisdiccionales [CORTÉS DOMÍNGUEZ], todos los cuales están informados por el sistema de legalidad de las formas procesales —las actuaciones del juez y de las partes han de ajustarse al modo y con el orden establecido por la ley—. La diversidad de procedimientos depende, entre otras cosas, de la naturaleza del Derecho objetivo que actúa la potestad jurisdiccional, de la función que esta deba cumplir, de especiales exigencias de rapidez procedimental o de adecuación al objeto, de la oralidad o escritura —que no solo repercuten en la forma de los actos, sino también en la estructura del procedimiento— [CÁMARA RUIZ]. Así se cuenta con procesos civiles, penales, laborales, de familia, contencioso-administrativos y constitucionales.

Atento a su relación con el objeto del proceso, la función del proceso es el de la satisfacción de las pretensiones. El proceso penal existe para la tutela del derecho de penar estatal. Dentro del proceso penal se tienen procesos declarativos, de ejecución y de protección provisional o de coerción. En cada uno de ellos es posible distinguir procesos comunes u ordinarios y procesos especiales. Los primeros pensados para la tutela de la generalidad de supuestos típicos (Libro Tercero: proceso común, arts. 321-403 NCPP), y los especiales previstos para la tutela de especiales circunstancias o de modalidades delictivas (Libro Quinto: arts. 446-487 NCPP).

## II. CLASES DE PROCESO PENAL

El proceso penal declarativo o fase declarativa (Libros Tercero y Cuarto NCPP: proceso común e impugnación) tiene por objeto una sentencia de condena al cumplimiento de una sanción penal fundada en la comisión de un hecho punible. Este proceso no finaliza en una instancia con la emisión de la sentencia (art. 396 NCPP), pues a fin de evitar errores judiciales existe el recurso de apelación (art. 401 NCPP) y, extraordinariamente, el recurso de casación (art. 427 NCPP), cuyo fundamento son las garantías del debido proceso y de tutela jurisdiccional.

El proceso penal de ejecución tiene por finalidad imponer, haciendo uso de la potestad coactiva del Estado, el cumplimiento de las resoluciones dictadas (Libro Sexto, Sección Primera: arts. 488-496 NCPP). Su iniciativa es de oficio, y se promueve únicamente sobre un título exclusivamente judicial, la sentencia firme de condena. La ejecución penal no es eventual, sino necesaria. Está en función a las penas, medidas de seguridad y reparación civil.

Por último, en cuanto el proceso de protección provisional o de coerción, el ordenamiento permite adoptar a los jueces una serie de medidas provisionales o de coerción, de diverso contenido y finalidad, dirigidas a hacer posible la efectividad o la ejecución forzada de una eventual sentencia condenatoria, en tanto exista *fumus delicti commissi* –razonable atribución del hecho punible– (en el proceso civil *fumus boni iuris*) y *periculum libertatis* (*periculum in mora* en el proceso civil) –peligro en que durante la sustanciación del proceso se produzcan situaciones que impidan o dificulten la tutela que se dispone en la sentencia–. En el caso de las medidas personales, el *periculum* busca conjurar el riesgo de fuga del imputado y con ello la suspensión del proceso por su ausencia, así como asegurar el cumplimiento de pena privativa de libertad; mientras que en el caso de las medidas patrimoniales persigue evitar la desaparición de cosas específicas o la insolvencia del imputado a efecto de solventar la responsabilidad pecuniaria. Es la justa respuesta a una necesidad creada por el propio proceso de declaración (Libro Segundo, Sección III: arts. 253-320 NCPP).

## III. EL PROCESO PENAL COMÚN DECLARATIVO DE CONDENA

El proceso penal declarativo, a su vez, consta de cuatro fases o etapas procesales: investigación preparatoria, intermedia, enjuiciamiento e impugnativa.

- A. La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones encaminadas a reunir el material fáctico necesario que, en su momento, merecerá ser juzgado en el juicio. Se dirige a establecer hasta qué punto la noticia criminal puede dar lugar al juicio, determinándose si existen bases suficientes para calificar la antijuricidad penal del hecho y si pueden ser imputados o acusados a una persona individualizada. También sirve para el aseguramiento de personas y cosas y de las responsabilidades pecuniarias.
- B. La etapa intermedia es de naturaleza eminentemente crítica. Es el conjunto de actuaciones destinadas a realizar el análisis del material recopilado en la investigación preparatoria a fin de determinar el archivo o sobreseimiento de la causa o la procedencia del juicio oral.
- C. La etapa de Enjuiciamiento es el conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la realización del juicio oral. En este tiene lugar la práctica de la prueba acerca de la conducta atribuida por el fiscal al acusado, y sobre ella y su resultado se fundamenta la resolución del conflicto penal que ha dado lugar al proceso, absolviendo o condenando al reo.
- D. La etapa de impugnación es el conjunto de actuaciones destinadas a controlar el resultado del juicio, la sentencia, a través de los diferentes medios de impugnación o recursos (Libro IV, arts. 404-445 NCPP).

## *LECCIÓN DUODÉCIMA*

### **LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

##### **1. Regulación legal**

Está normada en el Libro Tercero “Proceso Común”, en rigor, el proceso de declaración. Integra la Sección I “La Investigación Preparatoria”, que consta de los siguientes cinco títulos (23 artículos en total):

- A. Título I: “Normas Generales” (arts. 321-325: cinco artículos).
- B. Título II: “La denuncia y los actos iniciales de la investigación” (arts. 326-333: ocho artículos). Está subdividido en dos capítulos:
  - I La Denuncia: tres artículos.
  - II Actos Iniciales de la Investigación: cinco artículos.
- C. Título III: “La Investigación Preparatoria” (arts. 334-339: seis artículos).
- D. Título IV: “Actos Especiales de Investigación” (arts. 340-341: dos artículos).
- E. Título V: “Conclusión de la Investigación Preparatoria” (arts. 342-343: dos artículos).

##### **2. Aspecto fundamental**

Lo más trascendental del nuevo sistema –en el que siempre interviene una autoridad pública en atención a la enorme importancia social de la persecución penal [NIEVA]– es que deja en manos del Ministerio Público la investigación del delito. Esa opción consolida el carácter no jurisdiccional de la investigación, aún cuando sí es procesal (art. IV.3 TP NCPP), profundiza el principio acusatorio –que se caracteriza por una nítida diferenciación de los roles o funciones entre los sujetos del proceso– y afirma el principio de imparcialidad jurisdiccional, a la vez que crea un nuevo tipo de juez: el juez de la investigación preparatoria, para controlar su desarrollo y dictar las medidas limitativas de derechos que corres-

pondan (arts. 29 y 323 NCPP). Con la concreción de dos instituciones públicas, autónomas entre sí y roles distintos, se intenta resolver armónicamente la tensión entre eficacia y garantía.

El juez instructor como órgano a cargo de la investigación y del juicio es incompatible en este nuevo sistema en la medida que —un proceder distinto— acarrea que el juez pierda su imparcialidad. En efecto, mantener la figura del juez instructor supone mantener la objeción de que en una misma persona se reúne la función de conducir una investigación y, a su vez, de decidir sobre la afectación de derechos fundamentales; razón por la cual es correcto asignar al Ministerio Público la investigación del hecho delictivo [DEL RÍO].

Asimismo construye un mecanismo distinto de consolidación de la eficacia y la agilidad de la actividad persecutoria para dar curso a una investigación dinámica, desformalizada y selectiva. Aquí juega un papel muy importante no solo el principio de oportunidad, sino las diferentes opciones alternativas para su limitación, verbigracia: los procesos especiales de terminación anticipada e inmediato (arts. 2, 336.4, 468 y 446 NCPP), que por su propia lógica institucional y rigidez no podía cumplir el juez instructor del CPP 1940.

Desde la perspectiva de la estrategia de la investigación y la economía de medios el fiscal debe plantear una estrategia que le permita reducir el esfuerzo instructor dentro de límites razonables economizando recursos materiales y personas, no solo por razones presupuestarias relativas a la necesaria reducción de los costes de la justicia, sino por el hecho de que no dispone de medios ilimitados que le permitan seguir hasta las últimas consecuencias todas las vías de prospección imaginables. El fiscal debe efectuar, en consecuencia, una razonable previsión de las posibilidades de éxito de las diversas vías de investigación, lo que implica una valoración de previsibilidad de resultados basadas en criterios de racionalidad y de experiencia.

En tal virtud, el fiscal solo debe realizar aquellas diligencias indispensables o esenciales para el fin de esclarecimiento perseguido. Debe incluir, como es lógico a su naturaleza objetiva, no solo diligencias necesarias para formular acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad, pueden favorecer al imputado. Ello está íntimamente relacionado con la duración de los procedimientos penales, que deben ser sumarios o breves, para lo cual más allá de los plazos legalmente establecidos, el fiscal debe revisar, de forma periódica, con el concurso de las demás partes, su estrategia investigativa, valorando extremos tales como: **a)** el concreto estado de las acusaciones; **b)** la eficacia incriminatoria de las diligencias prácticas hasta el momento; **c)** la extensión temporal del trámite

investigativo; **d)** la pertinencia y práctica de nuevas diligencias de investigación; y, **e)** el interés de la víctima [MARCA MATUTE].

### 3. Definición y finalidad

#### 3.1. Definición

La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones, dirigidas por el Ministerio Público (art. 322.1 NCPP), tendentes a averiguar la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias y a la persona de su autor o partícipe –es lo que se denomina la determinación del hecho punible y la de su autor–, para de ese modo fundamentar la acusación y, también, las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado (art. 321.1 NCPP) –es, pues, una labor de gestión técnico-jurídico de datos–. En similares, términos por ejemplo, se ha pronunciado la STSE de 09-09-02.

Realmente, el proceso penal comienza de verdad cuando se formula una acusación contra una persona determinada por un delito concreto. Pero para poder llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie complicada de actos, principalmente de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores o partícipes, que fundamenten así la posterior acusación, dado que lo normal es que el delito se cometa en secreto, que se procure evitar su descubrimiento y que no se conozca desde el principio quién lo ha podido cometer [GÓMEZ COLOMER].

#### 3.2. Finalidad

La finalidad de la investigación preparatoria es hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre con base en juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor. En su desarrollo se realizan, esencialmente, actos de investigación, aunque también se practican otros de carácter diferente y no estrictamente de investigación.

Toda investigación, en cuanto constituye una *inquisitio*, es una actividad en que tanto la policía cuanto la fiscalía tratan de superar su estado de desconocimiento, incertidumbre y duda respecto al hecho relevante ocurrido y, por ello, usan todos los medios posibles, autorizados legalmente, para adquirir conocimiento cierto de sus determinaciones y características. Lo preparatorio de la investigación es que no tiene un fin en sí misma, sirve tanto al fiscal como a las



demás partes, y a partir de sus resultados es posible opciones alternativas, tanto despenalizadoras cuanto de simplificación procesal.

Debe superarse la concepción del sistema inquisitivo de que el objeto de la investigación es determinar radicalmente la verdad real o histórica. Se debe aspirar a la verdad probada, que surge del conjunto de versiones —en orden a lo que fluya de los actos de investigación— de las cuales se intenta extraer lo que ocurrió, sin perder de vista que se trata de una etapa de preparación para el eventual juicio oral [UMBARILA].

#### 4. Funciones

La investigación preparatoria tiene una función genérica y tres funciones específicas. La función genérica de la investigación preparatoria es preparar el juicio oral —que el fiscal pueda acusar y que la defensa pueda sustentar en ella sus afirmaciones—.

Las tres funciones específicas son: **a)** efectuar actos de investigación: tendientes a la averiguación de la preexistencia y tipicidad del hecho y su autoría (art. 321.1 NCPP); **b)** disponer medidas de aseguramiento de las fuentes de prueba de carácter material, los vestigios o elementos materiales (art. 322.3 NCPP); y **c)** adoptar las medidas limitativas de derechos para garantizar los fines del proceso (art. 253 NCPP).

A final de cuentas se quiere que la investigación preparatoria: **i)** prepare el juicio oral, fundamentando la acusación y la defensa respecto de una persona concreta por un hecho criminal determinado que se le atribuye; **ii)** impida que pueda abrirse el juicio oral, a menos que si como consecuencia de ella se desprende la existencia de indicios que permiten llevar a la conclusión provisional de que es conveniente la celebración del juicio oral —decisión a cargo del juez de la investigación preparatoria—.

#### 5. Contenido

La investigación preparatoria está integrada por cuatro clases de actos: **1.** Actos que implican la iniciación de la investigación y el ejercicio de la acción penal. **2.** Actos de investigación y, en su caso, de prueba anticipada. **3.** Actos de imputación fiscal o promoción de la acción penal (Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria). **4.** Actos de coerción.

La investigación entraña una actitud inquisitiva, pese a la cual el Ministerio Público tiene una directiva de actuación objetiva (art. 61.1 y 2); es decir, debe

investigar los hechos de modo integral, ha de consignar no solo las circunstancias adversas, sino también las favorables para el imputado, cargo y descargo. Aquí el MP actúa como autoridad imparcial defensora de la legalidad: es el primer rol que tiene, que luego se modifica cuando formula acusación e interviene en el acto oral: solicita la actuación del *ius puniendi*.

Como los actos del Ministerio Público y de la Policía, salvo los de prueba irreproducible, carecen de valor probatorio, ello devuelve al juicio su centralidad (art. 325 NCPP). En materia de desformalización se reconoce al Ministerio Público la decisión sobre la estrategia de investigación, programando y coordinando sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para su eficacia. También se han flexibilizado las reglas de registro de las actuaciones, notificaciones, comunicaciones con la policía y sobre acumulación y desacumulación de investigaciones, así como separación de imputaciones (art. 51 NCPP). Además, se reconoce al reglamento, que el órgano de gobierno fiscal dictará, regular su funcionamiento de cara a la investigación y una serie de instituciones propias de aquella. Es de entender que las reglas de competencia son judiciales, que la distribución y reparto de investigaciones no tiene predeterminación legal, y que se reconoce amplia potestad al Ministerio Público para la asignación, control y evaluación de su labor investigadora y de los casos bajo su responsabilidad.

## 6. Notas características

Son cuatro las notas características de la investigación del delito, que a su vez expresan cuatro principios: carácter preparatorio o no definitivo de sus actuaciones, documentación, investigación de oficio y reserva.

### 6.1. Carácter preparatorio de la investigación

Las actuaciones de investigación van encaminadas fundamentalmente a determinar las circunstancias que posibilitarán en el futuro abrir o no el juicio oral, por lo que no pueden ser la base de la sentencia, carecen de efectos probatorios; tienen, pues, una naturaleza claramente instrumental [SEOANE]. En este sentido la STSE de 20-05-07 tiene señalado que las diligencias realizadas durante la fase investigativa no constituyen en sí misma pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica; por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa.

Los actos probatorios se desarrollaran solo y exclusivamente en el juicio, salvo contadas excepciones (los casos de prueba anticipada y prueba preconstituida), y van encaminadas a demostrar la existencia de unos hechos que darán lugar a la absolución o a la condena [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

Desde la perspectiva procedimental, el desenvolvimiento de la investigación preparatoria, conformado –como ya se anotó– por actuaciones heterogéneas, no posee una secuencia lineal. En otras palabras, la sucesión de los actos no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y resultados que cada acto provoca y produce [ARAGONESES MARTÍNEZ].

## **6.2. El principio de la documentación**

Las investigaciones no son orales y no están regidas por el principio de concentración. Por tanto es vital que deban documentarse en actas, en tanto carecen de carácter probatorio. Esa es la única manera de poder decidir en su momento si, con base en actuaciones pasadas y quizás lejanas en el tiempo, se abre o no la otra frase procesal destinada al enjuiciamiento del acusado. En este sentido, entre las diligencias que deberán ser formalizadas son inspecciones, constataciones, registros, pesquisas, secuestros, detenciones, búsqueda e incorporación de pruebas, etc. Por otro lado, en cuanto a la forma de la investigación, el Ministerio Público ha de documentar todas las actuaciones en un expediente que contendrá la denuncia, el Informe Policial, las diligencias de investigación, los documentos obtenidos, los dictámenes periciales, las actas, las disposiciones y providencias dictadas, y los requerimientos solicitados al juez con sus resultados.

## **6.3. El principio de la investigación de oficio**

La investigación del delito debe ser obra de una autoridad pública que debe llevar a cabo su propia estrategia de esclarecimiento, sin necesidad de que su actuación sea pedida por las partes. El fiscal debe realizar las diligencias instructoras o de investigación que estime convenientes para la realización de la función de esclarecimiento y conseguimiento del fin de la misma y, sobre todo, garantizar la ejecución efectiva de importantísimas medidas provisionales.

La investigación gira en torno a un elemento objetivo –el hecho presuntamente punible– y un elemento subjetivo –la persona presuntamente responsable de aquel–, si bien no siempre es posible deslindar la existencia de actos que tiendan de modo unilateral a comprobar uno o a averiguar otro. Antes, al contrario, la investigación de ambos extremos suele ser coetánea [ARAGONESES MARTÍNEZ].

#### 6.4. El principio del secreto de las actuaciones

Este principio se entiende, siempre, para terceros y en relación con las informaciones contenidas en los actos de investigación –es la reserva propiamente dicha–. Posibilita que las personas que están sometidas a investigación no sufran con la publicidad de los actos de averiguación más perjuicios de los necesarios –protección de los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la presunción de inocencia e incluso a la integridad psíquica del investigado–; aunque la función primordial estriba en garantizar el éxito de la investigación, evitando las comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba. Por partes se debe entender a las partes privadas, bien sean acusadoras, bien se trate del imputado o del testigo. La extensión del derecho de información de las partes comprende, tanto el pasivo, como lo es la lectura personal de las diligencias, cuando el activo o derecho a tomar notas [GIMENO].

El apdo. 1 del art. 324 NCPP autoriza que las partes obtengan copia simple de las actuaciones, las que deben permanecer en reserva bajo responsabilidad disciplinaria y exclusión del abogado si las filtra indebidamente.

El apdo. 2 autoriza al fiscal a ordenar propiamente el secreto instructorio: prohibición de la publicidad relativa mediante la expedición de una disposición, que empero debe cumplir con el principio de proporcionalidad –su objeto es garantizar el éxito de la investigación–. **1.** Formalmente ha de ser motivada con inclusión del adecuado juicio de ponderación entre el derecho de defensa, de un lado, y el éxito de la investigación preparatoria, de otro. **2.** Subjetivamente, se hace de oficio o a pedido de parte, cuyos efectos rigen para todas las partes personadas. **3.** Materialmente el secreto se extiende a los actos de investigación, que puede ser total o parcial (circunscribe sus efectos a alguno o algunos actos de investigación). **4.** Temporalmente, dura 20 días, solo prorrogables por el juez de la investigación preparatoria por un plazo no mayor de 20 días.

La publicidad, por tanto, es plausible en tanto no perjudique la eficacia de la investigación y solo debería comprender las diligencias no declaradas secretas. La identidad e imagen del investigado en esta fase deberían estar excluidas por completo de la publicidad, para así preservar la batería de derechos fundamentales ya citados del imputado –y también de la víctima en la medida en que le sean aplicables [NIEVA]–.

#### 7. Facultades coercitivas

Una garantía fundamental para la eficacia de las actuaciones de investigación es la facultad que se reconoce al fiscal de dictar ciertas, mínimas, facultades coercitivas;

imprescindibles para hacer posible la realización material de los fines de la misma. Se entiende por facultad el poder legal que se confiere al fiscal para el cumplimiento efectivo de su función de conductor de la etapa de investigación para lo cual puede restringir derechos de las personas. Los actos de coerción están orientados al mejor y recto cumplimiento de sus funciones. El valor eficacia justifica esta facultad.

En tal virtud, se reconoce al fiscal (i) citar a las personas involucradas en una denuncia o hecho delictuoso para que declaren o realicen una actividad específica y, en caso de que aquellas no asistan, desatendiendo su pedido, a pesar de haber sido debidamente notificadas, (ii) ordenar que la policía las conduzca ante su presencia, medida que no puede demorar más de 24 horas (art. 66 NCPP). Además, con la finalidad de generar seguridad y orden en las diligencias bajo su cargo, (iii) requerir la intervención de la fuerza pública y toda otra medida –función de policía procesal o de estrado– que garantice el desarrollo adecuado de las diligencias (art. 126 NCPP).

Es evidente que con todo acto de investigación se puede vulnerar algún derecho fundamental, tan pronto como aparece un sospechoso identificado: los más afectados son, desde luego, la presunción de inocencia y la intimidad, sin perjuicio de la integridad corporal, la dignidad y la libertad de ambulatoria. Sin perjuicio de lo que la fiscalía expresa y limitadamente puede realizar, así como de aquellos supuestos en que se requiera la preceptiva orden judicial, es de tener en cuenta la actividad investigativa, policial, a la que se reconoce la realización de investigaciones urgentes de propia autoridad. Desde luego, bajo la supervisión fiscal, esas actuaciones deben cumplir dos requisitos: 1) existencia de sospecha fundamentada de delito concreto; y, 2) concurrencia, bien de urgencia en la intervención que impida pedir la autorización correspondiente, o bien consentimiento del sujeto pasivo de la diligencia [NIEVA].

## 8. Funciones del juez de la investigación preparatoria

En el curso de la investigación preparatoria, el juez de la investigación preparatoria goza de ciertas facultades: jurisdiccionales y de garantía, que ejercerá a instancia del fiscal o a solicitud de parte, la investigación preparatoria no es de dominio exclusivo del fiscal, siempre hay control y dirección del juez en algún sentido [NEYRA]. El juez procura equilibrar la posición de las partes en el procedimiento de investigación. El NCPP reconoce cinco categorías de facultades propiamente jurisdiccionales:

- A. Autorización de la constitución de las partes.
- B. Pronunciamiento sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial, y medidas de protección.

- C. Resolución de las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales planteadas por las partes.
- D. Realización de actos de prueba anticipada.
- E. Control del cumplimiento del plazo.

Pero, aparte de esas funciones puramente jurisdiccionales, el juez de la investigación preparatoria también asume la posición de juez de garantías, en tres supuestos:

- A. Restablecer, en vía de tutela, los derechos del imputado afectados indebidamente durante la investigación;
- B. Limitar el plazo de duración de las diligencias preliminares fijadas por el Ministerio Público; y,
- C. Ordenar la práctica de una diligencia de investigación cuando el Ministerio Público negó indebidamente su actuación.

## II. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1. La denuncia

Se realiza ante el fiscal o la policía. Se la define como una declaración de conocimiento por la que se transmite a la Fiscalía o a la Policía Nacional la noticia de un hecho constitutivo de delito.

No se ha alterado el régimen de la legislación pretérita, aunque ha sido precisado y regulado con mayor especificidad. La denuncia se configura como un derecho ciudadano (art. 326.1 NCPP) y, excepcionalmente, como un deber (apdo. 2 del citado art. 326 NCPP), en el caso de los médicos, educadores y funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Cualquier persona que tuviera conocimiento de un delito perseguible de oficio puede denunciarlo ante las autoridades. No se exige, en consecuencia, que la denuncia la formule una persona determinada en el caso de los delitos de acción pública, pudiendo ser tanto la víctima o una tercera persona que tenga conocimiento del evento delictivo [SÁNCHEZ VELARDE]. Se reconoce como excepción el derecho a la abstención de denuncia de los cónyuges y parientes, así como a los que estén amparados en el secreto profesional. Por último, se regula el contenido y forma de la denuncia, destacándose el requisito de la identificación del denunciante y de una narración circunstanciada de los hechos (no se exige la individualización del responsable). La simplicidad es la regla: se formula por escrito u oralmente. En el caso que la denuncia se presente

verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el funcionario del MP o de la Policía que la reciba, debiendo recabar la firma y huella del denunciante [LÓPEZ BETANCOURT].

En cuanto a la posibilidad de iniciar una investigación a partir de la interposición de denuncia anónima, esto es viable por cuanto el Código Procesal Penal no ha establecido una norma prohibitiva para su admisibilidad. Si bien la denuncia anónima no puede servir de base para el inicio de una investigación penal, puede permitir la investigación de oficio de parte de una autoridad competente, en función a su verosimilitud y seriedad [JAUCHEN]. La STSE n.º 1881/2000, de 7 de diciembre, no ha negado que la denuncia anónima pueda constituir una base lícita para el inicio de una investigación y constatar la veracidad del hecho denunciado, sin embargo, rechaza la posibilidad de que esta pueda tener condición de prueba de cargo.

## 2. Actos iniciales y diligencias preliminares

### 2.1. Actos iniciales

A la Fiscalía, en régimen de monopolio, corresponde tomar la decisión si debe promover la acción penal. Para iniciar la persecución penal es necesaria y suficiente la llamada *sospecha inicial simple*, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos y fundado en experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible; para ello no son suficiente las meras presunciones, debe existir 'una sospecha que impulse el procedimiento' [ROXIN]. Dice el apdo. 1 del art. 329 NCPP cuando tenga sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito –indicios materiales más un examen de la procedencia legal: la presunción de que una conducta podría ser punible–. La iniciación y la realización de un procedimiento de investigación, como tales, no son impugnables judicialmente; obedecen la discrecionalidad del fiscal.

Son dos los aspectos de la discrecionalidad fiscal: a) la intervención de la Policía Nacional en la práctica de las diligencias preliminares –salvo el supuesto de la no identificación del autor–; y, b) la práctica misma de las diligencias preliminares.

### 2.2. Diligencias preliminares

Tomada la decisión de iniciar la persecución penal, resta definir si formula una inculpación formal o si, frente a los límites de la sospecha inicial, ordena la

realización de “Diligencias Preliminares”. Estas tienen por finalidad: realizar actos urgentes e inaplazables. Persiguen: determinar si han tenido lugar los hechos denunciados y su delictuosidad, asegurar los indicios materiales, individualizar a los involucrados, incluidos los agraviados, y asegurarlos debidamente (Casación n.º 66-2010/Puno). Se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente, tras la inculpación formal, la investigación preparatoria y, por ende, el proceso penal [SÁNCHEZ VELARDE]. Ella permitirá en su caso que los fiscales puedan realizar óptimamente la tarea de selección de casos con el objetivo que el sistema judicial no esté saturado de causas [CUBAS].

Las “Diligencias Preliminares” pueden ser realizadas por el fiscal o ser encomendadas a la policía: el plazo de esa subfase es de sesenta días, pero el fiscal podrá fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos investigados, bajo control judicial, del juez de la investigación preparatoria (art. 334.2 NCPP). El plazo indicado no forma parte del plazo dispuesto para la investigación preparatoria (Casación n.º 66-2010/Puno).

Esta fase del procedimiento de investigación preparatoria (Casación n.º 2-2008/La Libertad, de 03-06-08), exige por su propia naturaleza, una lógica de actuación especialmente reservada. Admitida la necesidad de realizarla –en función a los términos de la información o *notitia criminis* que el fiscal recibió– se dispondrá la realización de actos de investigación para concretar los hechos y su criminalidad e individualizar a los involucrados, lo que no requiere necesariamente dar conocimiento de su realización al presunto implicado. Esta posibilidad, en modo alguno colisiona con el derecho de ser informado de la acusación, pues este se exige a partir de la inculpación formal, es decir, cuando se dicta la Disposición de Continuación y Formalización de la investigación preparatoria; mientras no se atribuya a un sujeto concreto la comisión de un hecho punible, no puede haber imputación, y por tanto, no habrá puesta en conocimiento de la imputación [CASTILLEJO MANZANEROS].

### 2.3. La inspección preliminar

Una diligencia inicial, normada en el apdo. 3 del art. 330 NCPP, es la inspección preliminar: el fiscal se constituye al lugar de los hechos y efectúa la inspección correspondiente –una diligencia específica, que la integra por cierto, es el “levantamiento de cadáver”, prevista en el art. 195 NCPP–. A través de ella examina las huellas materiales, pone término a las consecuencias ulteriores del delito y evita la alteración de la escena del delito –es el lugar donde se ha producido el hecho punible que comprende, además, todos los indicios y evidencias (vestigios



y rastros materiales) que se encuentran en dicho lugar, así como las vías de acceso, el lugar de entrada, el teatro del crimen, el lugar de salida y las vías de escape [NOGUERA]—. Aquí se opta —en tanto, para su eficacia, previamente la policía procedió a la delimitación, aislamiento y protección de la escena del delito— por la recogida y custodia de los siguientes elementos: **a)** el objeto material del delito o instrumento a través del cual se ha cometido la acción delictuosa, y **b)** las piezas de convicción o elementos que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

Desde la perspectiva criminalística es factible que pueda haber más de un lugar de los hechos. Por tanto, el sitio donde se encuentra el cuerpo del delito se denomina “lugar de los hechos primarios”, y otros lugares de relevancia criminalística, tales como **a)** lugares utilizados para desplazamientos, **b)** lugar donde se descubre cualquier elemento físico de prueba distinto al primario, **c)** medios utilizados para el delito, y **d)** espacios físicos de uso forzoso, denominados “lugar de los hechos secundarios” [NOGUERA].

La inspección preliminar es un acto típico de investigación, en tanto en cuanto es un acto de constancia de lo ocurrido y de lo que se encuentra en el lugar del delito. Empero, lo referido a la recogida y conservación del cuerpo del delito: objeto material del delito y piezas de convicción, constituyen un acto de prueba preconstituida, en la medida que garantiza la preexistencia y genuinidad de las fuentes de prueba intervenidas y que posibilitan la ulterior realización de análisis periciales.

Esta diligencia, y otras similares vinculadas al cuerpo del delito y a las piezas de convicción —de ahí su heterogeneidad—, constituye una actuación propia de “comprobación del delito” tendente a acreditar que el delito existió, que no fue una patraña urdida por malquerencias o por alguien interesado en hacerlo suponer, ya sea por venganza, deseo de ocultar otro más grave o al verdadero delincuente, notoriedad patológica o cualquier otra razón espuria [ALMAGRO]. El levantamiento de cadáver es una diligencia de las denominadas “cuerpo personal del delito”, que importa propiamente la constitución en el lugar donde se halle el cadáver, el examen del mismo, su identificación si fuera posible en ese momento a través de sus documentos o la precisión de testigos presentes en la escena del delito —sin perjuicio de la denominada “necroidentificación” (huellas dactilares, fotografías, muestras biológicas)—, la incautación instrumental de los vestigios materiales y de los instrumentos, armas y efectos, y el levantamiento del acta correspondiente con el auxilio, si fuera del caso y esté disponible, de las fotografías y de la filmación respectiva [SEOANE].

## 2.4. El informe policial

El producto de las actuaciones policiales se vuelca en un documento denominado Informe Policial (art. 331.1 NCPP). Lo novedoso del informe policial estriba en que la Policía Nacional, a diferencia del ACPP, ya no puede calificar jurídicamente el hecho objeto de investigación, menos puede atribuir responsabilidades iniciales. Solo contiene los antecedentes de su intervención, la relación de diligencias efectuadas, y el análisis de los hechos investigados. Debe adjuntarse las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas, la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados, así como “todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos”.

La Policía está bajo la autoridad y dependencia del fiscal, por lo que deberá de cumplir con la realización de los actos que le fueron encomendados. Las principales atribuciones de la Policía en la investigación son: **(i)** recibir denuncias; **(ii)** efectuar la intervención de oficio en los casos de flagrancia delictiva; **(iii)** detener e incomunicar a las personas en los casos de flagrancia delictiva; **(iv)** recoger las pruebas y demás antecedentes que pudiera adquirir en el lugar de la ejecución del delito; **(v)** practicar las diligencias necesarias para identificar al autor y partícipe de los hechos delictivos; **(vi)** recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; **(vii)** allanar locales de uso público o abiertos al público; **(viii)** efectuar el secuestro e incautaciones necesarios en los delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración; **(ix)** recibir las declaraciones de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor (art. 68 NCPP). De todas las diligencias practicadas se deberá informar siempre al MP.

El informe policial es un documento que contiene la investigación –entendida como conjunto– realizada por la Policía respecto a un hecho aparentemente delictivo, que hoy es ciertamente compleja, y tiene diferente valor de denuncia pues cumple la función de ser acto de iniciación del proceso [MONTERO]. En principio: **a)** tiene valor de denuncia, por lo que es el acto de iniciación del proceso penal; **b)** el policía que lo redactó tiene la condición de testigo sobre lo que le consta y como tal declarará en el juicio oral; **c)** las apreciaciones u opiniones de la policía, las declaraciones o manifestaciones, incluso las diligencias de identificación o reconocimiento o de otras diligencias semejantes si no cumplen las exigencias de irrepetibilidad y urgencia, tienen el valor de mera denuncia –la clave es que quien lo haga declare en el acto oral y se someta a contradicción–; **d)** los dictámenes o informes de los laboratorios policiales tienen el valor de dictámenes

periciales; y, e) las diligencias objetivas y de resultado incuestionable, tienen el carácter de prueba preconstituida –documentales o periciales, sin perjuicio de la declaración del agente policial que las llevó a cabo, si fuera el caso–.

El informe policial debe contener, primero, el relato completo de los hechos, que parte de los datos acerca de la denuncia o de las primeras diligencias, cuyo carácter debe ser objetivo, limitados a los hechos constatados; segundo, diligencias practicadas, que deben indicarse con el fundamento de su ejecución, la sospecha que la motivó y, en su caso, si se recabó la orden fiscal o, en casos graves, la autorización judicial; y, tercero, hipótesis sobre futuras líneas de investigación, que permitirá al fiscal a construir la estrategia de diligencias futuras y, en todo caso, marca la línea de cooperación y colaboración entre policía y fiscalía, bajo el entendido que la policía requiere de rapidez y eficacia en su actuación, y los fiscales precisan de fuentes de prueba lícita [NIEVA].

## 2.5. La disposición de archivo

El art. 334.1 NCPP establece las causales por las que el fiscal, luego de recibir la denuncia o culminar la subfase de diligencias preliminares, puede emitir una disposición de archivo. Estas son: **(i)** que el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente; **(ii)** que se presenten causas de extinción de la acción penal o no se individualice –con sus nombres y apellidos completos– al denunciado o investigado; y, **(iii)** que falten indicios reveladores de la realidad del delito, y la intervención de su comisión del denunciado o investigado.

En cuanto a la primera causal se diferencia entre el supuesto de atipicidad del hecho punible del caso de ausencia de punibilidad. El hecho puede ser atípico por la falta de un elemento objetivo o subjetivo del tipo, por la presencia de una causa de justificación. De otro lado, el hecho no es justiciable penalmente por falta de punibilidad del hecho delictivo o por presentarse cláusulas de exclusión de la pena.

Por otra parte, las causales de extinción de la acción penal se encuentran establecidas en el art. 78 del CP: **(i)** por la muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia; **(ii)** por la autoridad de cosa juzgada; **(iii)** en los casos que solo proceda la acción privada, esta se extingue, además de las establecidas en el num. 1, por desistimiento o transacción.

Finalmente, la causa de falta de indicios, procede cuando el fiscal advierte la ausencia de elementos de prueba o su insuficiencia para fundamentar la continuación de la investigación penal lo cual puede estar relacionado tanto a demos-

trar la existencia del hecho delictivo como también la responsabilidad penal del autor o partícipe.

## 2.6. Impugnación de la disposición de archivo

Contra la decisión que dispone el archivo de las investigaciones, el agraviado podrá interponer recurso de queja dentro de un plazo de cinco días a fin de que sea resuelto por un fiscal superior, quien en igual tiempo se pronunciará (art. 334.5 y 6). Sobre este aspecto, sin embargo, el Ministerio Público, mediante Directiva n.º 009-2012-MP-FN, estableció que el Código Procesal Penal no contenía una regulación específica del plazo para impugnar la decisión Fiscal de no promover la formalización de investigación preparatoria, y que el plazo de cinco días determinado en la norma procesal estaba vinculado al plazo que tenía el fiscal para elevar los actuados una vez que el agraviado interpusiera el recurso de queja o de impugnación. Consecuentemente, la Fiscalía dispuso que, debido a una ausencia o vacío de la regulación procesal penal, debía aplicarse la disposición contenida en el art. 12 de la LOMP que establecía que el plazo para recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior era de tres días.

Esta directiva emitida por la Fiscalía de la Nación es discutible por cuanto expresamente el art. 334.5 del NCPP ha regulado el plazo de cinco días, no como periodo para que el fiscal provincial remita o eleve los actuados a su superior jerárquico, sino como plazo para que el afectado con la decisión de archivo, es decir, el agraviado pueda ejercer su derecho de recurrir la disposición fiscal que le causa agravio. En consecuencia, exista una norma especial de carácter procesal que regula, de forma expresa, el plazo dispuesto para que el agraviado pueda recurrir la disposición de archivo del fiscal provincial, por lo que no es necesario tener que invocar la LOMP al no existir ningún vacío legal (STC n.º 4426-2012-PA/TC de 15-01-14). Asimismo, debe tenerse en cuenta que existe una derogación tácita del texto del art. 12 de la LOMP, pues el NCPP, a diferencia del ACP, ha regulado con precisión y claridad las actuaciones del Ministerio Público y, en este supuesto específico, el plazo para impugnar o, mejor dicho, en vía de remedio jurídico, instar la elevación de las actuaciones al fiscal superior.

El fiscal superior, recibido el cuestionamiento a la decisión de archivo emitido por el fiscal provincial, contará con un plazo de cinco días para emitir su disposición. El fiscal superior podrá, en consecuencia: (i) Ordenar la formalización de la investigación preparatoria, en cuyo supuesto, por el principio de jerarquía que rige en el Ministerio Público, el fiscal provincial tendrá que cumplir la disposición de su superior; (ii) Ratificar el criterio del fiscal provincial, en este

supuesto se constituye cosa decidida y la investigación se archiva de forma definitiva; y, (iii) Ordenar la realización de diligencias adicionales al fiscal provincial a fin de emitir una nueva disposición.

La Disposición de archivo conlleva el efecto de prohibir una investigación por los mismos hechos. Esa es la regla. El Tribunal Constitucional; en la STC n.º 2725-2008-PHC/TC, FJ 16, estableció que la decisión del fiscal de no formalizar denuncia penal si bien no constituye en estricto cosa juzgada, pues se trata de una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales, se le reconoce un estatus inmutable o de cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución que los hechos investigados no constituyen ilícito penal. En la misma línea, la Comisión Interamericana en el Informe n.º 1/95- relativo al caso 11.006 de 07-02-95 ha señalado que: “La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión [...]”.

El art. 335 NCPP establece dos supuestos de excepción: (i) prueba nueva; y, (ii) manifiesta falta de investigación en el caso archivado. En igual sentido la STC n.º 2110-2009-PHC/TC, FJ 22, estableció que: “22. A contrario sensu, no constituirá cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada”.

## 2.7. La acusación directa

El art. 336.4 NCPP ha regulado una figura innovadora en el sistema procesal penal conocida como “acusación directa”. Se establece que si el fiscal considera –luego de actuada las diligencias preliminares– que existen suficientes elementos de la realidad de comisión del delito y de la intervención del imputado en su comisión, podrán formular acusación de manera directa.

Sin embargo, esta figura no se ha encontrado exenta de críticas pues no se establece cómo continuar el procedimiento en el caso de la acusación directa. No

existe una mención a la disposición de formalización de investigación preparatoria, el empleo de la tutela de derechos, la admisión del actor civil o el emplazamiento del tercero civil responsable [SÁNCHEZ VELARDE].

El Acuerdo Plenario n.º 06-2010/CJ-116 ha definido que en el supuesto de acusación directa, esta debe cumplir las funciones de la disposición de formalización de investigación preparatoria por cuanto: (i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; (ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; (iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (iv) determina la cuantía de la pena que se solicita y se fija la reparación civil; y, (v) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

En cuanto a la vigencia del derecho de defensa, este quedará salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días las partes puedan pronunciarse. De igual forma, en el caso del imputado se le posibilita, en virtud de lo dispuesto en el art. 350.1 NCP, observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que pueden servir en el juzgamiento. En el caso de la víctima o del ofendido que no haya podido constituirse como actor civil, podrá solicitarla al juez de la investigación preparatoria conforme al art. 100 NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el art. 350 NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apdo. 1, literal h.

### **3. La investigación preparatoria formalizada. La disposición fiscal**

#### **3.1. La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria**

Si la disposición inicial de actuaciones de investigaciones descansa en la sospecha inicial simple, la inculpación formal o la formalización de la investigación preparatoria se apoya en la noción de *sospecha reveladora* –‘indicios reveladores de la existencia de un delito’ (art. 336.1 NCPP)–. Esa es la segunda selección, de cara a los hechos, que debe realizar el fiscal.

Los presupuestos materiales para la indicada disposición son: 1) que el hecho denunciado constituye delito y es justiciable penalmente, 2) que no se presentan causas de extinción del delito, 3) que se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, y 4) que el imputado esté debidamente individualizado (art. 336.1 NCPP). De no presentarse esos presupuestos expedirá una Disposición de

archivo de actuaciones, que se notificará a los interesados, contra la que procede una instancia ante el fiscal superior.

La Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria está sujeta a formalidades muy estrictas: art. 336.2 NCPP. Destacan: a) la exigencia de precisión los hechos –importa una descripción de la conducta atribuida a cada imputado con las circunstancias que le son relevantes–; b) la tipificación específica correspondiente, a la vez que permite al fiscal consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación; y c) indicación de los motivos de la calificación jurídico-penal.

En primer lugar, se entiende que esa Disposición Fiscal importa la promoción de la acción penal, y da lugar al inicio formal de la intervención jurisdiccional controlando el mérito de la investigación preparatoria. En segundo lugar, un efecto trascendente de la aludida disposición es que suspende la prescripción, de acuerdo al art. 339 NCPP (Acuerdo Plenario n.º 1-2010/CJ-116), pero no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo (Acuerdo Plenario n.º 3-2012/CJ-116, FJ 11). El Acuerdo Plenario n.º 1-2010/CJ-116 de 16-11-10, aclaró que el art. 339.1 NCPP regula una *sui generis* suspensión de la prescripción de la acción penal, por lo que queda sin efecto el tiempo que transcurre desde la disposición fiscal de formalización hasta la culminación del proceso mediante un sobreseimiento o sentencia firme. No se trata de un supuesto de interrupción de la prescripción de la acción penal. Empero, el Acuerdo Plenario n.º 3-2012/CJ-116 luego de ratificar que la citada norma no derogó ni modificó los arts. 83 y 84 CP, estatuyó que está sujeta a un límite temporal de duración y que sería el mismo que contenía el derogado art. 122 de CP de 1924: el plazo de duración de la suspensión de la prescripción será igual al plazo ordinario de la prescripción más una mitad. Ello significa que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso –la fecha de emisión de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria– no se pierde y se sumará al que transcurra después de su dictado, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa a efectos de la prescripción extraordinaria (así, Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116). En tercer lugar, el archivo de las actuaciones, el sobreseimiento, solo puede ser dictado por el juez de la investigación preparatoria. Por último, se requiere de esa Disposición para dictar medidas coercitivas graves, como la prisión preventiva –requisito previo para la práctica de diligencias que afecten derechos individuales, art. 338.4 NCPP–.

Por otro lado, en tanto la Disposición es una actuación unilateral del Ministerio Público no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la investigación preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra.

La emisión de la Disposición Fiscal, en puridad inicia la fase de imputación de la etapa de investigación preparatoria, en la que la intervención del imputado y agraviado es fluida, en especial del primero en la que por el solo hecho de la Disposición en cuestión alcanza la condición de procesado o inculcado y con ella la exigencia del respeto y libre ejercicio de sus derechos procesales. Esta imputación deviene fundamental para evitar acusaciones sorpresivas a los ciudadanos y reconoce que la etapa de investigación preparatoria tiene como una de sus funciones esenciales la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (STCE n.º 186/1990).

Lo revelador de los indicios procedimentales –la sospecha reveladora– descansa necesariamente sobre unas facultades de ponderación de los hechos y circunstancias que concurren, así como de valoración de las actuaciones ya practicadas, inherentes a la función de persecución del delito de quien es autoridad objetiva de justicia y que pueden considerarse discrecionales en su ejercicio (en similares términos se pronunció el ATCE 324/1982, de 25 de octubre). El fiscal de este modo exterioriza un juicio de probabilidad relativo que se consolidará o no según dirija la acusación en el momento oportuno (STSE de 03-05-99), la cual exige un juicio de suficiencia de los indicios; esto es, de sospecha suficiente, cuando es de esperar la condena del imputado con una fuerte probabilidad, sin perjuicio de que en su ulterior calificación el juez esté convencido de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la acción imputada [ROXIN]. Probabilidad, en el supuesto que nos ocupa, debe entenderse como imposibilidad de descartar o de excluir, es decir, que a la vista de los elementos de convicción que arroja la investigación preparatoria –a la luz incluso, vista la lógica contradictoria del procedimiento intermedio, del material probatorio que las partes pretenden aducir como prueba–, no cabe descartar que un tribunal pueda convencerse de la culpabilidad del acusado sin incurrir en arbitrariedad [ORMAZÁBAL SÁNCHEZ].

La Disposición Fiscal importa una inculpación o imputación formal; es decir, la atribución formal a una persona de participación en un delito concreto. Esta disposición pretende que el sospechoso sepa desde el principio de la investigación preparatoria que tiene esa condición jurídica. Como solo se requieren



“indicios reveladores”, esa sospecha es la que puede albergarse tras la práctica de unas pocas averiguaciones; y por ello, se busca informar al imputado de que lo que es de una manera sencilla, sin entrar en excesivos detalles. Su utilidad es evidente: que el imputado pueda defenderse, bien declarando en su descargo, o bien proponiendo diligencias que contribuyan a su exculpación, y que eviten el inicio del proceso a través de la acusación.

### 3.2. Las diligencias de la investigación preparatoria

Desde una perspectiva general corresponde al fiscal orientar la labor de investigación. Debe realizar aquellas diligencias de investigación pertinentes y útiles; esto es, que exista una relación lógica entre el medio de investigación elegido y el hecho por esclarecer –pertinencia–, y que el medio de investigación tenga aptitud para alcanzar el fin de esclarecimiento que con él se persigue –utilidad–. La conducencia o idoneidad significa que el medio de investigación respectivo debe estar permitido legalmente, que con él sea factible jurídicamente acreditar el hecho investigado.

Una de las notas características del nuevo sistema procesal es que las diligencias preliminares y las de la investigación preparatoria están sujetas al mismo régimen jurídico y, por ende, no se repiten. Solo es posible su ampliación si resulta plenamente necesario ante nuevas circunstancias que la requieran (art. 337.2 NCPP).

Las potestades de investigación del fiscal, de un lado, comprende la toma de declaración del imputado, agraviado, testigos y peritos –quienes deben presentar los dictámenes que se les requiera–, así como exigir informaciones de cualquier autoridad, funcionario público, emplazándoles conforme a las circunstancias; y, de otro lado, reconoce limitadas potestades coercitivas: disponer la conducción compulsiva del inconcurrente que ha sido citado. Además, tiene poder disciplinario –que incluye la expulsión del rebelde– y de recurrir la intervención de la policía para garantizar el orden de las diligencias que realiza.

Las partes pueden solicitar las diligencias que consideren pertinentes, útiles y conducentes, así como tienen reconocido el derecho de asistencia a las diligencias de investigación –es el denominado *derecho de presencia*–. Pero, antes, tienen el derecho de ofrecer diligencias de investigación y, por ende, también de ser notificadas de su actuación –es el denominado “derecho al conocimiento de las actuaciones”–. El rechazo a la realización de una diligencia determina la intervención del juez de la investigación preparatoria: no se requiere audiencia.

### 3.3. La tutela de derechos y la disposición de formalización de la investigación preparatoria

El art. 71 del NCPP prevé los derechos del imputado, específicamente, en el apdo. 4 se encuentra regulada la denominada “Audiencia de Tutela”. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos inculcados e información de derechos (art. 71.2 NCPP); (ii) conocimiento de las causas de detención; (iii) entrega de la orden de detención girada; (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto; (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido; (vi) defensa permanente por un abogado; (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado; (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria; (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad; (xi) no sufrir medidas limitativas, indebidas o restricciones ilegales; (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera.

La finalidad esencial de esta audiencia es la protección y resguardo de los derechos del imputado, su iniciativa le corresponde a su defensa [SAN MARTÍN]. El juez de la investigación preparatoria se constituye como un juez de garantía durante la etapa de diligencias preliminares y de investigación preparatoria al ejercer funciones de control y protección de los derechos de los imputados.

A la pregunta de cuál es el objeto de tutela en la Audiencia, es de responder que no se debe utilizar este mecanismo como única regla para cuestionar cualquier disposición fiscal emitida en el marco de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. En el NCPP existen mecanismos específicos que pueden activarse ante la violación de garantías o derechos constitucionales de los imputados frente a disposiciones fiscales determinadas. En efecto, en el NCPP se puede encontrar varios casos de mecanismos específicos, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (arts. 334.1, 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (art. 231°.3). Por ello, no es incorrecto afirmar el carácter residual de la tutela de derechos, puesto que opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado (Acuerdo Plenario n.º 04-2010/CJ-116, FJ 13).

La tutela de derechos, en consecuencia, se posiciona como un mecanismo del justiciable para frenar los actos de investigación realizados por el fiscal que puedan vulnerar las garantías legales y constitucionales reguladas en el NCPP y en la Constitución. Si bien los actos de investigación del Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de una autoridad pública encargada de la persecución del delito –monopolio de la acción penal pública–, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad.

No obstante los límites a la aplicación de la tutela de derechos expuestos anteriormente, uno de los problemas recurrentes es el cuestionamiento a la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, en especial en relación al resguardo del principio denominado “imputación necesaria”. El Acuerdo Plenario n.º 02-2012/CJ-116 estableció como regla la imposibilidad de cuestionarse vía tutela jurisdiccional la disposición anotada por las siguientes razones: (i) se trata de un acto unilateral del fiscal que no puede ser dejada sin efecto por el juez; (ii) no corresponde en nuestro Código un sistema de control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria. En relación al principio de imputación necesaria debe tenerse en consideración que este contiene niveles de especialidad de acuerdo al grado o avance de la investigación de un hecho o cuando se está en el periodo intermedio. El nivel de precisión de los hechos imputados y su variabilidad no es el mismo en la fase de investigación que en la fase de inicio del juicio oral. En sede de investigación se requiere un grado de apariencia delictiva perseguible (una sospecha reveladora) que se encuentra sustentada en puntos de partida objetivos junto con elementos periciales, de acuerdo a cada caso. De igual manera, se debe sostener que la disposición de formalización de la investigación preparatoria es un acto de promoción de la acción penal. No se trata, en estricto, de un acto de introducción de la pretensión penal pues esta se da en el periodo intermedio del proceso [GUERRERO PERALTA].

Solo en definidos momentos frente a una omisión fáctica manifiesta o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos o vagos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del encausado, cabría acudir a la acción de tutela, en tanto en cuanto se incurra en efectiva indefensión material, es decir, se impide ejercer un derecho específico –alegar y justificarse–, una postulación evidente en defensa de sus derechos en la causa, que constituya algo más que un defecto permanente formal, para alcanzar a ser un menoscabo real y efectivo de la garantía de defensa procesal,

una mengua del derecho de intervenir en la investigación en la que se ventilan sus intereses. En este caso, la función del juez de la investigación preparatoria –ante el incumplimiento notorio por el fiscal de precisar los hechos que integran la imputación, de cara a la posibilidad real se define y ejecuta con eficacia su posición defensiva–, sería exclusiva y limitadamente correctora. Bajo ningún concepto, el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación (Acuerdo Plenario n.º 02-2012/CJ-116, FJ 11).

### III. POLICÍA NACIONAL Y MINISTERIO PÚBLICO

#### 1. **Ámbito de las relaciones funcionales entre ambas instituciones**

En la investigación del delito confluyen dos órganos públicos: la Policía Nacional y el Ministerio Público. Así lo establecen los arts. 166 y 159.4 de la Constitución. La primera norma encarga a la Policía Nacional la investigación del delito, mientras que la segunda atribuye al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito “desde su inicio. Con tal sentido la Policía Nacional está obligada cumplir sus mandatos en el ámbito de su función”.

El desarrollo de esas disposiciones está en el NCPP. El art. IV TP NCPP no solo ratifica que el Ministerio Público asume desde su inicio la conducción de la investigación, sino que realiza actos de indagación propios (art. 61.2 NCPP) y, con esa finalidad, conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional (art. 65.3 NCPP). Esta norma básica de desarrollo constitucional, incorporada en el Título Preliminar del NCPP, se reitera en el art. 60 NCPP.

Las reglas de orientación funcional son las siguientes:

- A. Dispone u ordena que la Policía Nacional realice las diligencias preliminares, que en sus actuaciones está bajo la conducción del Ministerio Público. A este respecto emite directivas a la Policía Nacional, y debe cursar a esta las indicaciones correspondientes para garantizar su validez: objeto de los actos de averiguación o aseguramiento, formalidades específicas para su actuación, entre otras (art. 65.3 NCPP).
- B. La PNP está obligada a dar cuenta inmediata al fiscal del conocimiento de un delito y de las diligencias de urgencia e imprescindible realizadas. Luego de la comunicación seguirá investigando –su marco inevitable comprende las diligencias urgentes e imprescindibles, esto es, aquellas que no pueden demorar bajo riesgo de desaparición de los vestigios materiales,

- de huida de los presuntos implicados, de no identificación de las víctimas y testigos, entre otras—, salvo orden en contrario del Ministerio Público, y además practicará las diligencias delegadas que le encomiende el Ministerio Público (art. 67°.1 NCPP).
- C. La Policía Nacional y sus órganos especializados deben apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria (art. 67.2 NCPP).
  - D. La Policía Nacional debe entregar al Ministerio Público todas las actas de investigación y constatación que realice (art. 68.2 NCPP).
  - E. Dispone el secreto de las actuaciones de la Policía Nacional (art. 68.3 NCPP).
  - F. El fiscal de la Nación está autorizado a dictar “Instrucciones Generales” a la Policía Nacional en orden tanto a los requisitos legales y formalidades de las actuaciones de investigación, cuanto a los mecanismos de coordinación entre los fiscales y los policías (art. 69 NCPP).
  - G. La Policía Nacional debe instituir un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación con el Ministerio Público, así como aportar su experiencia en la elaboración de los programas y acciones para la persecución del delito, sin perjuicio de desarrollar programas de protección y seguridad (art. 332 NCPP).

## 2. Principales funciones genéricas del Ministerio Público

Por conducción de la investigación se entiende la dirección o guía de la labor policial de investigación del delito. Por lo demás, dirigir no es estar siempre presente ni su presencia convierte el acto de investigación en acto de prueba. Le corresponde desempeñar un rol orientador sustancial, y de referir concretamente los modos legales de probar los nexos entre el delito y el presunto autor.

Por control de la investigación se concibe la supervisión, inspección y fiscalización de la actividad de investigación. A través de estas acciones el fiscal puede controlar la regularidad de las actuaciones policiales, tanto desde el ángulo de la eficacia cuanto desde la perspectiva del respeto de los derechos de los investigados.

En consecuencia, el Ministerio Público es el director de la investigación. Como tal se le atribuye la conducción de la fase policial, entendida como un poder general de dirigir, dictar directivas, formular requerimientos y fiscalizar los actos de investigación. Entre la Policía Nacional y el Ministerio Público existe una dependencia funcional circunscrita, única y exclusivamente, al ámbito de la investigación criminal. A final de cuentas el Ministerio Público actúa como una bisagra

entre el ámbito policial y el judicial; juega el rol de puente para transformar la información obtenida en la investigación policial en un caso judicialmente sustentable y ganable.

### **3. Diligencias preliminares**

#### **3.1. Las diligencias de prevención**

El NCPP –específicamente el art. 68.1– identifica las diligencias de investigación que debe realizar la Policía Nacional, bajo un sistema de *numerus clausus*, aunque bastante amplio, con una cláusula abierta: “las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados” –literal n del citado apdo.–, salvo claro está que su realización esté reservada al fiscal o al juez de la investigación preparatoria. Estas diligencias de investigación se denominan “diligencias de prevención”: son las primeras actuaciones de averiguación que es del caso practicar una vez descubierto el hecho delictivo, ello con la finalidad de proteger a las víctimas, sus familiares, así como también, recabar las pruebas del mismo que se encuentran en peligro de desaparecer, y recoger y poner en custodia al presunto delincuente [GÓMEZ COLOMER].

#### **3.2. Identificación de las diligencias policiales de investigación**

Se trata de cinco grupos de diligencias:

- A. Dar protección a los perjudicados.
- B. Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer.
- C. Recoger y poner en custodia cuanto conduzca a la comprobación del delito.
- D. Identificación del delincuente.
- E. Detener al presunto autor.

Adicionalmente, la Policía está autorizada, conforme al citado art. 68.1 NCPP, a tomar las declaraciones al imputado y a los testigos; levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video, y demás operaciones técnicas y científicas; asegurar los documentos privados; allanar locales de uso público o abiertos al público; efectuar secuestros e incautaciones en delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.

## IV. ACTOS DE INVESTIGACIÓN

### 1. Concepto y clases

Acto de investigación es aquella diligencia realizada por la policía o el fiscal durante la investigación preparatoria –diligencias preliminares o investigación formalizada– destinada a descubrir tanto los hechos punibles cometidos, las circunstancias de su perpetración y el daño que han podido ocasionar, como a las personas involucradas, de uno u otro modo, en su comisión, a título de autores, partícipes o víctimas. Su objetivo es acreditar o descartar los presupuestos condicionantes de la apertura del juicio oral [GIMENO].

Es de enfatizar que los actos de investigación se llevan a cabo en una etapa cuya finalidad no es la declaración de culpabilidad, sino únicamente la de formular en su caso y si es procedente una acusación. Para ello son suficientes las sospechas o la probabilidad de la comisión de un delito (indicios racionales de criminalidad o motivos suficientes para acusar –elementos de convicción suficientes (art. 344.2d, *a contrario sensu*, NCPP)–.

Desde la perspectiva procedimental, es de resaltar que el desenvolvimiento de la investigación preparatoria, conformada por actuaciones heterogéneas, no posee una secuencia lineal. En otras palabras, la sucesión de actos no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y los resultados que cada acto provoca y produce [ARAGONESES].

Los actos de investigación, desde la perspectiva de su objeto –aunque pueden utilizarse para diversos objetos–, pueden estar referidos, primero, a las diligencias de comprobación del delito –se identifican con la persona o cosa objeto del delito y las piezas de convicción–, entre las que se encuentran la inspección preliminar, la inspección judicial y la reconstrucción, los diversos informes periciales forenses (necropsia, análisis químicos, físicos, balísticos), y las actuaciones relativas a la preexistencia de los efectos del delito y/o relativas a la valorización de la cosa objeto del delito o de los perjuicios causados; segundo, a las diligencias de determinación del presunto delincuente y sus circunstancias personales, entre las que se encuentran las diligencias de identificación formal (ficha de Reniec o DNI –comprobación de edad e identidad–, sin perjuicio de la identificación forense: la antropometría, la dactiloscópica, el ADN), las de identificación material (reconocimiento en rueda, identificación fotográfica, videográfica, fonográfica, caligráfica), las referidas a la capacidad del imputado (pericia psiquiátrica acerca de su capacidad penal), las mencionadas a la conducta y antecedentes del imputado (antecedentes policiales, carcelarios y penales, informes de su actividad laboral,

empresarial o de estudios, informaciones específicas de actividades), y las circunscriptas a sus movimientos bancarios, bursátiles y/o financieros y tributarios; tercero, a las diligencias personales y periciales (declaraciones del imputado, de testigos y agraviados, careos y el acto pericial: reconocimiento y examen de lo peritado, así como elaboración y presentación del informe pericial, en el que se incluyen, además de la necropsia y análisis auxiliares, el examen médico legal de integridad corporal, de integridad sexual y de presencia de un posible aborto); cuarto, a la aportación de documentos –esta noción incluye los informes– y otras piezas de convicción (drogas, armas o explosivos, mercancías de contrabando, etcétera); y, quinto, a las diligencias sobre la persona (inspecciones y registros personales, intervenciones corporales, examen alcoholimétrico y de detección de drogas).

Desde otro enfoque, los actos de investigación pueden clasificarse desde dos puntos de vista: por la información que se obtiene y por los derechos afectados en su realización. En el primer caso se trata de:

- A. Actos que se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación, tales como el allanamiento, la intervención de comunicaciones, etcétera.
- B. Actos que proporcionan por sí mismos las fuentes de investigación, tales como la inspección judicial, la reconstrucción, las testimoniales, los informes periciales, etcétera.

En el segundo caso pueden ser actos de investigación limitativos de derechos fundamentales, cuyo carácter indirecto es obvio –levantan las garantías o protecciones legales que impiden la búsqueda y obtención de la información–; y actos de investigación comunes o no limitativos de derechos fundamentales, que tienen un carácter directo: en sí mismos aportan la información necesaria.

El art. 337.2 NCPP prescribe que el fiscal puede tomar declaraciones al imputado, agraviado y testigos, así como solicitar las pericias, “pertinentes y útiles dentro de la ley” (art. 337.1 NCPP). Desde luego también podrá incorporar prueba documental y llevar a cabo reconocimiento e inspecciones, así como careos y reconstrucciones.

Ahora bien las diligencias más características de la investigación preparatoria, y de las que propiamente surge la recogida de los vestigios o datos informativos imprescindibles, son solamente cinco: el reconocimiento en rueda, los seguimientos, la observación de telecomunicaciones, el allanamiento y registro de lugares cerrados, y por último, los registros, inspecciones e intervenciones corporales [NIEVA].



- A. El reconocimiento en rueda busca encausar la investigación y consiste en la exposición del implicado junto con un número variable de otras personas con características físicas similares, a fin de que la víctima o testigo lo señalen. Véase arts. 189 y ss.
- B. Los seguimientos consisten en una labor de vigilancia de lugares y personas, normalmente a cargo de la policía, con el objeto de que los movimientos y hábitos que se observen durante el seguimiento puedan contribuir al descubrimiento de delitos. Por lo general van acompañados de tomas fotográficas o de registros de imágenes, así como de otros medios técnicos de investigación. El seguimiento puede realizarse en lugares públicos –siempre con autorización del fiscal–, pues allí siempre discurre la intimidad, por lo que si no media previa autorización del fiscal no tiene valor probatorio, de prueba testifical reforzada por las fotos o grabación; y, en lugares privados, para lo que es necesario la autorización judicial, pues de no contarse con ella carecen de valor probatorio o cuando esta no respeta el principio de proporcionalidad. La doctrina tiene establecido, en cuanto a la constitucionalidad de los seguimientos, que serán legítimos cuando las fotografías o grabaciones de la policía se hicieron previa orden fiscal –lugares públicos– o judicial en su caso –lugares privados–, cuando se trata de fotografías o grabaciones causales realizadas por cualesquiera personas en espacios públicos, y cuando se trata de fotografías o grabaciones premeditadas de las víctimas de delitos. Véase art. 207 NCPP.
- C. La intervención de comunicaciones consiste en obtener datos referidos a un sospechoso y un concreto delito partiendo del contenido de su correspondencia, bien sea esta postal, telegráfica, telefónica, telemática o electrónica –en las primeras se procederá a la detención y apertura para tomar conocimiento de ella de la correspondencia postal y telegráfica, y en la última se intervendrá y observarán las comunicaciones telefónicas o telemáticas–. La ley exige una serie de garantías para proceder por cualesquiera medios técnicos a la grabación de conversaciones telefónicas o telemáticas, o bien a la interceptación de los datos de esa comunicación, o bien de correos electrónicos o mensajes que puedan ser enviados por esas vías o por cualesquiera medios que surjan en el futuro, o incluso para la interceptación de la correspondencia tradicional. Se requiere para su legitimidad constitucional: (i) autorización judicial fundada y con pleno respecto de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, (ii) existencia de un delito de determinada entidad y concreta, utilidad de

- la diligencia, (iii) imprescindibilidad de la misma, (iv) concreción de las personas cuyas comunicaciones serán intervenidas, (v) confidencialidad o destrucción de cualesquiera datos de la vida privada no relacionados con el delito, y (vi) garantía de integridad y no manipulación de las fuentes y de los soportes de las grabaciones y/o copias de las comunicaciones. Véase arts. 230 y ss.
- D.** El allanamiento consiste en el acceso a un lugar cerrado –que incluye la noción, de antigua data, de “domicilio”–, el cual va acompañado de un examen o registro del mismo a fin de localizar al imputado huido o posibles objetos o restos delictivos. Se requerirá autorización judicial, a menos que se esté en flagrancia delictiva o peligro eminente de su perpetración o cuando medie consentimiento del titular de la posesión del lugar. La diligencia se realiza en presencia del imputado o, si no está presente, en quien tenga la disponibilidad actual del lugar, ello con fines de colaboración de aquel y para evitar abusos en el registro –garantía de su correcta ejecución–, aunque lo mejor será su escrupulosa filmación. Véase arts. 214 y siguientes.
- E.** Los registros corporales consisten en observaciones de diferente intensidad del físico en sus aspectos más externos, o de las ropas o portaobjetos (carteras, bolsos, mochilas, maletas) de una persona, con el objeto de recoger bienes delictivos, sin que dicha recogida pueda ser, en ningún caso, invasiva de cavidad alguna, o ser realizada con técnicas que ponen en peligro, aunque sea levemente, la integridad física. Las pesquisas importan dos tipos de diligencias: **1.** Las que suponen un registro externo, superficial, del individuo, palpando su cuerpo o registrando sus ropas, bolsos, mochilas o maletas, en busca de objetos que pueden configurar el cuerpo del delito. **2.** La recogida de vestigios biológicos de acceso inmediato y de consumo de tóxicos, que no suponen la vulneración de la integridad física.
- F.** Las intervenciones o inspecciones corporales son observaciones de aspectos internos del físico del sospechoso; y, como tal, afectan con más entidad la intimidad de la persona –exigen que se trate de un delito grave y con ello que se respete el principio de proporcionalidad–. Se requiere la existencia de una sospecha fundamentada y concurrencia de urgencia –por inminente desaparición del vestigio o por peligro inminente para la salud del sospechoso– o de libre prestación del consentimiento por parte del sospechoso. En los casos más intensos de afectación se requiere orden

judicial –el art. 211 NCPP exige, siempre, autorización del juez de la investigación preparatoria–. Entre las diligencias que la constituyen se tienen los análisis radiológicos, las inspecciones de cavidades corporales, la toma de muestra biológicas de acceso mediato –análisis de sangre, punción lumbar y otras–, la necropsia –que en este caso no se trata de la afectación de derecho fundamental alguno–, por lo que en caso de sospecha de muerte delictiva se puede instar su realización (art. 196 NCPP). Véase los arts. 211 y ss.

## 2. Actos de investigación comunes

Salvo los casos de prueba anticipada, el fiscal puede disponer la práctica de los siguientes actos de investigación comunes.

- A. **Declaración del imputado.** Se realiza con la intervención necesaria de un abogado defensor. Su práctica puede ser de oficio o instada por el imputado. El fiscal y el defensor tienen derecho a formular preguntas que no sean impertinentes, capciosas o sugestivas.
- B. **Diligencia de reconocimiento.** Durante la declaración del imputado, el fiscal podrá solicitarle que reconozca documentos, personas, voces o cosas.
- C. **Pericia.** El fiscal nombrará un perito cuando se requiere conocimiento especializado.
- D. **Careo.** Cuando surjan contradicciones importantes entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o agraviado.
- E. **Requerimiento de documentos e informes.** Lo hará directamente al tenedor del documento, requiriéndole su presentación, exhibición voluntaria y, en caso de negativa, el fiscal solicitará al juez la orden de incautación correspondiente. También podrá requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados.
- F. **Inspección judicial y reconstrucción.** Lo hará cuando deba comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas. La reconstrucción tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer.
- G. **Videovigilancia.** El fiscal por propia iniciativa, o a requerimiento de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar la toma fotográfica y registro de imágenes o la utilización de medios técnicos especiales con la finalidad de investigar el lugar de residencia del investigado. Se requerirá

autorización judicial cuando estos medios técnicos se realicen en el interior del inmueble o en lugares cerrados.

- H. **Pesquisas.** El fiscal podrá disponer la inspección en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan razones fundadas para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga.
- I. **Registro de personas.** Tal diligencia puede ser dispuesta cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito.
- J. **Intervención corporal.** El Ministerio Público, o la Policía Nacional con conocimiento del fiscal, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere arriesgada; en caso contrario, requerirá la orden judicial.
- K. **Diligencias limitativas por razones de urgencia o de peligro por la demora.** Así, **a)** podrá ordenar la realización del examen corporal del imputado con el fin de establecer hechos significativos, siempre que no pueda aguardar la orden judicial (art. 211.3 NCPP); y **b)** podrá disponer la exhibición o la incautación de un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él. En ambos casos, luego de su ejecución, requerirá del juez de la investigación preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

### 3. **Actos de investigación limitativos de derechos**

El fiscal está autorizado para ejecutar actos de investigación limitativos de derechos fundamentales. Para ello, empero, requiere la previa autorización jurisdiccional.

Se trata de los siguientes:

- A. **Examen corporal del imputado.** Puede consistir en pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones, así como exploraciones radiológicas.
- B. **Alfánamiento.** Se requieren motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación.

- C. Incautación o exhibición forzosa de un bien que constituye el cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él. Así, cuando su propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido se negare a entregarlo o exhibirlo al fiscal.
- D. Interceptación e incautación postal. Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, pueden ser objeto, a instancia del fiscal, de interceptación, de incautación y ulterior apertura.
- E. Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación. Cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años y la intervención sea absolutamente necesaria.
- F. Levantamiento del secreto bancario. El juez, a instancia del fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite previo, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.

## V. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

### 1. Conceptos generales

¶ 1. Dentro de los actos de aportación de hecho se tiene en primer lugar las diligencias o actos de investigación. Estas se realizan en las investigaciones preparatorias para descubrir los hechos punibles que se ha producido y sus circunstancias, y a la persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello quede preparado para el juicio oral o, en su caso, tenga que terminar el proceso penal por sobreseimiento.

También se ha mencionado que los actos de investigación son prácticamente coincidentes con los actos de prueba, pese a su radical distinción en función a la finalidad diversa que cumplen, a su diferente régimen jurídico y a su modo de actuación.

El proceso de conocimiento y aseguramiento de las fuentes de investigación comporta toda actividad de investigación, permite clasificarlos de diferentes maneras. Es posible sostener, en primer lugar, que se dividen en: a) actos que se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación: allanamiento, control de comunicaciones; y b) actos que proporcionan por sí mismas las fuentes de in-

investigación: inspección judicial, testificales, documentos, informe pericial, careos, injerencias corporales.

Otro criterio de clasificación, en segundo lugar, atiende a si por medio de ellos se puede producir o no una limitación de derechos fundamentales, de modo que: **a)** existen actos de investigación que comportan limitación de los derechos fundamentales relativos (por ejemplo, allanamiento, que el derecho a la libertad del domicilio, debiendo distinguirse entonces en actos realizados con vulneración de los requisitos constitucionales o con vulneración de los requisitos solo legales (son injerencias en la esfera individual para asegurar el proceso de conocimiento); y, **b)** otros actos de investigación que no afectan a los derechos fundamentales (la declaración de un testigo por ejemplo), por lo que solo debe estarse al cumplimiento de los requisitos legales.

§ 2. La afectación de derechos fundamentales con motivos del esclarecimiento de los hechos punibles se justifica en aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos. Es así que el NCPP regula en ciertos casos y bajo ciertas condiciones la utilización de unos medios o unas técnicas de investigación penal por medio de los cuales el poder público realiza una intromisión legítima en la esfera de algunos derechos fundamentales. Como no se trata de derechos absolutos –todos los derechos fundamentales a excepción del derecho a la vida son limitables en el proceso penal–, cabe que su protección resulte exceptuada al enfrentarse al interés público por la persecución de los delitos.

A diferencia de otros medios de investigación –testificales o periciales–, estos medios que representan un menoscabo de los derechos fundamentales requieren por lo general de la intervención judicial y de la formalización de la investigación preparatoria, precisamente porque la intervención de un juez garantiza el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, en uso de sus propios cometidos constitucionales. En todo caso, y esto es fundamental, se trata de medios de investigación que, por su propia naturaleza, deben realizarse solamente durante la investigación preparatoria, careciendo de sentido su práctica en el momento del juicio oral. Sirven para determinar las circunstancias en que se produjeron los hechos pero no se puede realizar en el momento del juicio, en que podrán ya estar incorporados a las actuaciones; pero, por eso mismo, deben residenciarse en el Poder Judicial en lo que respecta a su autorización y mecanismos de garantía. El art. 202 del NCPP exige requerimiento del fiscal –principio de rogación– y resolución motivada del juez de la investigación preparatoria, cuya autorización requiera que existan razones para considerar que con ellos puedan comprobarse o descubrirse hechos o circunscribirse importantes para la investiga-

ción: fines de esclarecimiento del proceso y existencia de suficientes elementos de convicción (art. 202 y 203.1 NCPP).

§ 3. Las fuentes de investigación adquiridas para la investigación preparatoria son potenciales fuentes de prueba para el juicio oral, de tal manera que el mismo elemento, dato o información puede pasar por las dos etapas del proceso penal, con un sentido diferentes: primero como fuente de investigación y luego como fuente de prueba.

La prueba preconstituida es precisamente la fuente de o prueba que tiene como finalidad dejar constancia de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica, y del modo en que existió, para su utilización futura. En los casos en que se prevé la *falta de disponibilidad* de la fuente de prueba para el momento del juicio oral la ley fija requisitos específicos de preconstitución probatoria, vinculadas a su obtención o adquisición y a su conservación e incorporación al juicio oral, sea que se tratara de causas previsionales o por la propia naturaleza de la prueba, o que se tratara de causas imprevisibles o de un descubrimiento casual o inesperado.

Existen, sin embargo, tres garantías básicas que deben cumplirse para su utilización en el juicio oral.

- A. **Garantías en la obtención de la fuente de prueba.** La primera de las garantías es la intervención judicial, que las actuaciones puedan someterse al control judicial y con contradicción. Es evidente que, de acuerdo a la naturaleza de la prueba, la intervención judicial y la contradicción solo pueden tener lugar a posteriori, pero inmediatamente que lo conozca el juez debe intervenir y el imputado tener la oportunidad de contradecir las fuentes de prueba recogidas. En segundo lugar es preciso cumplir las formalidades legalmente exigidas para cada acto de investigación, y de este modo permitir la disponibilidad directa de la fuente en el juicio oral; se debe utilizar el soporte más fidedigno en la obtención de la prueba y en su conservación.
- B. **Garantías en la conservación.** La cadena de custodia. La ley ordena que se aseguren y conserven las pruebas materiales (cuerpo del delito, instrumentos, efectos y piezas de convicción, así como lo que se obtenga de una diligencia de registro o de una intervención de comunicaciones), con la finalidad de que el objeto, sustancia, huella, vestigio, etc., permanezca disponible e inalterado en su estado original a fin de que sea llevado así al juicio oral. La fuente de prueba no siempre quedara bajo custodia judicial inmediata o mediata, y será frecuente que pase de unas manos a otras (para

realizar pericias, por cambio en el lugar o circunstancias de conservación, o por otros motivos). En tal virtud debe garantizar la corrección de la llamada “cadena de custodia”, cuyo objeto —como luego se ampliará— es establecer que la fuente de prueba no ha sido contaminada en ningún momento, en previsión de los análisis que puedan ser decretados y del examen y discusión sobre ella (alteración, error en la identificación de los objetos). La cadena de custodia implica descripción del objeto, estado original, lugar de hallazgo, identificación de quienes lo han tenido en su poder, operaciones realizadas con él, etc. Igualmente habrá de determinar lugares en que ha estado depositado custodiado y la persona o institución bajo cuya responsabilidad se ha encontrado, etc.

- C. **Garantías en la aportación de juicio.** Cuando se trate de incorporar una fuente de prueba instructora deberá respetarse la inmediación del juzgador —la presencia del juez de la investigación preparatoria solo habrá cumplido una función de garantía—. En estos casos de no disponibilidad, no es posible el contacto directo del juez decisor con la fuente de prueba, por lo que su percepción será directa, que implica una inmediación atenuada, pero suficiente para transmitir la esencia de la información, dato elemento probatorio. Hay, en este caso, tres vías de incorporación al juicio: **1)** lectura de su documentación instructora cuando se incorpora a un acta o consta o consigue en un documento. **2)** la apreciación directa por el juez cuando se trata de cosas u objetos (cuerpo del delito, instrumentos o efectos del mismo y piezas de convicción). **3)** el visionado o audición del soporte donde haya quedado constancia de la fuente de prueba en la instrucción. A ese acto sigue la posibilidad de debate procesal y de la contradicción: se debatirá y contradecirá su contenido, aunque su adquisición y conservación.

## 2. **Presupuestos generales para la adopción de las medidas de búsqueda de pruebas**

¶ **1.** Por intermedio de la constitución y, más específicamente, de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, la adopción de la medida concreta, para asegurar el proceso de conocimiento, se somete a determinados presupuestos.

- A. **Intervención indiciaria.** Se exige “suficientes elementos de convicción”. Estos deben ser precisados por el fiscal en su requerimiento motivado.



La cantidad de indicios delictivos está en función al momento en que se solicite la medida, a las características limitativas y entidad lesiva de la medida a solicitarse, y a la gravedad del hecho que necesita esclarecerse. El hecho objeto de investigación debe ser concretado y construir el ámbito de la investigación que se está realizando; eso es lo que se denomina “existencia de una imputación concreta”.

- B.** Principio de proporcionalidad. Se requiere el cumplimiento de determinados presupuestos: **a)** la previsión normativa –legalidad material y formal–; **b)** la jurisdicción y necesidad cualificada de motivación; y, **c)** sujeción al principio de proporcionalidad *sensu stricto*.

Con arreglo al principio de legalidad formal y material, la medida ha de estar prevista legalmente en la constitución o en la Ley procesal, en tanto la propia Constitución explícita o implícitamente lo permita.

En cuanto a la jurisdiccionalidad –que en algunos casos puede ser matizada en beneficio de la Policía y la Fiscalía–, la medida debe ser adoptada por el JIP y en el seno de un proceso (diligencias preliminares como mínimo). Se comprende la motivación, con un grado de especial intensidad, que expresamente recoge el análisis de los presupuestos anteriormente señalados.

Finalmente la exigencia de proporcionalidad abarca un triple aspecto: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. La idoneidad hace referencia objetiva y subjetivamente, a la causalidad de las medidas en realización con sus fines, tanto cualitativa –objetivo– cuanto cuantitativamente –duración–. La necesidad compara la medida solicitada con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva que asegure su objeto. La proporcionalidad estricta conlleva la ponderación de intereses según la circunstancia del caso concreto, determinando el sacrificio que comporta la medida solicitada guarda una relación proporcional con la envergadura del interés estatal que se trata de salvaguardar –interés en la persecución penal: delito grave o delito con trascendencia social–.

- § 2. El cumplimiento de los presupuestos indicados exige un control judicial no solo en su autorización, sino también, de una u otra forma, en su desarrollo y cese. Control que, dado el desconocimiento por parte del afectado, ha de ser sumamente riguroso. Integra el control la posibilidad de impugnación y el reexamen de la medida.

Al margen de las garantías que se derivan del derecho a la presunción de inocencia (oralidad, contradicción, inmediación y publicidad), toda limitación de derechos ha de ser adoptada con respeto a unas mínimas garantías que tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado, cuanto la salud e integridad personal de la persona investigada, aplicadas en atención a la naturaleza del método limitativo y a sus circunstancias. Por ejemplo: las intervenciones corporales deben ser hechas en todo caso por personal técnico sanitario, las pruebas de espiración con aire deben efectuarse por medio de aparatos homologados y comprobados, las intervenciones telefónicas deben ser manejadas por especialistas.

### 3. Clasificación de las medidas

Es posible calificarlos según el derecho fundamental afectado. Son:

- A. **Allanamiento.** Limita el derecho a la inviolabilidad del domicilio, art. 2.9 Const.; *vid.*: arts. 214-217 NCPP. La entrada es un acto indirecto de preconstitución de prueba, porque, en sí misma considerada, no tiene por objeto la determinación del hecho o la participación de su autor, sino que en un medio necesario para la práctica de una detención o la realización de un registro con el objeto de recoger el cuerpo del delito. Su objeto material es un lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la intimidad a la vida familiar o a la privacidad del ciudadano. A continuación sigue la diligencia de registro, que es un acto de recogida y aseguramiento del cuerpo del delito.
- B. **Aseguramiento e incautación de documentos privados, documentos contables y administrativos.** Limita el derecho al secreto y a la inviolabilidad de documentos privados, art. 2.10 Const.; *vid.*: arts. 232-234 NCPP. Es la actividad de recogida –mediante la incautación– y custodia –o conservación– del cuerpo del delito en sentido estricto (en este caso, de documentos privados, documentos privados, documentos contables y administrativos objeto del delito, contra el cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos) y de las piezas de convicción o elementos de naturaleza documental que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor –las piezas de ejecución están en función al decomiso y se trata de la incautación cautelar–. Su finalidad es asegurar el futuro juicio.
- C. **Control de comunicaciones.** Limita el derecho al secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos art. 2.10

Const.; *vid.*: arts. 226-229 NCPP: interceptación e incautación postal; arts. 230-232 NCPP: intervención de comunicaciones. Permite que la autoridad pública proceda a la detención de un soporte que concreta una correspondencia o registre las llamadas telefónicas y/o grabe las mismas para poder preconstituir la prueba del delito y la participación de su autor.

- D.** Examen corporal. Limita el derecho a la intimidad corporal, art. 2.6 Const.: *vid.*: arts. 211.2 y 3 NCPP. Es una diligencia de reconocimiento del cuerpo humano que afectan partes íntimas e implican una inspección corporal; participa de la naturaleza del reconocimiento judicial. Es un acto aseguratorio de la prueba. Se desarrolla sobre el ámbito externo de la persona o, incluso, en sus aberturas o espacios íntimos naturales, siempre que para ello no se requiera intervención quirúrgica alguna.
- E.** Intervención corporal. Limitada a la integridad física, arts. 2.1 Const.; *vid.*: 211-212 NCPP. Es un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado. Se dividen en leves o banales –prueba alcoholométrica– y graves –punción lumbar–.
- F.** Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. Limita el derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria, art. 2.5 Const. *vid.*: arts. 235-236 NCPP.
- G.** Exhibición e incautación de bienes. Limita el derecho de propiedad, art. 2.16 Const.: *vid.*: arts. 218-223 NCPP. Es la actividad de recogida – mediante la incautación– y custodia –o conservación– del cuerpo del delito en sentido estricto (en este caso, de bienes objeto del delito, contra el cual iba dirigido el hecho punible o que sufrido directamente sus efectos) y de las piezas de convicción o elementos materiales, no documentales, que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor –las piezas de ejecución están en función al decomiso y se trata de la incautación cautelar–. Su finalidad es asegurar el futuro juicio.
- H.** Videovigilancia al interior de inmuebles o lugares cerrados. Limita el derecho a la intimidad, art. 2.6 Const.; *vid.*: art. 207.3 NCPP. Constituyen actos de prueba preconstituida, mediante los cuales se filman –que importan utilización de sistemas de reproducción mecánica de la imagen y sonido– determinadas escenas reputadas delictivas. Afectan el derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Por otro lado, se reconoce que la prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar el JIP y, a prevención, el fiscal y la Policía sobre hechos irrepetibles o indisponibles, y como tal tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba. La competencia originaria para disponer de tales medios de prueba corresponde al JIP, pero por razones de urgencia que impidan la intervención judicial puede intervenir el fiscal o la Policía. En otras ocasiones, pero, por incidir en derechos fundamentales, con el necesario control judicial pueden también ser efectuados por la policía. En consecuencia atendiendo a la autoridad que la practica, la prueba preconstituida puede sistematizarse del siguiente modo:

**A. Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención**

- Método alcoholométrico o prueba de alcoholemia: art. 213 NCPP.
- Registro de personas: art. 210 NCPP.
- Control de identidad y control policial público: arts. 205-206 NCPP.
- Aseguramiento de documentos privados: art. 232 NCPP.
- Recogida y conservación del cuerpo del delito y piezas de convicción: art. 68.1d NCPP.
- Allanamiento en flagrante delito para detención e incautación: art. 214, *a contrario sensu*, NCPP.

**B. Prueba preconstituida de la policía con dación en cuanta al fiscal**

- Pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas y operaciones técnicas: art. 208 NCPP
- Retenciones para practicar pesquisas (4 horas): art. 209 NCPP.
- Exhibición e incautación de bienes delictivos en flagrante delito: art. 218.2, primera frase, NCPP.
- Mínimas intervenciones corporales —no causen perjuicio a la salud, no sean riesgosas—: art. 211.5 NCPP.

**C. Prueba preconstituida de la policía con orden del fiscal**

- Videovigilancia: art. 207 NCPP.
- Registro de personas: art. 210 NCPP.
- Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos: art. 234 NCPP.

**D. Prueba preconstituida del fiscal por ejecución directa**

- Mínimas intervenciones personales: art. 211.5 NCPP.
- Incautación de documentos no privados: art. 224 NCPP.

- Aseguramiento de documentos privados: art. 234 NCPP.
  - Reconocimiento de personas si está presente el defensor del imputado: art. 189 NCPP.
  - Reconocimiento de voces, sonidos y cosas, siempre que esté presente el defensor del imputado: arts. 190-191.
  - Registro de personas y retención tras allanamiento por orden judicial: art. 218.2 NCPP.
- E. Prueba preconstituida del fiscal con resolución confirmatoria judicial**
- Incautación forzosa de bienes por peligro por la demora: art. 218.2 NCPP.
  - Examen corporal de una mujer de urgencia que compromete el pudor: art. 211.3 NCPP.
- F. Prueba preconstituida del fiscal con orden judicial**
- Examen corporal: art. 211.1 NCPP.
  - Allanamiento domiciliario fuera de flagrancia: art. 214 NCPP.
  - Detención y registro de personas tras allanamiento: art. 217 NCPP.
  - Incautación o exhibición forzosa de bienes delictivos: art. 218.1 NCPP.
  - Interceptación, incautación y ulterior apertura de envíos postales: art. 226 NCPP.
  - Intervención y grabación de comunicaciones: art. 230 NCPP.
  - Incautación de documentos privados y documentos contables y administrativos: arts. 233-234 NCPP.
  - Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria: arts. 235-236 NCPP.
  - Clausura o vigilancia temporal de locales: art. 237.1 NCPP.
  - Inmovilización de cosas muebles de grandes dimensiones: art. 237.2 NCPP.
- G. Prueba preconstituida del juez de la investigación preparatoria**
- Reconocimiento de personas, de voces y sonidos, y de cosas, ante la ausencia de abogado del imputado: arts. 189.3, 190-191 NCPP.

#### **4. Procedimiento de habilitación de medidas**

El trámite general de las medidas limitativas de derechos con fines de investigación se encuentra en los arts. 203-204 NCPP.

- A. **Requerimiento motivado y sustentado del Ministerio Público.** Solicitud escrita del fiscal, acompañada de los elementos de convicción correspondientes.
- B. **Decisión judicial.** El juez de investigación preparatoria decide inmediatamente sin trámite alguno. Si no existe riesgo fundado de pérdida de la finalidad de la medida, el juez de la investigación preparatoria correrá traslado del pedido a los sujetos procesales, en especial al afectado. Facultativamente, el JIP podrá disponer mediante resolución e inimpugnable una audiencia con intervención del fiscal y los demás sujetos procesales que se realizará con quienes concurren a la misma.
- C. **Confirmación judicial.** En caso de urgencia o peligro por la demora (imposibilidad de recaer previamente la orden judicial), y siempre que no se requiera obligatoriamente una decisión judicial previa, el fiscal realizará la limitación del derecho fundamental e inmediatamente pedirá la conformación judicial. El JIP decidirá previo traslado y audiencia, si así lo estima conveniente, confirmando o desaprobando la medida. Son dos supuestos autorizados (vid.: apdo. 5 de la sección segunda del título anterior).
- D. **Audiencia Judicial.** Está sujeta al art. 8 NCPP. El fiscal deberá exhibir el expediente fiscal formado al efecto. Instalada la audiencia, el JIP escuchará por su orden al fiscal, a los defensores de las partes; si asiste el imputado, intervendrá al último. La decisión del juez de la investigación preparatoria se dictará inmediatamente o en el plazo de dos días luego de celebrada la vista. Podrá retener por 24 horas el expediente fiscal para resolver la medida requerida. Se requiere auto fundamentado para su retención.
- E. **Recursos.** Contra el auto que acuerda la medida, el imputado podrá apelar dentro del tercer día de ejecutada la medida. La Sala Penal Superior absuelve el grado, previa audiencia, con intervención de los sujetos procesales legitimados. Si la Sala Penal lo cita en primera instancia, solo cabe de reposición.
- F. **Reexamen de la medida.** A solicitud del afectado: "si nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma". Por ejemplo en la interceptación de incautación de documentos postales y de comunicaciones, vid.: arts. 228 y 231.3 NCPP.

## VI. CADENA DE CUSTODIA

### 1. Bases legales y conceptuales previas

- A. El NCPP, en su art. 220.5, en el ámbito de la incautación instrumental de: (i) un bien constituye el cuerpo del delito, (ii) de las cosas relacionadas con el delito y (iii) de las cosas que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, esto es, en la esfera de la etapa de investigación preparatoria, instituye, por primera vez, como noción positivizada –lo cual, desde luego, no quiere decir que no haya existido como categoría procesal y criminalística–, la denominada cadena de custodia. El art. 318.1 del NCPP en el ámbito de la incautación cautelar prácticamente dice lo mismo, pero no utiliza la expresión cadena de custodia.

La incautación instrumental es un medio de investigación restrictivo del derecho fundamental de propiedad. Tiene un carácter indirecto y persigue el aseguramiento del cuerpo del delito en sentido amplio, que incluye las denominadas “piezas de convicción”. Es, pues, un acto de investigación que se dirige a buscar y adquirir las fuentes de investigación. La incautación cautelar es una medida de coerción que garantiza la consecuencia accesoria del decomiso.

Su similar tratamiento jurídico, fuera de esta clásica distinción, obliga a que se aborden de manera similar.

- B. Según el art. 218. 2 y 316-317 del NCPP, que se refiere a la incautación instrumental entendida como aprehensión de la cosa, bien o materialidad concreta –menciona: bien que constituye cuerpo del delito, cosas que se relacionen con él, y cosas necesarias para el esclarecimiento de los hechos– y su retención por el órgano oficial del Estado competente [la fiscalía], esta diligencia puede hacerla: 1. La policía cuando media flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. 2. El fiscal, fuera de los casos de flagrancia delictiva, cuando exista peligro por demora –riesgo de desaparición de la cosa, bien o materialidad concreta de no asegurarse inmediatamente–. 3. El juez, como primera palabra, siempre mediante auto fundado, fuera de flagrancia y del peligro por la demora; y, como segunda palabra, en los otros dos casos y en vía de confirmación. Similar tratamiento de la incautación, sea instrumental o cautelar: arts. 218.2 y 316-317 NCPP.

De lo expuesto se desprende, primero, que el derecho fundamental de propiedad, a los efectos de las medidas limitativas con fines del proceso penal no requiere, con carácter previo, mandato judicial; segundo, que es posible que la autoridad de investigación penal: policía y fiscalía –según exista flagrancia o peligro por la demora– pueda incautar provisionalmente la cosa o bien vinculado al delito; y, tercero, que de uno u otro modo, la culminación formal o perfeccionamiento de una aprehensión de un bien o cosa con fines procesales penales, requiere de una resolución judicial fundada.

- C. Recuérdese con carácter previo que, a diferencia del proceso civil, la actividad de averiguación y aseguramiento de las fuentes de investigación en el proceso penal es reglada y su ejecución se atribuye a una autoridad oficial del Estado. La investigación preparatoria, por consiguiente, en tanto actividad inquisitiva, que, como tal, recae sobre cualquier sospecha del hecho punible, persigue preparar el enjuiciamiento a través del esclarecimiento de los hechos objeto de imputación, evitando la realización de juicios innecesarios. Los actos instructorios son simplemente actos de aportación de hechos al proceso y permiten un juicio de probabilidad suficiente para dictar medidas limitativas de derechos, el procesamiento y el auto de enjuiciamiento [GIMENO].
- D. El apdo. 5 del art. 220 del NCPP incorpora la cadena de custodia como un medio adecuado –no el único– para garantizar la autenticidad de lo incautado de los elementos materiales del delito, sea para fines cautelares o instrumentales. Cuando se dice autenticidad se hace mención, de acuerdo con la segunda acepción de la RAE, a la “certificación con la que se atestigua la idoneidad y verdad de algo”.
- E. Según su estructura los medios de investigación o de prueba –que para el caso es lo mismo: son prácticamente coincidentes entre sí [GÓMEZ COLOMER]– son reales y personales. Los primeros son aquellos cuya fuente está constituida por una cosa o un bien material concreto [KEILMANOVICH]. MAIER denomina medios de prueba materiales –‘medios de investigación’ si se actúan en fase de instrucción o investigación preliminar–, e incluye los registros o prueba documental y las cosas. (i) Los documentos son todo soporte material de una expresión intelectual –de una idea a transmitir hacia el futuro–. (ii) Las actas o registros judiciales, aunque ellas son también documentos o registros, dan cuenta de una actividad cumplida durante el procedimiento, que acreditan cómo se desarrolló cierta actividad durante



- el procedimiento judicial —es lo que se denomina prueba documentada—.
- (iii) Las cosas y los lugares —estos últimos, solo como escenarios importantes para el conocimiento judicial—, contienen de ordinario rastros del hecho punible, que permiten verificar indicios acerca de la acción u omisión punible a averiguar; no poseen nunca como contenido un significado intelectual, solo contienen rastros de la conducta humana pasada, cuando esos rastros son útiles para el procedimiento.
- F. El objeto de la cadena de custodia, como se dijo, es el cuerpo del delito y las cosas o bienes —diremos, también, lugares—. La noción clásica de cuerpo del delito se remonta al antiguo procedimiento inquisitorial canónico italiano del siglo XII, aunque se atribuye a FARINACIO el uso de ese vocablo por primera vez en 1581.
- Modernamente podemos definirlo como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho punible”. Comprende la fase externa de la conducta delictiva. Se acredita con cualquier medio probatorio en correspondencia con el principio de libertad de prueba [BARRAGÁN SALVATIERRA].
- G. Este concepto amplio, el *corpus delicti*, que apunta a la comprobación del delito y a la averiguación del delincuente, contiene los siguientes elementos: 1. La persona o cosa objeto del delito, sobre el que recae el delito —*corpus criminis* (cadáver en homicidio, la caja fuerte forzada en el hurto)—. 2. Los medios o instrumentos a través de los cuales se cometió el delito —*corpus instrumentorum*— (revolver utilizado). 3. Los efectos relacionados con el delito, esto es, las cosas obtenidas como consecuencia de su ejecución (cosas robadas). 4. Las piezas de convicción, que son las huellas, rastros o vestigios —elementos materiales, en suma— dejados por el autor en la comisión del hecho y susceptibles de ser recogidos y que permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor —*corpus probationem*— (trozos de cristal con las huellas dactilares del imputado, las ropas manchadas de sangre) [PÉREZ/ CRUZ MARTÍN].
- H. Nuestro sistema procesal, respecto del cuerpo del delito, exige a las autoridades penales la formulación de un acta circunstanciada. Así, la policía (art. 68.2 NCPP), aunque el art. 68.1.k NCPP, menciona que los secuestros e incautaciones se efectúen, “bajo inventario”. En el caso de las pesquisas, de fuente italiana —comprobar el estado de algo y, en su caso, recogerlo y conservarlo—, se exige un acta (art. 208.2 NCPP: cita como

referencia: rastros, efectos materiales, elementos materiales). El examen corporal (art. 211.4 NCPP), el allanamiento (art. 216.3 NCPP: bienes delictivos y cosas relevantes para la investigación), el aseguramiento de documentos privados, la incautación postal, la intervención de comunicaciones –originales de la grabación: 231.1 NCPP–, el aseguramiento de documentos privados, contables y administrativos (arts. 232 y 234 NCPP), también se requieren de un acta.

## 2. La cadena de custodia: definición y alcances

- A. El art. 220.5 del NCPP fija la finalidad de la cadena de custodia: garantiza la autenticidad de lo incautado –*certificación con la que se atestigua la idoneidad y verdad de algo*–. A su vez, a partir de ese lineamiento legislativo, autoriza a la Fiscalía de la Nación a reglamentar esa institución. Son delegaciones que tienen un carácter ordenatorio –en el que previamente se ha fijado su contenido esencial– luego, no vulneran el principio de legalidad procesal penal, en su ámbito de exclusividad legal. La Fiscalía de la Nación ha cumplido con ese cometido (Resolución n.º 729-2006-MP-FN, de 15-06-06).

Debe quedar claro, desde el principio de libertad probatoria, que la autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual –si correspondiere– se realizaron los análisis forenses o periciales y se establecieron los vínculos o inferencias respectivas (entre otras: relacionar al imputado con la víctima o con la escena del delito, establecer las personas asociadas o partícipes del delito, corroborar el testimonio de la víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente), y el mismo que se exhibe en el juicio oral.

- B. La cadena de custodia, en primer lugar, no es más que un mecanismo para demostrar la autenticidad del cuerpo del delito, como concepción amplia, incautado durante la etapa de investigación preparatoria. En segundo lugar, se refiere al conjunto de formalidades con el que se asegura que el cuerpo del delito incautado en sede de investigación preparatoria permanece inalterado hasta el momento en que es utilizado en el desarrollo del enjuiciamiento. En tercer lugar, el diseño de este mecanismo busca facilitar la demostración de la autenticidad del cuerpo del delito a través de un conjunto de documentos que, debidamente fechados y rubricados

por cada uno de quienes tienen contacto con este, permite determinar tanto las condiciones en que cada uno de ellos lo recibió y entregó, como las eventuales pruebas a las que fueron sometidos [REYES ALVARADO].

El requisito de autenticidad, por lo demás, responde al principio o elemento de mismidad, propio de las ciencias forenses y de la investigación criminal.

C. Como dice MORA IZQUIERDO, la autenticidad del cuerpo del delito puede acreditarse de una de las cinco formas criminalísticamente aceptadas. Estas son las siguientes:

1. Auto autenticación. 2. Marcación. 3. Testimonio. 4. Pericias. 5. Cadena de custodia.

La primera forma está en relación con bienes, cosas u objetos que tienen características notorias y bien conocidas que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas (v. gr. ejemplar de un periódico, imagen de un personaje relevante). La segunda es el acto de señalar el cuerpo del delito con un signo distintivo, propio y exclusivo, de quien intervino en las diligencias de levantamiento, recolección o incautación del perito que lo manipula dentro del laboratorio (ejemplo, grabar las iniciales del policía o fiscal que intervino en el mango de un cuchillo hallado en el lugar de los hechos). La tercera es el testimonio de acreditación, en cuya virtud el testigo reconoce el cuerpo del delito como auténtico (ejemplo, las fotografías). La cuarta es la pericia de acreditación en la que el perito precisa que lo que analizó es auténtico, que es el mismo bien, cosa u objeto que recibió. La última es la cadena de custodia.

Es de acotar, sin embargo, que, respecto de la autenticación, el NCPP establece la necesidad de levantamiento de actas que mencionen objetivamente el bien recogido o incautado –recogida del bien, cosa u objeto y práctica documentada de la diligencia referida al cuerpo del delito–. Su elaboración –a cargo mayormente de la Policía– la búsqueda y recogida del cuerpo del delito forman prioritariamente parte del acervo de conocimientos y experiencias de la policía y, residualmente, de la Fiscalía, en cuanto órganos de investigación del delito. Si cumplen los requisitos pertinentes, evita un procedimiento ulterior de autenticación de dicha diligencia de aseguramiento de fuentes de investigación –ubicación, recogida e incautación– a través de auto de autenticación, marcación, testimonio o pericia.

- D.** La cadena de custodia, como quinta forma de autenticación, referida al cuerpo del delito, “se puede definir como aquel procedimiento de registro y control que tiene por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba [en pureza, del hecho delictivo y de su autor] tales como documentos, armas blancas y de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, huellas dactilares, etcétera, desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen, considerando su derivación a los laboratorios criminalísticos forenses donde serán analizados por parte de los expertos, técnicos o científicos, y hasta que son acompañados y valorados como elementos de convicción [en rigor, actos de prueba] en la audiencia de juicio oral” [READI SILVA].

La cadena de custodia es, propiamente, un sistema de control que permite registrar de manera cierta y detallada cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación –utilización de embalajes adecuados–, rotulación, etiquetamiento – con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación–, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico, Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados) hasta llegar a las instancias judiciales (la obligatoriedad de su presentación se advierte de lo dispuesto por el art. 282.1 del NCPP).

La cadena de custodia “no protege la cantidad y calidad de la prueba material sino la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate” [Sala Tercera, sentencia, de 21-12-07; Costa Rica].

- E.** El mecanismo que expresa la cadena de custodia se concreta materialmente a través de formularios de registro de información o, como precisa el Reglamento antes citado, en “formatos de la cadena de custodia”, que acompañan en todo momento al cuerpo del delito y son objeto de supervisión por el fiscal o un funcionario delegado. Cada eslabón en la cadena de custodia está debidamente registrado, y de modo ininterrumpido, lo cual demuestra la totalidad del camino recorrido por el cuerpo del delito.

La presentación de estos formatos evita la necesidad de hacer concurrir a quien o quienes han tenido que lidiar con el cuerpo del delito. Esta prueba documentada –el formato y documentos anexos– es suficiente y más operativa que el testimonio. La jurisprudencia estadounidense, liderada por el caso USA vs. Howard-Arias, decidida en 1982 por la Corte Federal de Apelación del Cuarto Circuito, señaló que la cadena de custodia es una variación del principio autenticación (o, con mayor precisión y según se expuso, una de sus formas de autenticación) [MUÑOZ NEIRA].

### 3. La ruptura de la cadena de custodia

- A. La ruptura de la cadena de custodia –la presencia de irregularidades en su curso– se presenta cuando en alguno de los eslabones de la cadena o de los tramos por la que transita el cuerpo del delito se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito –organismo técnicos-periciales, laboratorios forenses, universidades, instituciones públicas o privadas, institutos de investigación (art. 173.2 del NCPP)– o juez. Aquí, en principio, se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización.
- B. De la ruptura de la cadena de custodia o de su omisión no sigue necesaria o automáticamente que el cuerpo del delito es inauténtico y, por consiguiente, que carece de eficacia probatoria. Recuérdese, de un lado, que la cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautado, que solo busca facilitar la demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; y, de otro lado, que en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (art. 157.1 del NCPP), de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la Ley.
- C. Así las cosas, es de precisar lo siguiente:
- i. El cuerpo del delito y el conjunto de diligencias –mayormente periciales– realizadas a partir de él no pierden eficacia probatoria por el simple hecho de la ausencia de la cadena de custodia o de su ruptura. No obstante ello, será necesario que la parte –no solo la parte acusadora, que por ley debe seguir el procedimiento en cuestión para garantizar la mismidad de la prueba– que incorpore esos elementos

materiales pueda acreditar la autenticidad del cuerpo del delito en sus ámbitos esenciales por otros medios de prueba, más allá de la prueba documentada que dimana del acta de incautación y de los formatos respectivos de cadena de custodia –perjudicados por la ruptura de la conexión–. Por lo demás, errores formales o de poca entidad en la propia elaboración de las actas y formatos, en modo alguno hacen perder eficacia probatoria a la cadena de custodia. La decisión acerca de la autenticidad de un elemento material es parte del juicio de valor que el juez debe realizar sobre el grado de credibilidad de la prueba aportada o practicada en el juicio; el error del juez al formular el juicio sobre la autenticidad de la prueba material importa un error de derecho por falso juicio de convicción [REYES ALVARADO].

- ii. La ruptura de la cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba determinante de su inutilización –sanción procesal asociada a la prueba prohibida– porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno (art. VIII del Título Preliminar y art. 159 del NCPP). Tampoco un bien, cosa u objeto relacionado con el delito que se ofrezca como prueba material con ausencia de una cadena de custodia o cuando se produce un supuesto de ruptura de la misma puede ser considerado como un medio de prueba impertinente o prohibido por la Ley (art. 155.2 del NCPP).
- iii. Como existe libertad probatoria y sola se presenta un vicio en un mecanismo tendente a acreditar la autenticidad de la prueba material, la vulneración de las reglas de cadena de custodia no da lugar a la exclusión probatoria. La pérdida de eficacia procesal dimanante del vicio en cuestión puede ser salvada con una actividad probatoria alternativa, por lo que se está ante un aspecto propio de la valoración de la prueba, de la credibilidad del cuerpo de la prueba que presentó la parte concernida, que el órgano jurisdiccional decidirá de acuerdo a las restantes circunstancias del caso [MUÑOZ NEIRA].
- iv. Tratándose de la cadena de custodia, la alegación de la simple posibilidad de su rompimiento, manipulación o contaminación, no es aceptable. Debe acreditarse acabadamente tal alegación. En todo caso, la actividad probatoria establecerá si es del caso otorgar o no mérito a esa evidencia y valorarla o no.

- v. La vulneración del contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental, a propósito de irregularidades en la cadena de custodia, solo se presentaría cuando se admite y se da el valor de prueba cuando el supuesto cuerpo del delito se obtuvo sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, la garantía de defensa procesal.
- vi. Cabe insistir –y así lo ha precisado el Tribunal Supremo Español en las sentencias de 04-06-10 y 24-04-12– que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega de lo incautado a la entidad correspondiente, que es el proceso al que se denomina genéricamente “cadena de custodia”, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan solo sirve para garantizar que lo analizado es el misma e íntegra cosa, bien u objeto ocupado, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que el bien, cosa u objeto analizado no fuera aquel bien, cosa u objeto originario, ni para anegar el valor probatorio de los exámenes periciales y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

## VII. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

### 1. Fundamento

La lucha contra la delincuencia organizada, es decir, el descubrimiento y sanción de delitos de una enorme gravedad y de gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con material altamente sofisticado con un criterio de racionalidad en su actividad criminal y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, resulta cada más difícil para los aparatos estatales de represión criminal. Por tanto, se hace imprescindible la adaptación de las técnicas de investigación a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia (STSE de 09-10-87).

En la necesidad de garantizar eficacia y eficiencia en el sistema de investigación [PEÑA-CABRERA FREYRE], se han introducido dos mecanismos que dan respuesta a ese fenómeno social, de tal manera que pueda compatibilizarse el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los imputados en un

proceso penal, con una mayor solvencia y rigor en la lucha contra la criminalidad, esencialmente contra la criminalidad organizada. Se iniciaron, a nivel mundial, en la lucha contra las drogas y el terrorismo, y luego se fueron extendiendo, con plena previsión legal, a otros delitos especialmente graves (corrupción y criminalidad organizada transnacional). Se trata del agente encubierto o especial y de la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos.

La Ley n.º 30077, de 20-08-13, incorporó las denominadas operaciones encubiertas como un tercer acto especial de investigación referidas a la criminalidad organizada. A su vez definió el Marco Operativo de lo que debe entenderse por criminalidad organizada o especial (ver: arts. 2 y 3 de dicha ley).

## 2. El agente encubierto o especial

### 2.1. Definición

Es una medida –o medio de investigación–, regulado en el art. 341 NCPP, que consiste en la entrada de uno o varios policiales, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y castigo de la organización, con todos los elementos que la integran.

La finalidad del acto de infiltración a través del agente encubierto es obtener la información necesaria apta para enervar la presunción de inocencia. El último destinatario y máximo interesado en la información averiguada es el Estado [GÓMEZ DE LIANO]. Su adopción es excepcional –solo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso– y debe estar sometida a un test de proporcionalidad: (i) examen de idoneidad, el agente encubierto debe ser un medio apto para captar información de cargo con efectos penales; (ii) examen de necesidad, al tratarse de una injerencia intensa en los derechos y libertad se debe verificar que exista una organización criminal y que por sus características represente una verdadera amenaza, igualmente debe comprobarse que no exista otra medida idónea de búsqueda y obtención de información; y, (iii) examen de proporcionalidad que debe considerar circunstancias como la duración de la infiltración, las facultades que se otorgan al agente encubierto, etc. [BERNAL]. Todos esos ámbitos deben abarcar la Disposición Fiscal.

El agente encubierto es un miembro de la Policía Nacional, que investiga bajo una ‘identidad alterada’ por un tiempo prolongado; la intervención de un policía en prácticas aisladas como, por ejemplo, aparente comprador de drogas o



bienes delictivos no lo convierte en agente encubierto y, por tanto, esta intervención no está sujeta a las reglas del art. 341 NCPP [ROXIN]. La intervención del agente encubierto solo está permitida para el esclarecimiento de “hechos punibles de importancia considerable”. Es imprescindible, para acudir a esta técnica de investigación, que el esclarecimiento no sea posible, o en todo caso que la averiguación presente una dificultad considerable, y por tanto que otras medidas de investigación fueran inútiles. El agente también puede ser un ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar fuentes de prueba de cargo del delito; se le denomina “Agente Especial”. Está sujeto al mismo estatus jurídico que el agente encubierto.

El agente encubierto o especial viene amparado en su cometido por una identidad supuesta. Participa en el tráfico jurídico bajo una ‘identidad alterada’, para cuya creación y conservación son admitidas la expedición y modificación de documentos de identidad y demás registros de datos personales. Además, se le permite adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación. Debe poner a disposición de quien lo autorizó la investigación toda la información que vaya obteniendo, para su aportación al proceso. Es lógico que se reserve secretamente el nombre verdadero del agente encubierto o especial, al constituirse en una presunción *iure et de iure*, el peligro de la seguridad personal del agente [PAZ RUBIO].

El agente encubierto o especial accede mediante el engaño, no solo al conocimiento de delitos cometidos en vías de preparación, sino también a todo un cúmulo de datos privados sobre las personas investigadas y su círculo de allegados. El derecho afectado, en estos casos, es la autodeterminación informativa, esto es, el derecho a elegir libremente al destinatario de la conversación y al testigo de la esfera privada. Se exige al agente la debida prudencia en la realización de averiguaciones e, incluso ocupación sigilosa de bienes, para que sean proporcionados con lo que pretende conseguirse, sin que puedan llegar a alcanzar la categoría de provocaciones para delinquir, pues ello desvirtuaría su propia naturaleza y su legitimidad [MONTÓN REDONDO]

La infiltración policial a través de un agente encubierto es, por tanto, un acto de investigación que limita, en determinada medida, derechos fundamentales; es, pues, una limitación de baja o mediana intensidad, por lo que su institucionalización no requiere de previa orden judicial. Su relevancia está, precisamente, en el hecho mismo de su secretismo y uso del engaño como método de investigación. Sin embargo, las investigaciones encubiertas ante delitos graves no pueden excluirse —no pueden sacrificarse por conveniencia (STEDH Teixeira

de Castro vs. Portugal, § 36, de 09-06-98)–, y están avaladas, desde el principio de proporcionalidad, por la STEDH Lüdi vs. Zuiza, de 15-06-92, en cuya virtud quien sabe que comete un acto criminal debe soportar y asume la posibilidad de ser objeto de una investigación encubierta, de encontrar un funcionario policial encargado de desenmascarlo (§ 40).

## 2.2. Regulación legal

Como puede observarse, el art. 341 NCPP precisa como requisito previo la existencia de una investigación relacionada a un caso de criminalidad organizada. El apdo. 1 del art. 341 NCPP limita la intervención de los agentes encubiertos o especiales a las “actividades propias de la delincuencia organizada”. Se trata de una asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o de manera reiterada una serie de delitos.

Para la lícita actuación de los agentes encubiertos o especiales se precisa de una previa autorización del fiscal encargado, se necesita una Disposición. Para hacerlo se requiere de “indicios de su comisión”, esto es, sospecha inicial simple. La autorización la proporciona el fiscal, con conocimiento y registro de la Fiscalía de la Nación. El plazo es de seis meses prorrogables por Disposición motivada del fiscal de la investigación. El principio de necesidad determinará el número de prórrogas que puedan acordarse.

Si en el curso de la investigación resulta indispensable llevar a cabo actuaciones limitativas de derechos fundamentales –entradas domiciliarias, intervención de las comunicaciones– se requerirá expresa autorización judicial.

El procedimiento vinculado a la designación y actuaciones del agente encubierto o especial es reservado.

## 2.3. Valoración

La información obtenida será puesta en conocimiento de la autoridad y será valorada “como corresponde”. La condición de su valoración está en la legalidad de la designación del agente encubierto o especial y en que no se hayan afectado de modo grave derechos fundamentales, a menos que se haya recabado la pertinente orden judicial habilitadora. La eficacia de los elementos de prueba que obtengan los agentes encubiertos quedará condicionada por el respeto a las garantías del proceso penal, esencialmente las de defensa procesal y presunción de inocencia. No tendrá eficacia si se hizo incurrir a un sospechoso en un “delito provocado”. La misión de la policía es descubrir el delito no facilitar la comisión de

otro delito, por lo que rige la regla *venire contra factum proprium*, en cuya virtud el Estado no puede castigar a aquel a quien él mismo, precisamente, ha inducido a llevar a cabo un hecho punible. El agente provocador es, precisamente, aquel que induce a otros, le genera la idea criminal, a cometer hechos punibles para, inmediatamente después, poder detenerlo.

El agente, de otro lado, debe actuar dentro de la esfera de su cometido bajo la condición de que está revestido de una autorización especial *ex lege*. Las conductas que realice las hará en cumplimiento de su deber y conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad. La racionalidad marcará el juicio de valor acerca del acto concreto que realice. Si el acto que ejecute es desproporcionado la prueba obtenida no será valorada precisamente por la conculcación de los principios de necesidad y proporcionalidad. Por el contrario, la prueba obtenida por el agente mediante la comisión de un delito del que está exento de responsabilidad penal es hábil y eficaz [LÓPEZ BARJA].

La Ley no modifica las reglas generales de aportación y valoración de la declaración testifical del agente encubierto o especial en el juicio oral. Empero, existe una importante modificación en la normativa sobre protección de testigos. Se puede ocultar su identidad por resolución motivada, siempre que exista motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente o de otra persona, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando al agente policial. Por ello, cuando las partes soliciten conocer la identidad del testigo protegido, que al propio tiempo es agente encubierto o especial, ciertamente el órgano judicial tiene que revelar la identidad, pero la identidad falsa, nunca su verdadera.

El agente encubierto o especial puede y debe declarar como testigo en el acto oral sometándose a las preguntas de las partes procesales —se le considera, por tanto, un medio de prueba—. Su identidad real, como se anotó, no debería ser develada, aunque sí su identidad supuesta —la que utilizó cuando se infiltró en la organización criminal— (y, agregamos, la propia condición de agente encubierto o Especial del testigo), lo que constituye una necesidad primaria para el correcto funcionamiento, o incluso para la propia existencia del Agente Encubierto o Especial. La STEDH Lüdi, de 15-06-92, no pone en cuestión que solo se conozca el nombre supuesto del agente encubierto —no su identidad real—, todo ello bajo el canon de la eficaz lucha contra el fenómeno criminal organizado [GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO]. Se exige, evidentemente, una Disposición motivada del fiscal a fin de expresar las razones por las cuales se pone en peligro la vida o la seguridad del agente encubierto o especial, de lo contrario, la reserva de su

identidad constituiría un daño a la defensa del imputado. Pese a ello, cierto sector de la doctrina considera que la no relevación de la identidad del agente merma el derecho de defensa de un imputado, pues en este tipo de testimonios no resultaría posible determinar si el agente –en calidad de testigo– guarda razones para no declarar objetivamente, si registra por ejemplo antecedentes por falso testimonio, o si simplemente estamos ante un testigo poco fiable. Debe considerarse que en la legislación peruana no se ha considerado un ámbito de protección o seguridad para el agente en caso su identidad sea develada en el juicio; un aspecto que sí ha sido considerado en la legislación colombiana (art. 31 CPC); sin embargo, podría incluirse ese aspecto en una modificación a la ley procesal penal.

La apreciación –interpretación y valoración– de su testimonio no está sujeta a limitación ni especialidad alguna, pero la infracción de las reglas fijadas para esa figura determina la prohibición de la valoración de la prueba obtenida (STSE de 07-11-00). La STSE de 14.02.95 señaló que la testifical del infiltrado es otro factor importante a la hora de construir prueba de cargo, y que su credibilidad corresponde al correcto análisis lógico y de experiencia del juez, siendo del caso reconocer que la actuación del agente policial en la mecánica en cuestión se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente. El Tribunal debe tomar con cautela y prudencia su valoración, principalmente debido a que al estar declarando sobre lo que fue precisamente el desempeño de sus funciones específicas, el policía o el particular intentará narrar los hechos de tal forma que no quede duda en el desempeño de su función, pues ello lo afectaría de forma directa. Existe la probabilidad –que debe ser considerada por el tribunal– de que la declaración del agente distorsione la real situación de los hechos o la forma en que ellos acontecieron, lo que puede significar una grave repercusión en la situación del imputado [JAUCHEN]. En definitiva, deben aplicarse las reglas comunes de valoración de un testigo en estos casos, pues la sola declaración del agente no puede generar no tiene la entidad para fundamentar una condena, sino que debe estar rodeada de otros elementos objetivos (datos, testimonios, etc.) que le permitan al Juzgador emitir una sentencia condenatoria en el caso específico.

Distinta es la figura del confidente, quien viene a ser una fuente suplementaria de información para los policías, que actúa ya consumado el delito [DE URBANO]. Como tal, es una información, inicialmente reservada o secreta, pero pendiente de confirmación a través de la comprobación o verificación real de esa misma información, que así se convalida [CLIMENT]. Su inadmisibilidad es

obvia al no identificarse ni declarar en el plenario. Ello en modo alguno elimina la posibilidad de utilizar “fuentes confidenciales de información”, siempre que se circunscriban exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. Es, pues, solo un indicio procedimental, que no puede, por lo demás, utilizarse como dato directo y único para la adopción de medidas limitativas de derechos [RIVES SEVA]. Así lo declaró la STEDH Windisch, de 27-09-90. Ha de destacarse que los policías que se han servido de confidentes para obtener información sobre los delitos que investigan no están jamás obligados a revelar cuáles son sus fuentes de información, pues si estas carecen de virtualidad probatoria, al solo erigirse como fuente de información para el inicio de las correspondientes averiguaciones, en nada afecta a la realidad fáctica sobre la que había de construirse, en su caso, la prueba de la infracción penal (STSE 49/1995, de 17 de enero). El confidente es, pues, una figura lícita, pero su proyección jurídica es irrelevante, de suerte que no es posible aceptar ni siquiera la figura del testigo de referencia que tiene como testigo fuente a un confidente anónimo [CLIMENT]. Una investigación policial puede iniciarse por delaciones, informaciones anónimas escritas o colaboración ciudadana, pero el valor probatorio de esas fuentes, por contrario al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal, si no se determina la identidad y declara el confidente o informante en condición de testigo, carece de eficacia probatoria, a la que se extiende el testimonio por referencia del agente que ha recibido la información [GARCÍA MUÑOZ].

El testimonio que también se rechaza es el del agente provocador, entendiéndose como tal a la persona –policía o civil– que hace incurrir en un delito a un tercero; él es la causa del delito. Pero no solo eso, sino también la prueba que recabó; por su inadmisibile ataque a la dignidad personal y a la interdicción de toda arbitrariedad (STSE de 30-12-95). El delito provocado, por consiguiente, es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho delictivo, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo (STSE de 09-10-87). Ello genera la impunidad de la conducta de quien realiza el delito provocado, y se erige en una condición de procedibilidad, deducible del Estado de derecho –la provocación o inducción al delito está prohibida pues contraviene el principio de legalidad y de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (STSE de 25-01-07)–, conforme a la cual se invalida todo el procedimiento en el que los agentes del Estado han actuado no para prevenir el delito, sino como instigadores de su comisión

(STSE de 20-10-97). Sin embargo, no debe calificarse como agente provocador cuando el agente ha actuado frente a una persona ya predispuesta a cometer el delito. En definitiva, si el delincuente ya tiene la predisposición para delinquir y el agente solo facilita los medios para la comisión del hecho, en consecuencia no se inválida la aportación del agente encubierto. Esta predisposición debe existir al momento que los agentes toman contacto con el imputado, y no en un tiempo posterior (STSE 24/2007).

Cuestión distinta al agente provocador es la del agente descubridor del delito ya consumado. En este último caso el policía utiliza medios engañosos para descubrir la infracción cometida con anterioridad, generalmente de tracto sucesivo –como, por ejemplo, en tráfico ilícito de drogas cuando el delincuente ya tiene la droga en su poder o tiene vínculos activos y estructurados para conseguirla–, cortando de esta forma su continuidad. No hay, en este supuesto, una situación inductora que juegue al margen de la ley procesal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. El agente no busca la comisión del delito, sino los medios, las formas o los canales por los que ese delito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas (SSTE de 13 de mayo y de 8 de julio de 1999). Es irrelevante si el hecho que fundamenta la sospecha se encuentra en etapa de preparación o si ya ha superado el comienzo de ejecución, solo se requiere advertir que el delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente es libre y nace espontáneamente; la proposición parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma (STSE de 13-02-96). El castigo se realiza por las actividades preexistentes a la actuación policial engañosa que sean constitutivas de delito y no, exclusivamente, por el acto provocado. No es lo mismo “delito provocado” que “delito comprobado”, como sucede cuando se ofrece a un policía una compraventa de droga sin que existan pruebas de que este hubiera solicitado tal adquisición, sino solo que mantenía una relación con el acusado para descubrir sus relaciones con el narcotráfico; no existe provocación del delito sino verificación de su existencia, acopiando pruebas del mismo a fin de comprobar una actividad delictiva preexistente de la que se sospechaba (STSE de 19-02-03). De igual manera, no se da un supuesto de delito provocado cuando un policía se hace pasar por un cliente y pregunta quién vendía droga, de suerte que ante esa pregunta el

imputado, salió a buscarla y regresó al poco rato, ofreciéndola al policía; aquí el imputado no buscó la droga motivado por la actuación policial, sino que la poseía de antemano para venderla (STSE de 19-02-03).

## **2.4. Exención de responsabilidad**

Es posible que durante el desenvolvimiento de la operación el agente encubierto o especial cometa hechos delictivos. En consecuencia, el apdo. 6 del art. 341 NCPP introduce una exención de responsabilidad, pero se debe tratar de delitos propios del desarrollo de la investigación, siempre y cuando sean consecuencia necesaria de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una inducción al delito.

## **2.5. Algunos problemas probatorios**

### **2.5.1. Efectos probatorios**

El objeto de la infiltración de un agente encubierto en la organización criminal reside en el enjuiciamiento de los hechos punibles mantenidos por las acusaciones. La prueba para poder recibir la valoración del juez debe practicarse en el juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicciones e igualdad. Cabe excepcionar los supuestos de prueba preconstituída.

### **2.5.2. La licitud probatoria derivada de la infiltración**

La idea de la prueba prohibida va íntimamente unida al momento crucial de obtención de la fuente de prueba. Las vulneraciones podrían ser:

#### **A. Violación a la intimidad**

La sola integración y presencia del agente en el grupo criminal organizado vulnera los derechos a la intimidad en el sentido amplio y estricto, siempre que el inicio de investigación encubierta venga marcado por las siguientes vicisitudes en la preceptiva autorización fiscal sobre la prueba resultante. En ese sentido, la filtración practicada, en todo momento, sin contar con la obligada autorización fiscal inicial; la infiltración ejecutada en un primer momento con autorización fiscal, pero desarrollada en un segundo momento, tras el agotamiento del plazo de duración establecido por el fiscal sin autorización de concesión de prórroga; la autorización fiscal inicial conferida sin respeto a las exigencias dimanantes del

principio de prohibición de exceso y ausente de una motivación suficiente, da lugar a la exclusión de lo obtenido por ilegítimo.

Primer aspecto problemático: ¿Qué sucede si el Ministerio Público autoriza una investigación en cubierta y tras el obligado control judicial –por tratarse de investigación que pueda vulnerar derechos fundamentales, que sobrevino con posterioridad– la autoridad penal decide revocar la infiltración permitida por el fiscal? En primer lugar, es de señalar que el fiscal es quien puede autorizar a miembros de la PNP mediante disposición a actuar como agente encubierto (art. 340.1 NCPP). Sin embargo cuando se limitan derechos fundamentales se necesita la autorización del juez (art. 340.5 NCPP, por lo que su obtención, igualmente, es ilegítima.

## **B. Violación del domicilio**

La información lograda en virtud del agente encubierto en un lugar privado o domicilio *ex constitutione*, sin contar con autorización judicial o sin concurrir flagrancia delictiva, pero con la autorización del delincuente, no presenta problemas en tanto el legislador reguló expresamente el engaño de la infiltración como título legitimador del consentimiento viciado del titular para entrar en un domicilio.

### **2.5.3. Testimonial del agente encubierto**

La normativa procesal de la infiltración no modifica, en modo alguno, las reglas generales sobre la aportación y valoración de la declaración testifical en el acto oral. La declaración del agente no ratificada, en forma alguna, en el juicio oral, tiene el valor de una denuncia y, por tanto, no constituye un medio de prueba sino, un objeto de la actividad probatoria. Los hechos de conocimiento propio del agente han de ser aportados al juicio oral mediante la prueba testifical. En cualquier caso, la prueba para poder recibir la valoración del Tribunal han de practicarse en juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción e igualdad [GÓMEZ DE LIAÑO].

## **2.6. Problemas probatorios**

### **2.6.1. Efectos probatorios**

La circulación y entrega vigilada de bienes de origen delictivo constituye una diligencia de investigación sumarial limitativa de derechos fundamentales,



que participa, en su caso, de la naturaleza jurídico-procesal de acto de aseguramiento de la prueba apto para enervar la presunción de inocencia en el juicio oral, en tanto en su adopción y en su práctica vengan plenamente satisfechas las exigencias legales y constitucionales al respecto.

### **2.6.2. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial**

En principio, las diligencias policiales previas al proceso recogidas en los informes policiales carecen de valor probatorio. Sin embargo esta regla ha recibido matizaciones en relación con determinadas situaciones contenidas en el informe policial que, en relación a las exigencias de la prueba preconstituida constituyen una fuente de datos objetivos e irrepetibles.

### **2.6.3. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación**

La corrección de la actuación de la autoridad policial, junto con la observancia del resto de exigencias formales materiales y objetivas, convierte el acto de aseguramiento de la fuente de prueba en un supuesto de prueba preconstituida, sobre la cual el juez puede extender su absoluto conocimiento en la fundamentación de la sentencia.

### **2.6.4. Identificación y recogida del cuerpo del delito**

La correcta actuación policial en la identificación y ocupación del cuerpo del delito preconstituye prueba sobre el delito que precisará de la lectura del acta en el juicio oral. Ergo cuando la PNP certifica el contenido ilícito de las remesas en el informe policial preconstituye el hecho objetivo del delito pero resulta necesaria la ratificación y declaración testifical en el acto oral, si se le cuestiona.

### **2.6.5. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida**

La circulación y entrega vigilada configurará un acto de aseguramiento de la prueba que enerva la presunción de inocencia, no solo cuando se cumpla los requisitos de prueba preconstituida sino también en la disposición de la operación fueran observadas las exigencias legales. Los resultados de la circulación y entrega vigilada han de quedar excluidos de la apreciación en la sentencia cuando la operación integre una prueba prohibida. Aun cuando resulta factible que la diligencia de circulación vigilada conduzca a la adopción de otros medios de investigación, en verdad, la práctica acredita lo contrario. Normalmente, la disposición de una

entrega controlada encuentra su razón de ser en la información obtenida a través de otras diligencias de investigación.

Si bien es cierto que el supuesto de hecho del cual parte la prueba prohibida en la circulación vigilada es frontalmente opuesto al caso de la prueba prohibida en materia de agentes encubiertos, no lo es menos que la teoría refleja que residenció los efectos de la prueba prohibida en el ámbito de los agentes encubiertos, también ha de imperar, en el ámbito de la circulación y entrega vigilada, como en cualquier otro análisis de la extensión de los efectos de la prueba prohibida.

### 3. La circulación y entrega vigilada

#### 3.1. Definición

Es una medida o técnica concebida inicialmente para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas (Convención de Viena de 20-12-88) y, luego, extendida a otros delitos graves, de carácter organizado, destinada a perseguirlos con eficacia. Por esta medida se permite, conforme al art. 340.1 NCPP, que los bienes delictivos o remesas sigan su curso criminal sin que la autoridad intervenga, a pesar de conocer que el delito está teniendo lugar, hasta un momento ulterior con la finalidad de detener y desarticular el mayor número de los elementos integrantes de la organización delictiva (STSE de 20-03-96).

Lo que se pretende es que una serie de bienes delictivos, que en principio debían ser de inmediato intervenidos y detenidos quienes los tuvieran en su poder, circulen por territorio peruano o salgan o entre en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a los expresamente fijados por la ley, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines. La intencionalidad legal es, entonces, simple: legitimar el seguimiento policial controlado de los bienes delictivos, para localizar su origen y destino y, con ello, a los responsables de las redes de producción o distribución [MONTÓN REDONDO]. El entendido es que el Estado tiene facultad para vigilar, acechar y espiar lo que hacen los enemigos de la sociedad [PEÑA CABRERA].

En la doctrina se distingue hasta tres tipos de entrega vigilada: (i) entrega vigilada con sustitución o limpia, en donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares pero inocuos o lícitos; (ii) entrega vigilada interna que tiene lugar cuando la información sobre la remisión de especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de las mismas; y, (iii) la entrega vigilada externa que se produce en los casos sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recepcionada o producida por

las autoridades del Estado en donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal debe transitar hacia su lugar de destino.

Esta medida, entonces, debe ser considerada, en lo inmediato, como una exención de la obligación que incumbe a las autoridades policiales y fiscales de denunciar y perseguir los delitos presuntamente cometidos de los que tengan conocimiento. Además, tiene una finalidad indagatoria de modo inmediato y, también, de carácter probatoria en lo mediado por cuanto permite la adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba a valorar por el juez una vez incorporadas debidamente al proceso [LÓPEZ YAGÜES].

### 3.2. Objeto

Se extiende a las remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos. Según el apdo. 4, los bienes delictivos son drogas tóxicas y demás sustancias prohibidas, materias primas o insumos destinados a su elaboración, bienes y ganancias en el delito de lavado de activos, bienes relativos a los delitos aduaneros, y bienes, materiales, objetos y especies referentes a los delitos de extracción de bienes culturales, especies de la flora o fauna protegidas y de especies acuáticas, delitos monetarios, y de armas y explosivos.

### 3.3. Procedimiento

Esta medida la puede adoptar el fiscal, a cuyo efecto emitirá una Disposición —la decisión debe ser específica de su objeto y finalidad—. Para su adopción rige el principio de proporcionalidad, debe tenerse en cuenta su necesidad o relevancia a los fines de la investigación en relación con las características del bien delictivo de que se trate, la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia. Se trata de descubrir un delito cometido por una organización criminal, que se encuentra fuera del conocimiento de las autoridades.

### 3.4. Envíos postales

Cuando el bien delictivo se encuentre en envíos postales, el apdo. 3 del citado art. 340 NCPP estipula que la apertura o la sustitución de su contenido deberá realizarse respetándose las garantías judiciales —señaladamente, de previa orden judicial— (STCE 329/2004), excepto el requisito de la presencia del interesado —por razones obvias de eficacia de la entrega vigilada—. La intervención postal es aquella medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones

postales decretada normalmente contra un investigado –emisor o receptor de la comunicación– [GUERRERO PERALTA].

El acto de apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta la culminación de las diligencias preliminares, pero puede prolongarse por quince días luego de formalizada la investigación preparatoria.

La aplicación de semejante procedimiento es legalmente adecuado e incluso imprescindible para el efectivo descubrimiento del autor de la infracción, que, de otro modo, sería muy difícil hacerlo (STSE 2114/2002, de 18 de diciembre).

#### 4. Las operaciones encubiertas

##### 4.1. Definición

La Ley n.º 30077, de 20-08-13, incorporó las denominadas operaciones encubiertas como un nuevo acto de investigación especial en el ámbito de la criminalidad organizada. El art. 341-A NCPP identifica este acto de investigación especial como propio de la subfase de diligencias preliminares, destinado a las tareas de identificación de personas naturales y jurídicas, de bienes y de actividades, en todos los casos, referidos o vinculados a la criminalidad organizada. Ese es su objeto.

Como se trata de un acto de investigación restrictivo de la garantía-derecho fundamental de defensa procesal, pues se realiza sin el conocimiento de los investigados, requiere que la Policía Nacional –que es el órgano ejecutor– sea autorizada, mediante una Disposición fundada, por el Ministerio Público.

Las actividades de averiguación policial importan, de un lado, la denominada protección legal –esto es, seguridad o custodia velada o subrepticia, de modo tal que no sea posible su identificación– de personas jurídicas, bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, al punto de requerir su sustitución; y, de otro lado, la creación específica de personas jurídicas ficticias y la modificación de personas jurídicas ya existentes, siempre en este último caso, como es obvio, que no afecten a terceros titulares de las mismas. Se trataría, entonces, de personas jurídicas ya creadas o sin funcionamiento u operatividad real y de personas jurídicas artificiales o simuladas, para que intervengan en el tráfico jurídico y, de ese modo, puedan permitir que se conozca las actividades de otras personas jurídicas, las ocupaciones o funciones de individuos, los bienes comprometidos en su lógica delictiva y su modus operandi, al punto que incluso realicen contratos o negocios jurídicos con dichas personas morales o naturales para desentrañar la criminalidad de su conducta. Se trata, pues, de un acto de investiga-

ción indirecto. Por su intermedio, restringiendo el derecho de defensa y, parcial o limitadamente, el derecho de propiedad, se busca conocer la trama organizativa y funcional de concretas actividades delictivas del crimen organizado.

#### 4.2. Procedimiento

El fiscal es el órgano facultado para disponer la realización de operaciones encubiertas; mientras que la Policía, el organismo calificado para su ejecución, sin que ello signifique la necesidad de las labores de superintendencia del Ministerio Público, pero no el reemplazo o marginación de la Policía. La ley fija competencias específicas que no pueden ser alteradas por el fiscal instructor.

La Fiscalía debe emitir una Disposición, con arreglo al art. 122.2 NCPP, pues al importar esta diligencia una restricción de una garantía-derecho fundamental se necesita de la respectiva motivación y su acomodación a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad. La Ley hace mención a la exigencia de indicios de criminalidad o de sospecha fundada –en el sentido de que existan algunos datos concretos que revelen la posibilidad cierta de la existencia de la comisión de delitos alrededor de la criminalidad organizada–; y, como matriz imperativa de la afectación de un derecho fundamental, la medida se fundamentará –desde el principio de proporcionalidad– en la satisfacción de los subprincipios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, en los ámbitos de una investigación correctamente iniciada y desarrollada por la Fiscalía y la Policía.

La autorización materia de la Disposición Fiscal debe inscribirse en un registro especial, conforme a lo estipulado y siguiendo lo consignado, en lo pertinente, en el apdo. 2 del art. 341 NCPP. Los resultados de la operación encubierta no se agregan al expediente principal, sino en un “cuaderno secreto” –cuyas pautas deben reglamentarse por el fiscal de la Nación, pero ciertamente se agregarán los informes policiales respectivos, las actas levantadas y los hallazgos e incidencias producidas–, al que solo tendrán acceso los fiscales y los jueces competentes para el caso en concreto.

#### 4.3. Valoración

La eficacia procesal del resultado de una Operación Encubierta está condicionada, primero, a la estricta legalidad del procedimiento jurídico de autorización –motivación de la Disposición autoritativa y precisión de los actos encubiertos autorizados–; y, segundo, a que en su ejecución no se afecten derechos que requieran de una autorización judicial expresa y no se lleven a cabo actuaciones

no autorizadas. Si las fuentes de prueba son de obtención legítima —el hallazgo resultante de las diligencias encubiertas—, el elemento de prueba obtenido puede ser valorado libremente por el órgano jurisdiccional, y por ende constituir fundamento para una sentencia. Su exacto valor o peso, desde luego, estará en función a la información obtenida, a su calidad y a la pertinencia y relación con las demás pruebas de cargo.

## VIII. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

### 1. El plazo

El art. 342 NCPP establece un plazo ordinario común perentorio, para la conclusión de la investigación: ciento veinte días naturales. El *dies a quo*, o inicio del cómputo del plazo, se cuenta a partir de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, lo que es así porque la sub fase de diligencias preliminares tiene su propio plazo y está sujeto a variadas contingencias (Sentencia Casatoria n.º 2-2008/La Libertad, de 03-06-08). La prórroga es posible, hasta por sesenta días naturales —plazo prorrogado—, siempre que se presenten causas justificadas. Estas tienen que ver con las dificultades de las investigaciones, como sería la demora en la realización de un determinado acto de investigación: pericia compleja, incomparecencia de un órgano de investigación o ausencia momentánea a la citación fiscal, etc. La prórroga requiere de una Disposición Fiscal (art. 122.2 NCPP).

El apdo. 2 del art. 342 NCPP reconoce un plazo ordinario especial, radicado en las investigaciones complejas, de ocho meses, salvo el caso de delincuencia organizada en que el plazo es de treinta y seis meses. Asimismo, la prórroga —plazo prorrogado—, por un plazo igual, está condicionada a las mismas causas justificadas indicadas en el apdo. 1 del referido artículo. El fiscal, entonces, debe explicitar con todo rigor las razones del plazo que fija [PEÑA CABRERA-FREYRE].

### 2. El proceso complejo

El apdo. 3 del art. 342 NCPP define lo que es un proceso complejo. La citada norma identifica ocho supuestos: **1.** Actuación de una cantidad significativa de actos de investigación. **2.** Investigación de numerosos delitos. **3.** Incorporación en la causa de una gran cantidad de imputados o agraviados. **4.** Indagación de imputados integrantes o colaboradores de organizaciones criminales. **5.** Elaboración de pericias que importan revisión de una nutrida documentación o de complica-

dos análisis técnicos. 6. Ejecución de gestiones procesales fuera del país. 7. Revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. 8. Investigación de la delincuencia organizada.

Sin duda, se trata de una relación de circunstancias, cuya interpretación debe ser teleológica, por lo que el presupuesto necesario para su configuración jurídica estriba en que la especial dificultad y objetiva complejidad de las actuaciones debe ser real. Un acto de investigación, en concreto, será complejo si su actuación requiere una variada y difícil realización de actos sucesivos de carácter previo coetáneo.

### 3. La determinación del plazo

En tanto el señorío de la investigación corresponde al Ministerio Público, el fiscal del caso es quien define el momento de su conclusión. Lo hará cuando considere que la investigación preparatoria ha cumplido su objeto, esto es, si se han llevado a cabo las actuaciones necesarias para poder decidir si pide el sobreseimiento o si formula acusación (art. 343.1 NCPP). La fijación o determinación de un plazo concreto es solo el límite objetivo de carácter temporal de duración de la investigación. En consecuencia, es posible si el fiscal considera que ya no tiene otras diligencias que realizar las de por concluidas antes del vencimiento del plazo.

En todo caso, a los efectos de la razonabilidad del plazo de la investigación se ha de tener presente dos baremos: 1) que el fiscal pueda alcanzar los objetivos previstos en el art. 321.1 NCPP; y, 2) que los derechos del imputado –incluso de las demás partes procesales– no sean afectadas irrazonablemente [PEÑA CABRERA-FREYRE]. El Tribunal Constitucional, por lo demás, ha señalado los criterios que, en su día, el TEDH fijó: 1. gravedad y clase o naturaleza del delito imputado; 2. características del hecho objeto de investigación; 3. dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento; y, 4. actitud del fiscal y del encausado, esto es, diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado (STC 7624-2005-PAC/TC).

### 4. La intervención del juez de la investigación preparatoria

Si vencido el plazo respectivo el fiscal no dicta la providencia de conclusión de la investigación, entonces cualquiera de las partes, motivadamente, puede instar su cierre ante el juez de la investigación preparatoria. El juez, a estos efectos, luego de cumplir el trámite previsto en el apdo. 2 del art. 8 NCPP: recabar información al fiscal acerca de los sujetos procesales personales, y formular el

juicio de admisibilidad correspondiente, citará al Fiscal y a las demás partes a una “audiencia de control del plazo”. El fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal (art. 8.3 NCPP). Escuchadas las partes, por su orden, y revisadas las actuaciones fiscales, el juez de la investigación preparatoria dictará el auto correspondiente.

El juez puede estimar o desestimar, motivadamente, la solicitud de las partes privadas. Si estima la petición ordenará al fiscal que en el plazo de diez días se pronuncie formulando acusación o solicitando el sobreseimiento. El incumplimiento del fiscal a cumplir el mandato judicial acarrea responsabilidad disciplinaria: es un plazo impropio, que no determina caducidad alguna. La Ley no se ha puesto en el caso de una persistencia en el incumplimiento; no tiene, como el modelo chileno, la posibilidad de dictar el sobreseimiento de la causa.



# **LECCIÓN DÉCIMA TERCERA**

## **LA ETAPA INTERMEDIA**

### **I. ASPECTOS GENERALES**

#### **1. Concepto**

Descriptivamente, la etapa intermedia está referida a la serie de actuaciones procesales que tienen lugar desde que concluye la investigación preparatoria hasta la emisión del auto de citación a juicio (arts. 343.1 y 345 NCPP). Su base legal se encuentran en la providencia de conclusión: art. 343.1 NCPP o, en su defecto, en el auto de conclusión: art. 343.3 NCPP.

Puede definirse como aquella etapa en la que tras el examen de los resultados de la investigación preparatoria se decide sobre la denegación o el reconocimiento de la pretensión penal mediante un examen de sus presupuestos materiales y procesales, ordenando en consecuencia la apertura del juicio o el sobreseimiento de la causa.

Desde el punto de vista procedimental la etapa intermedia es bifronte, pues mira, de un lado, a la investigación preparatoria, para resolver su correcta clausura o el archivo de la causa (arts. 345.2, 346.5, 346.1, 347.2 y 352.4 NCPP), y de otro, a la etapa de enjuiciamiento, determinando su desarrollo (art. 353 NCPP). Tiene autonomía propia.

#### **2. Resultado**

La etapa intermedia constituye un enjuiciamiento de los resultados de la etapa de investigación preparatoria. De manera unánime, se le atribuyen dos funciones: por un lado, la revisión e integración del material instructorio o investigativo y, de otro lado, el control de los presupuestos de apertura del juicio oral [ORMAZABAL SÁNCHEZ]. En este sentido, se destacan dos fases importantes en la etapa intermedia.

- A. Si alguno de estos juicios obtiene un resultado negativo, si lo efectuado no pone de manifiesto la existencia de un delito o lo incorporado no justifica el ejercicio de la pretensión penal, determina el sobreseimiento del proceso o la

remisión de las actuaciones para que se completen debidamente; esto es, se incoe una investigación suplementaria: art. 346.1 y 5 NCPP.

- B.** En la etapa intermedia se manifiesta el ejercicio de la acusación. Implica, por una parte, la decisión de si hay elementos de convicción suficientes para entender fundada la pretensión penal con arreglo a lo esclarecido y aportado en la investigación preparatoria o no; y, por otra, si con arreglo a aquel, resulta fundado ejercitar la pretensión penal, debiendo abrirse el juicio oral, o por el contrario, sobreseer o remitir la causa para recabar los elementos necesarios para el citado ejercicio: arts. 353 y 352.4 *a contrario sensu* NCPP.

La parte acusadora decide, en un primer momento, y a partir de la investigación preparatoria, si mantiene o no los cargos; y el juez de la investigación preparatoria resuelve si reconoce o no el poder de acusar en el caso concreto.

### 3. Funciones

Está sujeta a dos grandes funciones: principal y secundaria o accesoria.

#### 3.1. Función principal

Su objeto es el examen de la fundamentación fáctica y jurídica del requerimiento fiscal y de los presupuestos de admisibilidad del juicio oral; revisa, por tanto, el material instructorio. Está destinada a decidir si debe enjuiciarse a una persona y, en su caso, sobreseer la causa. Realiza un control negativo de la acusación, de carácter material. Se trata de que los intervinientes tomen conocimiento recíproco de las pretensiones jurídicas que se harán valer en el juicio y su sustento probatorio, de esa forma se permite que la defensa se prepare con la antelación suficiente para el inicio de un juicio, de ser la pretensión acusatoria la del representante del Ministerio Público [CÉSAR SAN MARTÍN]. En este caso decide si la acusación parece fundada o verosímil –que sea suficiente o probable–, de manera que pueda tenerse por probable la imposición de una pena. Este enjuiciamiento condiciona el reconocimiento pleno de la pretensión y la consiguiente incoación del juicio oral. La concurrencia de dichos presupuestos materiales o de fundamentación material se identifica, a su vez, con la inexistencia de los motivos determinantes del sobreseimiento (art. 344.2 NCPP).

En consecuencia, la etapa intermedia cumple dos funciones, positivas o negativas, según el caso. Estas conducen al auto de sobreseimiento (art. 347 NCPP) o al auto de enjuiciamiento (art. 353 NCPP). Tanto el enjuiciamiento

como el sobreseimiento aparecen como el correlato procedimental de dicho reconocimiento o denegación.

### 3.2. Función secundaria o accesoria

Es una función contingente, de integración y revisión del material investigativo. Las bases para decidir son las actuaciones de la investigación preparatoria. Si estas resultan insuficientes o defectuosas para resolver, el juez de la investigación preparatoria puede ordenar una investigación suplementaria (art. 346.5 NCPP). De igual forma, se asigna una función revisora consistente en la depuración de vicios o irregularidades en que hayan podido incurrir las diligencias instructoras como, por ejemplo, en el caso de que el Ministerio Público hubiera formalizado acusación penal omitiendo incorporar un requisito de procedibilidad [ORMAZABAL SÁNCHEZ].

Esta función conducirá, en su día, tanto a la corrección de la acusación (art. 350.2 y 350.1a NCPP) como a la definición de los medios de defensa (art. 350.1b NCPP).

## 4. Características

Son cuatro. La base es que el juez de la investigación preparatoria tiene el señorío del procedimiento intermedio.

- A. La competencia corresponde al juez de la investigación preparatoria, quien tiene el control de la etapa intermedia.
- B. Rige el contradictorio, igualdad de armas y oralidad. Todas las partes debaten los resultados de la investigación preparatoria. No se actúan pruebas.
- C. El acto judicial central es la audiencia de control del sobreseimiento o la audiencia preliminar de control de la acusación. La audiencia es el espacio procesal para el debate de los resultados de la investigación preparatoria.
- D. Se decide la procedencia del juicio oral y se concreta su objeto, así como se define y depuran los obstáculos formales a su realización, imprescindibles para dictar una sentencia válida y eficaz [ASENCIO].

## 5. Sistema adoptado

El sistema legal seguido es el de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El juez de la investigación preparatoria realiza un control de legali-

dad: verifica la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan el ejercicio del requerimiento fiscal, como también las pruebas que habrán de ser incorporadas en el juicio oral y, además, se hará el saneamiento del proceso. En orden a la acusación es, básicamente, un control negativo: que esta tenga un fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena. De otro lado, delimita el objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos. Finalmente, se purifica y sana el proceso, pues las excepciones, cuestiones previas u otros medios de defensa se resuelven en ese momento, dejando de esta forma que el proceso se depure y se centre en su objeto: demostrar la responsabilidad penal o no del imputado.

La intervención judicial constituye un requisito de orden constitucional para la protección del acusado ante juicios orales injustificados, así para afirmar la garantía de tutela jurisdiccional efectiva de las demás partes procesales. Esta concepción parte de distinguir entre el derecho de acusar y el derecho de penar del Estado. Una cosa es que la existencia del juicio oral se condicione a la existencia de una acusación, y otra, que el ejercicio de la acusación se presente como un derecho incondicional y abstracto, desvinculado de la verosimilitud de los hechos objeto de la acusación, del examen de su tipicidad y de la responsabilidad del sujeto a cuyo cargo se ponen.

Sin embargo, existe también una corriente crítica respecto al valor del procedimiento intermedio en los casos de que el proceso sea llevado a la fase de juicio oral, pues –se señala– que el órgano jurisdiccional llega al juicio oral con prejuicios debido a que en el auto de apertura del juicio ha declarado que existen suficientes elementos de la vinculación del acusado con el hecho supuestamente cometido; razón por la cual se busca eliminar la etapa intermedia [ROXIN]. Contra esta crítica, debe resaltarse que la etapa intermedia da un valor importante al ejercicio del derecho de defensa del acusado en la medida en que puede cuestionar –de forma sustancial y formal– la acusación, rechazar las pruebas presentadas por el fiscal, presentar excepciones o cuestiones previas, entre otros; y, de este modo, evitar un juicio inútil y la denominada “pena de banquillo”.

Igualmente se discute si el control que realiza el juez de la investigación preparatoria puede ser solo a instancia de parte, en tanto en cuanto exista oposición o una moción concreta de alguna de las partes personadas; o si, también, puede realizarse de oficio. El problema se suscita, primero, porque un paso ineludible, emitido el requerimiento fiscal, de sobreseimiento o acusatorio, es que se corra traslado de la oposición del fiscal a las copartes y contrapartes, las que tienen un plazo de diez días para pronunciarse al respecto; y, segundo, porque la audien-

cia de control o preliminar supone un debate contradictorio efectivo, lo que no tendría razón de ser ante la ausencia de una solicitud disímil o contraria al requerimiento fiscal, aunque la propia norma –en el caso de sobreseimiento– no obliga a la presencia del abogado defensor de las partes y, en ambos casos, no se dispone taxativamente que el juez de oficio puede decidir si dicta el auto de sobreseimiento o de enjuiciamiento.

Quienes se inclinan por un control necesario del requerimiento fiscal, en atención al interés superior en juego como consecuencia de la aplicación del derecho penal, no dudarían en admitir la imprescindibilidad del examen de oficio de los presupuestos jurídicos determinantes del sobreseimiento o de la acusación, al punto de enfatizar que no se vulnera el principio acusatorio porque se trata de examinar desde los exclusivos presupuesto legales que rigen la acusación y el sobreseimiento, taxativamente establecidos y sin variar la causa de pedir y la petición, si el requerimiento fiscal se adecua a la ley –otro tema es, sin duda, la intensidad del control, común en todo caso a la potestad de oficio o rogatoria–; y, tampoco se infringe el principio de imparcialidad, porque el juez que realiza este control es distinto del juez del juicio.

Desde la otra perspectiva se dirá que la propia lógica de la actuación del juez, como tercero suprapartes, quien no intervino de oficio en la etapa de investigación preparatoria, niega que *motu proprio* pueda examinar el requerimiento fiscal sin una base de contradicción representada por alguna oposición de las partes interesadas. Si insta el control jerárquico o dispone se complete el material instructorio –distinto es el caso del control de los presupuestos procesales cuyo análisis debe hacerlo de oficio– ya estaría asumiendo la posición de una de las partes con lesión de su intrínseca imparcialidad. Pronunciarse acerca del mérito de la investigación solo es de competencia del Ministerio Público; y, cuando media oposición de parte, el control solo se circunscribe a la fiscalización de la legalidad del requerimiento fiscal: presupuestos y requisitos del acto procesal en cuestión [ASENCIO. STSE de 23-03-10].

Obviamente una línea más acorde con el principio de igualdad de armas y con el escrupuloso respeto al principio de contradicción, a tono con el NCPP, será a su vez aceptar el principio de rogación. En ese caso y aun en el control de oficio, no es posible que el órgano jurisdiccional realice un juicio sustitutorio del resultado de las diligencias de investigación realizado por el Ministerio Público –que es un órgano autónomo de derecho constitucional y titular del ejercicio de la acción penal, que los demás ha tenido el señorío de la investigación– para decidir el sobreseimiento o el enjuiciamiento. Solo le corresponde comprobar que

el requerimiento fiscal se acomoda a las normas reguladoras de dichas instituciones procesales.

## 6. Fases

Son dos: escrita y oral.

A. *Escrita.* Tiene lugar desde la presentación del requerimiento fiscal hasta la apertura de la audiencia. Se discute si el plazo para la emisión del requerimiento es de 10 o 15 días, vista la antinomia normativa existente: arts. 343.3 y 344.1 NCPP. La fase escrita está destinada a fijar el marco de la discusión que se realizará verbalmente en la audiencia, cuya base son las actuaciones de la investigación preparatoria, acopiadas en el expediente fiscal. Consta de tres pasos: 1. Traslados. 2. Mociones de las partes. 3. Citación a la audiencia.

B. *Oral.* Se inicia con la celebración de la audiencia y concluye con la resolución final respectiva. Constituye el hito central de la etapa intermedia, pues en ella se cumplen, de modo oral y contradictorio, las funciones asignadas a la misma. Se fija, definitivamente, los hechos y las pruebas sobre las que versará el juicio oral y recaerá la sentencia. Rigen los principios procedimentales de oralidad e inmediación. El desarrollo de la audiencia es íntegramente oral. No se admiten escritos durante su desarrollo, y debe contar con la presencia ininterrumpida del juez de la investigación preparatoria, del fiscal, de las partes y la defensa (art. 351°.1 y 2 NCPP). Garantiza el principio de inmediación la presencia de las partes —en especial del fiscal—, que se erige en un requisito de validez de la audiencia.

También rige el principio de concentración, pues en la audiencia deben debatirse todas las cuestiones e incidentes planteados por las partes.

Rige, además, las demás reglas, en lo pertinente, de la audiencia, tales como el régimen de continuidad.

La audiencia no es probatoria. Por tanto, no se actúan pruebas.

## 7. Procedimiento

A. El fiscal tiene quince días para formular su requerimiento (art. 344.1 NCPP). El requerimiento se envía al juez de la investigación preparatoria con el expediente fiscal. Son dos los posibles sentidos

del requerimiento fiscal: formular acusación, siempre que exista base suficiente para hacerlo: art. 344.1 NCPP, o solicitar el sobreseimiento: art. 344.2 NCPP.

- B. Traslado a las partes personadas. El plazo para la presentación de mociones es de diez días: arts. 345.2 y 350.1 NCPP.
- C. Celebración de la audiencia preliminar, que puede ser:
  - i. De control del requerimiento de sobreseimiento: art. 345.3 NCPP.
  - ii. De control de la acusación: art. 350.1 NCPP.
- D. Resolución del juez de la investigación preparatoria. Dictará auto de sobreseimiento (art. 347° NCPP) o auto de enjuiciamiento (art. 353 NCPP).
- E. Auto de citación a juicio por el juez penal: art. 355 NCPP.

## II. EL SOBRESEIMIENTO

### 1. Concepto

El auto de sobreseimiento es una resolución jurisdiccional definitiva, emanada del juez de la investigación preparatoria, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada, es decir, tiene el mismo alcance que una sentencia absolutoria [GIMENO].

### 2. Notas esenciales

Son cinco.

- A. Pone fin al procedimiento penal.
- B. Reviste la forma de auto (art. 347 NCPP). Como incide en el derecho a la tutela jurisdiccional (o derecho a obtener una resolución definitiva fundada en derecho), ha de obligar a una minuciosa fundamentación que plasme los elementos de convicción en torno a la ausencia del o de los presupuestos que impiden la apertura del juicio oral. Esta resolución niega anticipadamente el derecho de penar del Estado y tiene los mismos efectos que una absolución.
- C. Debe identificarse a la persona o personas a favor de quien se dicta el auto, enumerando las razones que determinan la resolución.

- D. El órgano jurisdiccional competente es el juez de la investigación preparatoria.
- E. Tiene carácter definitivo y genera cosa juzgada: art. 347.2 NCPP.

### 3. Clases de sobreseimiento

Es de aplicación el art. 348.1 y 2 NCPP. El sobreseimiento, atendiendo a los sujetos implicados en la causa, es de dos clases.

- A. *Total*. Comprende a todos los encausados y por todos los delitos. Es genérico, lo que es una opción propia del *litis consorcio necesario*. Por su mérito se archiva definitivamente el proceso y se deja sin efecto todo tipo de medidas provisionales o cautelares.
- B. *Parcial*. Solo se circunscribe a algún delito o algún imputado. Contra los demás imputados continúa la causa.

### 4. Efectos

Según el art. 347.2 NCPP, el sobreseimiento tiene carácter definitivo y genera cosa juzgada, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada (STSE de 07-07-00). El sobreseimiento firme produce efectos procesales y sustanciales (STCE 40/1988). La irrevocabilidad importa que ya no sea posible sustituirlo o reformarlo reabriendo el proceso aun cuando cambien las circunstancias o surjan nuevas pruebas sobre el hecho. Allí radica su diferencia con la resolución de archivo emitida por el fiscal, en tanto este último no causa estado, pudiendo ser reabierta cuando surjan nuevos elementos o circunstancias nuevas que demuestren que las causales por las que se dictó el archivo han desaparecido o han variado.

A diferencia del CPP 1940, el NCPP ha desterrado la posibilidad de invocar el sobreseimiento provisional, aquel en el cual está comprobada la existencia de delito, pero no la responsabilidad del imputado; razón por la cual se archivaba provisionalmente el proceso. EL NCPP renuncia a este tipo de sobreseimiento, no lo regula y ello es así porque el auto de sobreseimiento tiene carácter definitivo [DEL RÍO].

La motivación es especialmente exigible. Se archiva la causa, se levantan las medidas coercitivas, y se da libertad al imputado pese a la impugnación en trámite.

En el sobreseimiento parcial se enjuicia a los demás no comprendidos por el sobreseimiento; con los sobreseídos se procede de igual modo que con el sobreseimiento total.



## 5. Recursos

El sobreseimiento es apelable con efecto suspensivo: arts. 347.3 y 416.1b NCPP. Es posible, además, el efecto diferido, en los supuestos del art. 410 NCPP.

## 6. Presupuestos

### 6.1. Enumeración

Son cinco: **1.** Falta de elemento fáctico. **2.** Falta de elemento jurídico. **3.** Falta de elemento personal —en estos casos, se entenderá que se evidenció a lo largo de la investigación preparatoria la inexistencia de los presuntos indicios anunciados en la disposición fiscal de inculpación formal (se procesó indebidamente) o bien, que si los hubo, actos de investigación posteriores los desvirtuaron; en rigor, ausencia absoluta de indicios de criminalidad—. **4.** Falta de presupuestos procesales. **5.** Falta de elementos de convicción suficiente.

### 6.2. Elementos constitutivos

- A. **Falta de elemento fáctico.** Cuando no aparece ninguna sospecha fundada o indicios razonables sobre la realización del hecho: art. 344.2a NCPP. El juez de la investigación preparatoria debe tener la absoluta convicción que el hecho que dio origen a la formación de la investigación preparatoria nunca existió en realidad. Es un juicio exclusivamente fáctico, y razona sin ninguna duda que el hecho no ha existido (Sentencia C-920 de 2007). Debe distinguirse del supuesto de falta de atipicidad de la conducta [BERNAL].
- B. **Falta de elemento jurídico.** Cuando el hecho realmente existente, según los recaudos de la investigación preparatoria, es atípico, concurre en su comisión —atento a los elementos de convicción que obran en autos— una causa de justificación o no se acredita el cumplimiento de una condición objetiva de punibilidad: art. 344.2b NCPP o existe falta de tipicidad subjetiva (Sala de Casación Penal de Colombia, de 01-07-09) [BERNAL] o causas de exclusión de la punibilidad. Según la STSE de 07-07-00 se exige que las causas de atipicidad, justificación e inculpabilidad se deduzcan nítida, rotunda y diáfana del material instructorio para que el juez acuerde el sobreseimiento.
- C. **Falta de elemento personal.** Se presentan dos supuestos: **A.** Concurrencia acreditada de una causa de inculpabilidad o presencia de una excusa

absolutoria: art. 344.2b NCPP. **B.** Falta del sujeto a quien atribuir la comisión del hecho o falta de participación del imputado en los hechos: art. 344.2a último extremo NCPP. También se exige acreditación indubitable de ambos supuestos.

- D.** Falta de presupuestos procesales. Se refiere a las causales de extinción de la acción penal. Se comprueba la existencia de un impedimento procesal. Las causales de extinción están previstas en el art. 78 CP. Rige el art. 344.2c NCPP.
- E.** Falta de elementos de convicción suficientes. Ya no solo se trata de sobreeser la causa cuando existen elementos de convicción que niegan el hecho, la antijuricidad penal, la imputación personal o la intervención del imputado en el hecho punible, que son materia de las tres primeras causales, sino también cuando los cargos, en general, no se sustentan en elementos de convicción suficientes y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos y hechos en el juicio oral (prognosis necesaria). Existen o subsisten, entonces, determinados indicios, pero en sí mismos insuficientes y, además, sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatorios, todo lo cual debe razonarse en el auto que lo acuerde. La imposibilidad de conseguir prueba recae tanto sobre la existencia del hecho cuanto respecto a la vinculación del mismo con el imputado.
- De lo expuesto resulta que lo que determina que la causa pueda decidirse en la etapa intermedia, o bien deba dilucidarse en la etapa de enjuiciamiento, es precisamente la dificultad probatoria que encierra, lo que depende de las circunstancias del caso concreto [NIEVA].

## 7. Audiencia preliminar de control del requerimiento de sobreseimiento

La audiencia preliminar (art. 345.3 NCPP) plasma el principio procedimental de oralidad y concentra la actividad de las partes en la que se debate la procedencia del archivo de las actuaciones. Tres pasos previos deben tener lugar para su realización.

- A.** El fiscal emite el requerimiento de sobreseimiento y lo acompaña con el expediente fiscal que ha formado como consecuencia de la investigación preparatoria a su cargo. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de traslado a las partes procesales para que se pronuncien sobre su mérito en el plazo de diez días. A diferencia de lo que sucede con la acusación, el NCPP no ha previsto un control formal del requerimiento

de sobreseimiento pues no existe una norma específica que permita al juez penal devolver los actuados al fiscal para que subsane algún error cometido. La razón de ello respondería a que los “errores” en los que pueda incurrir el fiscal van a poder ser subsanados en la propia resolución de sobreseimiento o, en su caso, pueden ser corregidos por el fiscal superior si es que solicita la rectificación, luego del seguir el procedimiento para forzar la acusación [DEL RÍO].

**B.** El art. 345.2 NCPP autoriza a las partes contrarias –en este caso a las acusadoras privadas, esto es, al actor civil o social, en su caso– a formular por escrito oposición al sobreseimiento. Dos modalidades pueden tener la oposición:

- i. Solicitar la realización de una investigación suplementaria para la actuación de actos de investigación adicionales que se consideren procedentes.
- ii. Solicitar que, en vía de control jerárquico, se eleve la causa al fiscal superior en grado.

La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, debe fundamentarse.

**C.** Vencido el plazo del traslado, con la presentación de escritos de oposición o de apoyo al sobreseimiento solicitado por el fiscal, el juez de la investigación preparatoria emitirá la resolución de citación para la realización de la audiencia preparatoria.

La audiencia preliminar tiene por objeto el debate de los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento y decidir sobre la oposición. Se instala con las partes que asistan. La inasistencia de ellas, o de alguna de ellas, no impide la continuación de la audiencia. Con esta finalidad se escucha por su orden a las partes presentes. Rigen en lo pertinente los arts. 89.3 y 386 NCPP, por lo que expondrán, según este orden: fiscal, actor civil, tercero civil, persona jurídica, abogado del acusado, y acusado.

## **8: Decisión del juez de la investigación preparatoria**

Realizada la audiencia, y en el plazo de tres días –existe una antinomia pues el art. 346.1 NCPP fija el plazo en quince días, mientras el art. 345.3 NCPP estipula que el plazo es de tres días, la cual se resuelve en aras de consolidar la oralidad y la necesidad de su fundamento epistemológico: memoria del juez para resolver con mayor conocimiento de causa, a favor del último plazo, mucho más breve–, el juez de la investigación preparatoria dictará la resolución que corresponda, en función al requerimiento fiscal. La existencia de una oposición en for-

ma –según la posición que se ha negado– no condiciona la opción que debe asumir el órgano jurisdiccional, pues con o sin ella puede optar por alguna alternativa legalmente prevista, en tanto en cuanto se trata de hacer efectivo el control judicial de la actividad investigadora del fiscal en aras del principio de legalidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Tres son las alternativas del juez: **A.** Dictar el auto de sobreseimiento, si considera fundado el requerimiento fiscal. **B.** Emitir el auto de elevación de la causa al fiscal superior para instar la acusación, si consideran que existen ‘sospechas suficientes’ respecto del hecho delictivo y de la intervención en él del imputado. **C.** Proferir el auto de formación de la investigación suplementaria si estima que la investigación preparatoria no está completa –indicará el plazo y las diligencias que deben realizarse–.

- A.** El auto de sobreseimiento está sujeto a determinados requisitos formales, establecidos en el art. 347 NCPP. Así, debe indicar los datos personales del imputado, exponer los hechos objeto de investigación, señalar los fundamentos de hecho –análisis de los elementos de convicción– y de derecho –precisión y alcance de las reglas jurídicas correspondientes–, así como en su parte resolutive estipular los efectos del sobreseimiento (definitividad, levantamiento de medidas de coerción). Los presupuestos materiales del auto de sobreseimiento ya han sido abordados.
- B.** El auto de elevación al fiscal superior jerárquico se emite cuando el juez de la investigación preparatoria conceptúe improcedente el requerimiento de sobreseimiento y estime que la investigación preparatoria reúne material instructorio suficiente para un pronunciamiento incriminador. La vigencia del principio de jerarquía junto al de legalidad en las funciones del Ministerio Público permite esta posibilidad. Es, en todo caso, una actuación judicial excepcional que no deroga el principio acusatorio, pues solo pretende la mejor realización de la justicia y reconoce la exclusividad de la decisión del Ministerio Público como órgano constitucional que tiene el monopolio de la persecución de los delitos públicos, sin mermas de la garantía de defensa procesal –otra posición, como se anotó, es censurar esta posibilidad, siempre excepcional, por vulnerar la exigencia de imparcialidad y lesionar el acusatorio–. Esta resolución es irrecurrible.
- El art. 346.2 NCPP estatuye que el fiscal superior emitirá pronunciamiento en el plazo de diez días, con cuya decisión culmina el

trámite. Los apdos. 3 y 4 del citado artículo fijan las dos opciones del fiscal superior: (i) si no está de acuerdo con el requerimiento del fiscal inferior, ordenará que otro fiscal formule acusación; y (ii) si está de acuerdo con el requerimiento del fiscal inferior, lo ratificará, en cuyo caso, por imperio del principio acusatorio, el juez de la investigación preparatoria dictará, sin trámite alguno, el auto de sobreseimiento.

- C. El auto de formación de investigación suplementaria se dicta cuando el juez de la investigación preparatoria considera que la investigación está incompleta y faltan actuaciones indispensables para un pronunciamiento definitivo. La decisión judicial debe indicar el plazo y los actos de investigación que deben realizarse. Cumplido el plazo suplementario, no procede oposición por esta causal ni la concesión de un nuevo plazo. Desde luego, cabrá oposición y la invocación de elevación de los actuados al fiscal superior en busca del control jerárquico, pues la prohibición debe entenderse a la reiteración de la prolongación de las actuaciones, es decir, a la posibilidad de dilación indebida del procedimiento preparatorio. Esta resolución es irrecurrible.

### III. LA ACUSACIÓN FISCAL

#### 1. Concepto

Es un acto de postulación del Ministerio Público mediante el cual fundamenta y deduce la pretensión punitiva y, en su caso, la de su resarcimiento. Es de definida naturaleza pública.

La pretensión punitiva, a su vez, es una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una pena o medida de seguridad y/o consecuencia accesoria a una persona por la comisión del hecho punible que se afirma que ha cometido.

De otro lado, el ejercicio de la pretensión acusatoria del fiscal permite que el derecho de defensa del imputado se garantice al poder conocer las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan el requerimiento del fiscal.

La acusación tiene dos momentos:

- A. *Acusación escrita.* Antes del desarrollo del juicio oral —tiene el carácter de provisional, lo que significa que puede ser modificada tras el resultado del juicio oral— (art. 349.1 NCPP).

- B. *Acusación oral.* Después de la práctica de la prueba, en el juicio oral –tiene el carácter de definitiva, y es la que establece la correlación entre acusación y sentencia– (art. 387.1-3 NCPP).

## 2. Contenido

La acusación fiscal tiene un contenido complejo. Está indicado en el art. 349 NCPP y ha sido desarrollado por el Acuerdo Plenario n.º 6-2009/CJ-116. Se extiende tanto a los hechos o fundamentación fáctica, a su calificación jurídica o fundamentación jurídico penal –causa de pedir–, como a la pena y, en su caso, a la pretensión civil –petición–. También comprende la proposición de prueba (anticipada o no). La acusación escrita debe ser concreta y precisa. El fiscal, además, debe tener en cuenta las líneas de defensa que puede hacer valer el acusado, de tal forma que el acusador debe efectuar, inclusive, una valoración anticipada de la eventual decisión que tome en su día el órgano jurisdiccional [CUADRADO SALINAS]. En aras del cumplimiento del principio de contradicción y del derecho al conocimiento de los cargos –derecho presupuesto de la garantía de defensa procesal–, se prohíbe las acusaciones vagas e insuficientes que producirían indefensión (STC 6167-2005-PHC/TC, FJ 30).

- A. La fundamentación fáctica comprende los hechos que resulten de la investigación preparatoria y los que constituyen circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes incompletas. Este elemento objetivo –hecho natural o histórico en relación con el bien jurídico protegido–, junto con la individualización del imputado (delimitación subjetiva) –la referencia al acusado se ha de hacer con referencia a su grado de participación en los hechos, si su responsabilidad penal deriva de ser autor o partícipe del delito–, constituyen el objeto del proceso penal. El relato fáctico ha de ser completo, aunque no necesariamente exhaustivo, en tanto consten en las actuaciones, respecto de la cual la acusación ha de referirse con suficiente claridad. La base es la Disposición de Formalización, aunque no su límite absoluto –la pretensión no queda fijada en la mencionada Disposición–. Rige el art. 349.1a-d NCPP. No solo se trata de un detalle de hechos, sino también de una referencia a los actos de investigación actuados, que justifiquen los cargos objeto de acusación.
- B. La fundamentación jurídico penal exige que el fiscal determine el tipo legal aplicable y defina en su más amplio sentido el marco jurídico

penal respectivo: delito, grado de ejecución, forma de autoría o participación, y circunstancias modificativas de la responsabilidad – incluye las eximencias incompletas–. Esta, como se ha insistido, afecta la garantía de defensa –en concreto, el derecho presupuesto a conocer los cargos– pero el título acusatorio no integra el principio acusatorio –el título es esencial para la acusación pero no identifica el objeto procesal ni es vinculante al órgano jurisdiccional–. La acusación fiscal permite una calificación o tipificación alternativa o subsidiaria –en rigor, subordinada–, de suerte que en el relato fáctico de la acusación se indiquen las circunstancias de hecho que permiten calificar la conducta en un tipo legal distinto en caso estas no resultan probadas en el juicio. En consecuencia, el art. 349.3 NCPP autoriza la introducción de una pretensión subordinada, cuyas exigencias formales o régimen jurídico dice del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal del imputado.

- C. La petición implica requerir la sanción penal, con cita del artículo invocado y la pena o medida de seguridad precisa, y la reparación civil, salvo en este caso que la víctima promovió la acción civil o se reservó el derecho de hacerlo en un proceso civil. La petición vincula relativamente al Tribunal, pues no podrá imponer una pena superior a la requerida por el fiscal, salvo que la pena instada sea ilegal. Distinto es el caso de la reparación civil, pues está informada por el principio dispositivo.
- D. El ofrecimiento de medios de prueba, a cuyo efecto presentará la lista de testigos y peritos, con indicación de su identificación y los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones y exposiciones. Está autorizado a proponer otros medios de prueba, para lo cual debe hacer una reseña de ellos.
- E. La indicación de las medidas de coerción subsistentes y la solicitud de variación o de imposición de otras.

### **3. Audiencia preliminar de control de la acusación**

#### **3.1. Objeto**

La audiencia preliminar (art. 351.3 NCPP) plasma, asimismo, los principios de oralidad y concentración. En ella se debate oralmente, en presencia del juez de la investigación preparatoria, “la procedencia o admisibilidad de cada una

de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida” (art. 351.3 NCPP). Esto es, concentra el control, formal y material, que el órgano judicial debe realizar del requerimiento acusatorio, a la vez que discute sobre la procedencia de las pruebas y demás medios de defensa que las partes puedan proponer, para viabilizar el juicio oral o, en su caso, impedir su desarrollo.

### 3.2. Pasos previos

Tres pasos previos deben tener lugar para la realización de la audiencia de control de la acusación.

- A. El fiscal emite la acusación y la acompaña con el expediente fiscal que ha formado como consecuencia de la investigación preparatoria a su cargo. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de traslado a las partes procesales para que se pronuncien sobre su mérito en el plazo de diez días (art. 350.1 NCPP).
- B. El citado art. 350.1 NCPP autoriza a las partes procesales, cada una desde su propia perspectiva y legitimación, siempre motivadamente, ocho cuestiones o mociones específicas. Se pueden proponer conjunta o separadamente, pero siempre hasta antes del vencimiento del plazo. Los escritos o mociones pueden referirse a los siguientes ámbitos: **1.** Observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección. **2.** Deducir medios de defensa no planteados o fundados en hechos nuevos, tales como cuestiones previas o excepciones. **3.** Solicitar la imposición o revocación de una medida coercitiva o la actuación de prueba anticipada. **4.** Pedir el sobreseimiento. **5.** Instar la aplicación de un criterio de oportunidad —se entiende los supuestos previstos en el art. 2 NCPP, que requieren la conformidad del fiscal durante la etapa preliminar—. **6.** Ofrecer pruebas, presentar documentos o indicar el lugar donde se hallan. **7.** Objetar la reparación y ofrecer la prueba pertinente. **8.** Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio. Se discute si procede proponer la exclusión probatoria, punto no aceptado expresamente en el NCPP —si en otras latitudes—.
- C. Vencido el plazo del traslado, con la presentación de las mociones escritas que comprenderán los ámbitos ya definidos, el juez de la investigación preparatoria emitirá la resolución de citación para la realización de la audiencia preliminar. Esta debe fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días.



### 3.3. Características

Son las siguientes:

- A. Es dirigida por el juez de la investigación preparatoria y tiene por objeto el debate de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.
- B. Se instala con la obligatoria presencia del fiscal y el defensor del acusado (la ausencia del defensor importa su reemplazo inmediato para la realización de una audiencia propiamente contradictoria).
- C. Rige plenamente el principio de oralidad, no se aceptan escritos.
- D. No es una audiencia de pruebas –salvo la actuación de prueba anticipada– ni se pueden actuar diligencias de investigación. Solo está autorizada la presentación de prueba documental, circunscrita a la decisión de alguno de los extremos de las mociones planteadas. La regla es que la audiencia preliminar no puede transformarse en un juicio oral anticipado.
- E. El juez de la investigación preparatoria resuelve sobre la base de un juicio de probabilidad en función a las actuaciones de la investigación preparatoria y los fundamentos de hecho expuestos por las partes.
- F. Se constituye como una garantía del imputado en la medida que el control permite liberarlo de ser sometido a un juicio basado en una acusación carente de fundamento o sin mínima prueba de respaldo [ORMAZABAL SÁNCHEZ].

### 3.4. Desarrollo

Es el siguiente: Exponen, en ese orden, el fiscal, la defensa del actor civil, la defensa del acusado, la defensa del tercero civil. Se permite un trámite alternativo, en cuya virtud el fiscal puede presentar un escrito de modificación, aclaración o integración de la acusación fiscal en puntos no sustanciales. Al amparo de esta disposición el fiscal no debe incluir nuevos hechos, pero respetando el principio acusatorio puede incorporar nuevas circunstancias, rectificar o corregir las que consignó inicialmente, excluir algunas, así como proponer tipificaciones alternativas o, mejor dicho, subordinadas. Además, puede modificar las peticiones de penas y/o reparación civil. Frente a la propuesta o requerimiento aclaratorio del fiscal, el juez, en el mismo acto de la audiencia, correrá traslado a las demás partes, quienes inmediatamente deben pronunciarse.

## 4. Decisiones tras la audiencia preliminar

### 4.1. Regla general

Al finalizar la intervención de las partes, el juez de la investigación Preparatoria debe resolver, en ese acto, todas las cuestiones planteadas. Si los asuntos son complejos o el tiempo ya transcurrió en exceso, diferirá la resolución de los planteamientos hasta por 48 horas improrrogables, en cuyo caso la decisión simplemente se notificará a las partes. No se requiere de una suspensión y ulterior reapertura para su lectura en audiencia. Rige el art. 352.1 NCPP.

### 4.2. Ámbitos específicos

Es de resaltar seis ámbitos específicos.

- A. En el ámbito de la función de saneamiento, si encuentra vicios formales en la acusación (art. 350.1a NCPP) y siempre que estos no puedan resolverse en el mismo acto –en cuyo caso, subsanadas que sean se procederá a un trámite de contradicción oral inmediato, luego de lo cual se expedirá la resolución de aclaración respectiva–, dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para su corrección, luego de lo cual indefectiblemente se reanudará la misma.
- B. En el ámbito de los medios de defensa técnicos: cuestiones previas, excepciones, cuestiones de competencia e, incluso, posibles nulidades (art. 350.1b NCPP). Contra este extremo procede recurso de apelación no suspensivo. Si bien el art. 352.3 NCPP prescribe que la resolución se dictará en la misma audiencia, es aplicable la regla general del apdo. 1 del mismo artículo.
- C. En el ámbito del control material –decisión sobre la procedencia del sobreseimiento o del enjuiciamiento–, el pronunciamiento del juez es en respuesta de las mociones interpuestas por las partes (art. 352.4 NCPP). El sobreseimiento, que se dictará conforme a las pautas fijadas en el art. 347 NCPP, está condicionado al cumplimiento de los requisitos del art. 344.2 NCPP, siempre que: **a)** resulten evidentes; y, **b)** no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. La desestimación del sobreseimiento instado por el imputado o el responsable civil no es recurrible.
- D. En el ámbito de las propuestas probatorias, la pauta regular es la especificidad del medio probatorio ofrecido: se debe indicar el aporte y

el punto concreto del interrogatorio, exposición o examen. Su aceptación está condicionado, primero, a que la parte solicitante indique el probable aporte que piensa obtener de él –debe constar en la solicitud probatoria o en su fundamentación oral en la audiencia–; y, segundo, a la pertinencia, conducencia y utilidad del medio probatorio ofrecido (art. 352.5 NCPP). La finalidad de esta etapa es facilitar a las partes la adquisición de las fuentes y medios de prueba que posee cada una de ellas para el correcto desarrollo del juicio oral [BERNAL].

La pertinencia significa relación lógica entre el medio y el hecho por probar. La conducencia quiere decir que la ley permita probar con ese medio el hecho por probar (condiciones del medio de prueba para que se adecue a la exigencia de validez de la actividad probatoria, idoneidad), esto es, que el hecho pueda demostrarse legalmente por el medio propuesto –este es el caso del fiscal, juez y secretario judicial, quienes son inhábiles para declarar como testigos, precisamente por haber intervenido en la causa y lo que conocen está en relación a su actuación funcional (STSE de 03-10-95)–. La utilidad importa que el medio probatorio tenga aptitud para alcanzar el fin que con él se persigue. Para el rechazo de la prueba por impertinencia, inconducencia o inutilidad, esta deberá ser evidente, lo que requiere necesariamente un juicio de certeza o de alta probabilidad al respecto, sustentado en razones de economía procesal.

La resolución que se profiera en este extremo no es recurrible, sin embargo el reexamen procede con arreglo al art. 155.4 NCPP. El reexamen es un remedio jurídico destinado a la corrección de decisiones defectuosas; es propiamente una reconvencción mediante la cual se pretende cambiar una decisión tomada, en el ámbito de la aceptación o rechazo de una prueba a través de un nuevo discurso de hecho o punto de vista jurídico, o de hechos que no han sido suficientemente considerados.

- E. En el ámbito de la prueba anticipada, la decisión del juez de la investigación preparatoria se concretará a admitirla o denegarla bajo las reglas de los arts. 242-244 NCPP. La actuación de la prueba anticipada será materia de otra audiencia, lo que no impide sin embargo dictar el auto de enjuiciamiento. La norma dice que esa audiencia “podrá dirigirla un Juez si se trata de Juzgado Penal Colegiado”. Empero, se está ante una antinomia normativa que merece una interpretación correctora: la urgencia de esa prueba y las características de la anticipación probatoria, en función a las lógicas de

funcionamiento y de configuración del procedimiento intermedio, hacen que su actuación corresponde al juez de la investigación preparatoria.

- F. En el ámbito de las convenciones probatorias, su aceptación judicial está condicionada a que el juez de la investigación preparatoria no advierta una falta de compatibilidad con las pretensiones que ha hecho valer en la audiencia preliminar, o una falta de coherencia con lo actuado en la investigación preparatoria, o una ausencia de defensa efectiva que lesione ostensible el entorno jurídico del imputado. Aceptada la convención probatoria se debe indicar los hechos específicos que se dan por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

## 5. Las convenciones probatorias

El art. 350.2 NCPP autoriza a las partes, formulada acusación fiscal, proponer tanto los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, cuanto los medios probatorios que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados, de manera que se produce una simplificación del proceso, en aras de la celeridad y economía procesal. La idea material que preside esta novísima institución es que solo se prueba los hechos controvertidos, salvo que se trate de hechos especialmente relevantes, presupuesto de los hechos no controvertidos. Por consiguiente, *hechos controvertidos* son todos aquellos hechos relevantes, rechazados de uno u otro modo por alguna de las partes, y que no han sido materia expresa de una convención probatoria, bajo el entendido que el silencio sobre un hecho no puede considerarse en caso alguno como admisión. En esta perspectiva, se acepta la limitación probatoria respecto de los *hechos admitidos* expresamente, que son aquellos en que ambas partes están de acuerdo en cuanto a su producción—, salvo que se sospeche fraude o que la ley exija una acreditación específica. Solo en este supuesto se entiende que la prueba se torna innecesaria.

La extensión de la convención probatoria es amplia: se puede aceptar el hecho principal y discutir ámbitos secundarios, así como es posible aceptar medios de prueba específicos para probar un hecho concreto, circunscribiendo de este modo la libertad de prueba, cuya tolerabilidad está en el consenso entre las partes. No puede aceptarse convenciones probatorias en torno a la responsabilidad penal por la comisión del delito [UGAZ ZEGARRA].

Los hechos secundarios —como ya se ha destacado— también podrán ser objeto de convención probatoria, pues estos van a servir como premisas de infe-

rencia cuya conclusión verse sobre el hecho principal, y de esta manera son relevantes para verificar la realización del hecho punible [UGAZ ZEGARRA].

Los acuerdos en estos ámbitos, empero, no son vinculantes al órgano jurisdiccional, en cuyo caso se requiere una decisión razonada y razonable de desestimación, de lo contrario la decisión que los desestime carecerá de efectos. La lógica para tal decisión jurisdiccional será que no puede excusarse al Estado el desarrollo de una suficiente actividad probatoria durante el juicio. Puede, en consecuencia, suceder que el juez –luego de aprobadas las convenciones probatorias– se desvincule de los hechos acordados pues durante el juicio las actuaciones de prueba terminan por desacreditar el acuerdo probatorio de las partes en el proceso.

## IV. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

### 1. Concepto

Es la resolución dictada por el juez de la investigación preparatoria que constituye un juicio positivo sobre la acusación –necesaria en virtud del principio acusatorio–, y reconoce el derecho de acusar del fiscal. Presupone la concurrencia de los presupuestos, materiales o formales, que condicionan el enjuiciamiento. Esta resolución delimita el hecho punible que será el objeto del juicio y de la sentencia, fija los medios de prueba, determina el órgano competente para el enjuiciamiento y fallo, y dispone la remisión de lo actuado al juez penal, unipersonal o colegiado. La Ley rituaría no fija un plazo para su emisión.

Esta decisión emitida por el juzgado tiene carácter de irrecurrible y definitivo. En el derecho alemán, hay adeptos a la tesis que estiman admisible la posibilidad de anular la resolución de apertura por el propio Tribunal con el fundamento de nuevas averiguaciones o noticias que han desvirtuado los indicios que sustentaron el inicio del juicio oral [ORMAZABAL SÁNCHEZ]. Esta tesis, empero, no toma en cuenta el principio de preclusión.

### 2. Efectos

Son tres:

- A. Cierra la entrada de nuevas partes acusadoras.
- B. Impide la entrada de nuevo material fáctico.
- C. Determina la publicidad del procedimiento.

### 3. Contenido

La motivación del auto de enjuiciamiento será escasa, en atención que el auto resultante de la audiencia preliminar de control de la acusación ya realizó la valoración respectiva, con indicación de las fuentes medios de investigación justificatorios y, luego, de los medios de prueba que se actuarán en el acto oral. El auto de enjuiciamiento presupone la resolución anterior (art. 353.1 NCPP); luego, es el segundo auto interlocutorio de la etapa intermedia después de producida la acusación.

El auto de enjuiciamiento, bajo sanción de nulidad, debe contener cinco extremos necesarios:

- A. Identificación de imputados y agraviados.
- B. Delito o delitos acusados, incluyendo las tipificaciones subordinadas incorporadas expresamente por el fiscal.
- C. Los medios de prueba admitidos y de las convenciones probatorias aprobadas —es una reiteración de lo ya resuelto en el auto anterior—.
- D. Indicación de las partes personas y constituidas en autos.
- E. Orden de remisión al juez penal competente.

De no haberse producido un pronunciamiento sobre las medidas coercitivas, en el auto de enjuiciamiento se pronunciará sobre su procedencia (art. 353.3 NCPP).

### 4. Remisión de actuaciones

La remisión de las actuaciones al juez penal está condicionada a la notificación de las partes (art. 354.1 NCPP), y a la actuación, si correspondiere, de la prueba anticipada, que se realiza en acto aparte. Como se anotó, la prueba anticipada la realiza el juez de la investigación preparatoria, tal como se desprende de los arts. 242.2 y 29.3 NCPP. La remisión, cumplidos esos actos procesales previos: notificación y prueba anticipada, se realiza dentro de las 48 horas (art. 354.2 NCPP).

## V. EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

Se define como la resolución que emite el juez penal competente mediante la cual señala fecha para la realización del juicio oral con indicación de la sede

del juzgamiento. Esta será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez días.

En cuanto a su contenido, debe ordenar el emplazamiento de todos los que han de concurrir al juicio (partes y órganos de prueba). Debe identificar al abogado defensor y disponer lo necesario para la continuación efectiva del acto oral. El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de inasistencia. Las partes deben coadyuvar –contribuir, asistir o ayudar a la consecución de una cosa– en la localización y comparecencia de los testigos y peritos que han propuesto.

Expedido el auto de citación a juicio, la segunda decisión que ha de tomar el juez penal –colegiado: pena del delito acusado sea en su extremo mínimo mayor de seis años, o unipersonal: los demás supuestos–, será la de formación del expediente judicial conforme al art. 136 NCPP. El contenido y trámite para la debida conformación del expediente aparecen descritos en los arts. 136 y 137 NCPP.

Si el fiscal acompaña el expediente fiscal con su acusación, es este el que se remite al juez penal. Por tanto, de oficio dispondrá se forme el expediente judicial e incorporará: los actuados relativos a la acción penal y civil, las actas de constancia probatoria, las actas de prueba anticipada, informes periciales y documentos, resoluciones dictadas durante la etapa de investigación preparatoria e intermedia con los actos de investigación y actuaciones que la sustenten. Puesto en conocimiento la decisión del juez penal y el expediente judicial, se inicia un trámite incidental de adición o exclusión de piezas procesales, que se resolverá mediante decisión inimpugnable. Las actuaciones no incorporadas serán devueltas al fiscal.

# **LECCIÓN DÉCIMA CUARTA**

## **LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO**

### **I. ASPECTOS BÁSICOS**

#### **1. Concepto**

Es el procedimiento principal –art. 356.1 NCPP–. Está constituido por el conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la celebración del juicio, que, como acto concentrado, es la máxima expresión del proceso penal. Se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso. No cabe absolución de la instancia. Como núcleo esencial del proceso penal tiene lugar la práctica de la prueba y, sobre ella y su resultado, se fundamentará la sentencia –art. 393.1 NCPP–.

#### **2. Principios**

El juicio oral se concentra en una o varias sesiones y se desarrolla bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, así como los de igualdad, aportación de parte y acusatorio.

- A.** El principio de oralidad es esencial y constituye instrumento ineludible para una correcta formación de la prueba. Las pruebas personales (testimoniales, declaración imputado y examen de los peritos) deben ser practicadas, como regla, en forma oral –garantiza la plena asunción de la información, que no permite la escritura–. Las demás pruebas (documentales y documentadas) se leen, escuchan o visualizan. El Tribunal examina por sí mismo la fuente de prueba. Pero este principio no solo se impone en la práctica de la prueba, también rige en otros principales actos que se practican en el juicio, tales como presentaciones y alegatos de las partes, y la última palabra del acusado.
- B.** El principio de contradicción, que se manifiesta fundamentalmente en la garantía de defensa procesal, asegura la existencia de una dualidad de



posiciones. La verdad se halla sobre la base de una oposición entre partes encontradas. Se expresa en la práctica de la prueba y en los alegatos; las partes exponen sus respectivas afirmaciones-defensas en el tiempo necesario y las discuten-debaten produciendo la prueba en que se sustentan. Por lo demás, el reconocimiento del derecho a la última palabra es la manifestación más clara del derecho del acusado a contradecir personalmente lo practicado en el juicio. El principio de contradicción presupone igualdad de armas: la defensa debe contar con las mismas posibilidades de actuación que la acusación, y la presencia obligatoria del imputado y su defensa, de acuerdo con el principio *auditur et altera pars*. En materia de prueba sumarial –siempre que medie irrepetibilidad y urgencia–, esta solo puede acceder al Plenario en la medida que la contradicción haya sido respetada [CALDERÓN/CHOCLÁN].

- C. El principio de inmediación afianza una formación correcta, adecuada y plena de la prueba, especialmente si esta es personal. El Tribunal observa las reacciones de los órganos de prueba, que a su vez le permite decidir con mayor fundamento de causa. Vinculado a este principio se encuentran los de concentración y de identidad física del juzgador. La inmediación, subjetivamente, permite que el juez se relacione directa y estrechamente con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo; y, objetivamente, resguarda que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendadas por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar.
- D. El principio de publicidad constituye una garantía para la sociedad que controla de este modo la justicia penal. La oralidad tiene como fin afirmar la publicidad. Protege a las partes de una justicia sustraída al control público, evitando el oscurantismo y las resoluciones arbitrarias y mantiene la confianza en los tribunales al permitir que los ciudadanos conozcan cómo se administra justicia.

### 3. Regulación legal

La Sección III, que integra el Libro Tercero del NCPP, está dedicada al juzgamiento. Consta de seis títulos con un total de 48 artículos: 356-403 NCPP. Se distribuye de la siguiente manera:

- Título I Preceptos generales (356-366): 11 artículos
- Título II Preparación del debate (367-370): 4 artículos

Título III Desarrollo del juicio (371-374):	4 artículos
Título IV Actuación probatoria (375-385):	11 artículos
Título V Alegatos finales (386-391):	6 artículos
Título VI Deliberación y sentencia (392-403):	12 artículos

## II. RÉGIMEN DEL JUICIO ORAL

El juicio oral está sometido a un régimen jurídico preestablecido, que consagra los principios que le son inherentes. Así, se tiene los regímenes de publicidad, concentración, concurrencia de los sujetos procesales, poder disciplinario, documentación, dirección, etcétera.

### 1. Régimen de la publicidad

El juicio se realiza en audiencias a las que tiene acceso el público y los medios de comunicación social, instancia que asegura el contralor del mismo en todos y cada uno de sus actos. Las garantías o condiciones apropiadas para el acceso del público y prensa deben ser proporcionadas por el Tribunal. La gente ingresará desarmada, y no podrán hacerlo los menores de 12 años, ebrios, drogados o anormales psíquicos graves. Rige el art. 357 NCPP. El principio de oralidad, pues significa que podrán conocer del proceso personas que no son parte del mismo [CALDERÓN/CHOCLÁN].

Este carácter del juicio, empero, no es absoluto. Puede declinarse si concurren otros intereses jurídicos constitucionalmente relevantes, cuya solución está en función al principio de proporcionalidad (art. 357 NCPP). Las exigencias para hacerlo son legalidad, judicialidad y restricción total o parcial, según la entidad del motivo invocado. Se requiere, por tanto, auto motivado para determinar la privacidad del juicio, total o parcialmente. Son cuatro las causales legalmente previstas para la restricción de la publicidad: **a)** afectación directa del pudor, intimidad o integridad física de un participante procesal, como puede ser el caso de un menor de edad (la STEDH, de 16-12-99, estipuló que tratándose de niños debe llevarse el juicio de forma que se redujera en la medida de lo posible la intimidación y la inhibición del interesado, por lo que no se vulnera el principio de publicidad por las medidas que restringen la publicidad a favor del menor); **b)** afectación grave del orden público o la seguridad nacional (las SSTEDH Campell y Fell de 28-08-84 y Doorson de 26-03-96, admitieron, de un lado, la celebración a puerta cerrada de presos terroristas en función al riesgo de grave alteración del orden público;

y, de otro, en la toma de declaración de testigos en habitación contigua a sala de audiencias, sin ser vistos pero sí oídos por el acusado y su defensa); c) afectación de los intereses de la justicia (secretos particulares, comerciales o industriales, o manifestación de público que turben el desarrollo del juicio); y d) previsión en una norma expresa. Una excepción absoluta al secreto del juicio se refiere al juzgamiento de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a los derechos fundamentales de las personas (art. 357.4 NCPP).

Otras medidas intermedias que el tribunal, discrecionalmente, puede utilizar son: (i) prohibición de acceso y mandato de salida de determinadas personas por afectación del orden o decoro del juicio; (ii) reducción, por disciplina, del acceso del público; y (iii) prohibición del acceso de cámaras y otras si perjudican los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes.

El tribunal, discrecionalmente, podrá imponer a los participantes procesales, deber de guardar secreto de lo sucedido en el juicio. Si desaparece la causa debe reintegrarse la publicidad y cesar el secreto.

La sentencia, a diferencia de las actuaciones del juicio, está sometida a un solo procede cuando está de por medio el interés de menores de edad (art. 357°.5 NCPP).

## 2. Régimen de la concentración

El juicio oral una vez abierto es continuo y no puede suspenderse en su trámite, por lo que las sesiones de la audiencia –si no acaban ese mismo día– deben ser cumplir al día siguiente o subsiguiente, tomando el curso de cada una, hasta su conclusión (arts. 356.2 y 360.1 NCPP). Las sesiones son continuas e ininterrumpidas; y, entre ellas, no podrán realizarse otros juicios, salvo aquellos que por su simplicidad lo permitan (art. 360.5 NCPP). La concentración, conjuntamente con la oralidad, dicen de la unidad de acto con que debe celebrarse el juicio y, técnicamente, de la pervivencia de la memoria para justificar el convencimiento judicial. Los juicios, pues, deben celebrarse en unidad de acto, mediante las sesiones consecutivas que sean necesarias para su conclusión [CALDERÓN/CHOCLÁN].

El régimen de la concentración se debe a la vigencia de la oralidad y publicidad por cuanto los jueces que intervienen, fuera de las notas que puedan llevar, retienen todo en la mente, lo mismo que las partes, por lo que se impone su intervención en el dictado de la sentencia en la aspiración de la mayor memoria de cada paso.

La ley instrumental, empero, reconoce excepciones (art. 360.2 NCPP). Son tres las causales: **a)** enfermedad de los sujetos procesales; **b)** fuerza mayor o caso fortuito –calamidad pública, fallecimiento de un participante procesal, huelga–; y **c)** cuando se establece legalmente (testigos imposibilitados de concurrir, art. 381 NCPP; retiro de los cargos por el fiscal: art. 387.4 a NCPP; acusación complementaria: art. 374.2 NCPP; poder disciplinario del Tribunal: art. 364 NCPP). El apdo. 4 del art. 360 NCPP, en el caso de testigos autoriza, de ser posible, la videoconferencia, y la declaración del testigo imposibilitado debe grabarse o tomarse nota integral de su testimonio. Otros motivos, derivados del derecho a la prueba y a la tutela, pueden ser, por ejemplo, la solicitud justificada de cambio de letrado, no haber contado con un tiempo suficiente para estructurar la defensa del caso, etcétera.

La suspensión de la audiencia es el detenimiento de la actividad procesal, la cual no podrá exceder de ocho días hábiles (art. 360.3 NCPP). Superado el impedimento, el juicio continúa al día siguiente del cese. Si dura más de ese plazo, se produce la interrupción que obliga a la reiniciación del debate. El fundamento se encuentra en la posibilidad de un error en la valoración probatoria, especialmente en la prueba personal, cuya formación depende de la inmediación y percepción directa por el tribunal; y su valoración, por cierto del recuerdo del Tribunal.

La regla establecida por el art. 360.3, último extremo, del NCPP, que dispone que, por la interrupción del acto oral, esa parte del debate queda sin efecto y debe señalarse una nueva fecha para su realización, asimismo debe ser matizada en función a la ulterior posibilidad de un error en la valoración probatoria. Señala la STSE de 07-04-00 que ello sucederá cuando se trate de pruebas cuya valoración depende de la inmediación y percepción directa por el Tribunal, como la testifical, por ejemplo, pero no es el caso de otras pruebas, como las documentales, pruebas de contenido indeleble y permanente [CALDERÓN/CHOCLÁN]. También tienen ese carácter las diligencias documentales, como por ejemplo las actas y demás documentos objeto de incautación (STSE de 29-03-99), al igual que los dictámenes periciales.

Por lo demás, es de insistir que el art. 360 NCPP tiene relación con el principio procedimental de concentración y carece por sí mismo del rango de un derecho fundamental (STSE de 29-03-99). Empero, desde la perspectiva del derecho ordinario, la vulneración del plazo legalmente previsto en orden a la suspensión del juicio, determina la nulidad del debate por imperio del art. 360.3, último extremo, NCPP, en concordancia con el art. 149 del mismo código.

La continuidad en el juicio también comprende a la sentencia. De tal forma que finalizado el debate, sin mayor interrupción o suspensión, los jueces que presenciaron el mismo deben pasar de inmediato a deliberar y votar en sesión secreta las cuestiones sometidas a decisión.

### 3. Régimen de la concurrencia de los sujetos procesales. Inmediación

La regla general es la presencia ininterrumpida en el juicio del Tribunal y de las partes. Se trata, en principio, de una obligación procesal, constitucionalmente impuesta para afirmar el contradictorio y el debido esclarecimiento de los hechos; los jueces deben formar su convicción de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio [CALDERÓN/CHOCLÁN]. A su vez, los jueces que intervienen en el dictado de la sentencia deben haber intervenido en el debate, los que recibieron la prueba son los mismos que deben fundamentar la sentencia. De eso se trata la inmediación.

Respecto de los jueces colegiados, el apdo. 2 del art. 359 NCPP prevé una excepción. Si bien establece que las vacaciones, licencia, jubilación no les impiden participar en la deliberación y votación, cuando se advierte que no pueden concurrir a la audiencia o que ha surgido un impedimento, solo uno de ellos puede ser reemplazado. Se entiende que tal reemplazo debe ocurrir cuando el juicio se encuentra en el periodo probatorio.

La ausencia del fiscal, en aquellos casos en que su adjunto no intervenga (ausencia injustificada, incomparecencia consecutiva a dos sesiones o no consecutivas a tres sesiones), autoriza que el Tribunal lo excluya del debate y a solicitar su reemplazo al fiscal superior en grado. La ausencia del tercero civil o del actor civil no impide la continuación de las sesiones del juicio, pero si este último no concurre se tendrá por abandonada su condición de parte. La ausencia injustificada del defensor del acusado o su incomparecencia a dos sesiones consecutivas o tres no consecutivas, permite la intervención del defensor de oficio y su exclusión, hasta un nuevo nombramiento.

El acusado tiene una obligación limitada de asistencia al acto oral, conforme prescribe el art. 359.4 NCPP. La presencia del imputado es obligatoria o indispensable para la instalación del juicio, para cumplir con el acto de intimación y declaración sobre los hechos –puede, eso sí, invocar su derecho al silencio–, y para la realización de un acto procesal concreto cuya presencia es indispensable, tales como reconocimientos, careos, ampliación de la acusación –lo que se justifica como consolidación del contradictorio–. La Ley solo exige que durante el debate

el imputado esté a disposición del tribunal –lo que debe cuidar en todo momento, al punto de autorizar su conducción compulsiva–, sin que sea necesaria su presencia física en la sala de audiencias –puede dejar de asistir a las mismas por propia voluntad con comunicación previa al tribunal en tanto que rige como regla general el principio de presencia ininterrumpida–, en cuyo caso la labor representativa del defensor adquiere total vigencia.

#### 4. Régimen de los incidentes

La concentración y unidad del debate exige que el acto oral se circunscriba al juicio de culpabilidad. La etapa intermedia permitió el saneamiento procesal y resolvió todo cuestionamiento al derecho de acusar y a la competencia del tribunal de juicio. No obstante ello, siempre es posible que surjan incidentes en el juicio respecto a la actuación de determinadas pruebas o algún suceso que marque su desarrollo. En estos casos, el art. 362 NCPP exige que se traten en un solo acto y que se resuelvan inmediatamente, sin perjuicio de su discusión contradictoria –el Tribunal fijará el ámbito y tiempo de discusión–. Las resoluciones interlocutorias que recaigan no son recurribles, salvo las expresamente previstas por la ley.

Empero, el art. 393.3a NCPP permite que en la sentencia se resuelva una cuestión incidental que se haya diferido para este momento. Se trata de una posibilidad excepcionalísima, pues la regla es su resolución inmediata.

#### 5. Régimen disciplinario

Expresa el poder de policía de estrados y disciplinaria del Tribunal sobre todos los que asistan al acto oral: partes procesales, otros participantes procesales y público asistente. Todos ellos están sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Tribunal, así lo dispone el art. 364 NCPP. Este poder es el que controla la obligación que tienen todos los que asisten al acto oral de permanecer respetuosamente y en silencio, y de cumplir las directivas que se dictan –están prohibidas muestras de aprobación o desaprobación–. Los asistentes no pueden llevar armamento u otras cosas aptas para molestar y ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al orden y decoro debidos ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

La infracción de estas obligaciones autoriza al tribunal a expulsar al perturbador e incluso mandar detener hasta por 24 horas a quien amenace o agrede a los jueces y a los demás participantes, sin perjuicio de las acciones penales respectivas. El alejamiento indebido de un imputado, testigo o perito de la sala de audiencias, obliga al tribunal a traerlo por la fuerza pública.

La expulsión de la Sala de Audiencias puede incluir al imputado y a su defensor. Para expulsar al defensor, previamente, debe apercibirsele, y de hacerse efectiva será reemplazado por el que designe la parte dentro de las 24 horas o, en su defecto, por el de oficio. La expulsión del imputado obliga a garantizar su derecho de defensa y debe autorizarse su reingreso si las circunstancias o el motivo que lo determinó han cesado, en cuyo caso debe informársele de lo esencial de lo ocurrido en su ausencia, además se le permitirá pronunciarse al respecto.

Una obligación específica del imputado se produce durante la estación de autodefensa o derecho a la última palabra. Debe ceñirse al tiempo acordado, de lo contrario se le apercibirá de quitársele el uso de la palabra e, incluso, de expulsarlo de la Sala de Audiencias. La lectura de sentencia puede producirse sin su presencia.

Si durante el juicio se comete un delito público, el tribunal ordenará la confección un acta específica y ordenará la detención del presunto culpable, poniéndole inmediatamente a disposición del fiscal adjuntando los antecedentes que correspondan (art. 365 NCPP).

## **6. Régimen de dirección, poder discrecional y auxilio jurisdiccional en el juicio**

### **6.1. Poder de dirección**

La dirección formal del juicio corresponde al tribunal. Dentro de él, al presidente y, en su caso, al director de debates: art. 363 NCPP. La dirección del juicio implica conducir su desarrollo, ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias o apercibimientos legales, recibir juramento y declaraciones, moderar la discusión impidiendo preguntas inadmisibles (art. 376.3 NCPP), limitar el tiempo de duración de las intervenciones o interrumpirlas cuando se presenta abuso en su ejercicio. La dirección importa, en todo momento, garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa, sin coactarlas irrazonablemente. Esto no importa el menoscabo del sistema acusatorio, desde que el juez o el director de debate no tiene el poder de direccionar la persecución penal ni de incorporar oficiosamente como regla general elemento probatorio alguno, como tampoco de intervenir en la obtención de información con relación a las pruebas que deban producirse [ROXIN].

La dirección material del debate es aquella que se dirige a la mejor formación de la convicción del Tribunal: determinar el orden de la práctica de pruebas (art. 375.2 NCPP), disponer el examen separado de los imputados (art. 377.2

NCPP), formular excepcionalmente preguntas a testigos y peritos (art. 375.4 NCPP), invitar a testigos o peritos que esclarezcan posibles contradicciones (art. 378.6 NCPP).

## 6.2. Poder discrecional

Es una potestad inherente al tribunal. Permite resolver cuestiones no regladas que se presenten en el curso del juicio, necesarias para su continuación. Las reglas que corresponde dictar deben respetar, desde luego, las garantías y principios que rigen el ordenamiento procesal penal. Frente a un conflicto de derechos debe utilizar ponderadamente el test de proporcionalidad. Una regla será, por ejemplo, amparar sus derechos a los presentes en el juicio: que puedan comparecer libre de perturbaciones externas que derivan de una conducta improcedente durante el juicio, otra será, asimismo, preservar su dignidad estableciendo medidas para contrarrestar en su caso la estigmatización que puede derivarse de su asistencia al juicio.

## 6.3. Auxilio jurisdiccional

Cuatro grandes tareas le corresponde al auxiliar jurisdiccional (puede ser el secretario, el relator o un funcionario que compendie ambas funciones de auxilio). Son: **A.** Adoptar las acciones para la realización de las notificaciones y la puesta a disposición en la Sala de Audiencias de los objetos y documentos ordenados para la vista. **B.** Coordinar la asistencia de las partes y la comparencia de los demás participantes procesales. **C.** Dar la fe pública judicial. **D.** Tener a su cargo la documentación de las actuaciones y el control de los medios técnicos de reproducción y archivo.

## 7. Régimen de documentación del juicio

### 7.1. Registro de actuaciones

Si bien la audiencia se realiza bajo el principio de oralidad, sus actuaciones deben documentarse en un acta: art. 361 NCPP. Esta solo contendrá una síntesis de lo actuado y se firmará por el presidente del tribunal y el secretario; acta que podrá ser objeto de las observaciones que las partes pueden formular. El registro puede ser llevado por un medio técnico: grabación en audio o video. El acta y, en su caso, la grabación demostrarán lo realizado en la audiencia.



Las características del acta constan en el art. 120 NCPP: la documentación del acta puede ser por escrito o por medios técnicos –estos últimos de preferencia–. Esta debe tener fecha y lugar de la celebración del acto, relación de personas intervinientes en su desarrollo, y una relación sucinta de lo que sucedido en él. Toda disposición especial que allí ocurra, legalmente prevista, debe hacerse constar en el acta.

La reproducción audiovisual es posible, pero ello no elimina la confección y suscripción del acta.

### **7.2. Intervención y peticiones de las partes**

El principio de oralidad, a su vez, exige que toda petición o cuestión propuesta en audiencia sea argumentada oralmente. Asimismo, toda participación en la audiencia requiere la palabra hablada. Se prohíbe lectura de escritos.

### **7.3. Resoluciones dictadas en la audiencia**

La oralidad también está vinculada a los decretos y resoluciones interlocutorias o autos dictados en el curso de la audiencia. Por tanto, se dictarán y fundamentarán verbalmente, debiendo constar su registro en el acta. Su registro implica incorporar integralmente la decisión, y debe cumplir con los requisitos del art. 123.1 NCPP.

## **III. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL**

### **1. Estructura del juicio oral**

El acto oral es una actividad procesal penal compleja y unitaria. La ley instrumental impone un orden sucesivo o una secuencia de actos procesales, inmodificable en sus rasgos esenciales. Los periodos procesales que comprende, por consiguiente, no pueden alterarse.

El juicio oral se divide en tres periodos o subfases:

- A.** Periodo inicial, que consta de los pasos preparatorios o preliminares del juicio, de los actos de iniciación, de la posible conformidad y de la presentación excepcional de nueva prueba (arts. 367-374 NCPP).
- B.** Periodo probatorio, que se refiere a la actuación de los medios de prueba (arts. 375-385 NCPP).

- C. Periodo decisorio, que consta de dos grandes pasos, los alegatos finales y la deliberación y sentencia (arts. 386-403 NCPP).

## 2. El periodo inicial

Consta de seis actuaciones: actos preparatorios, actos de instalación y apertura, alegatos de apertura, actos de asistencia judicial, conformidad y ofrecimiento de prueba.

### 2.1. Actos preparatorios o preliminares del juicio

Los arts. 367-370 NCPP regulan los actos previos, imprescindibles, que condicionan la realización del juicio. El primer problema que se afronta es el de la presencia del imputado. En primer lugar, se ratifica la necesidad de su presencia con su defensor, y la exigencia de su debida citación bajo apercibimiento de su declaración de contumacia; no hace falta una segunda citación. La ausencia del acusado impide la celebración del juicio, obliga a la declaración de contumacia y al señalamiento de nueva fecha para la audiencia.

En caso de pluralidad de acusados, si alguno de ellos no concurre, el acto oral continúa. En este supuesto, el inasistente puede incorporarse al juicio –siempre antes que concluya el periodo probatorio–, oportunidad en que se le hará saber los cargos –es el acto de intimación– y se le informará de lo ocurrido en su ausencia, a la vez que se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, actuándose a su vez las pruebas compatibles con el estado del juicio.

El lugar del juicio es la Sala de Audiencias, así designado por el tribunal. Si el acusado está enfermo, excepcionalmente, puede realizarse la audiencia donde se encuentre, siempre que sea posible hacerlo según las condiciones del lugar y su estado de salud. La Sala de Audiencias puede encontrarse en un lugar adyacente a un establecimiento penal, en tanto en cuanto se asegure la publicidad y las condiciones materiales para su realización.

### 2.2. Actos de instalación y apertura del juicio

El primer paso será constatar la presencia del tribunal en pleno y de las partes. Se debe advertir, previamente, la correcta citación a las partes y órganos de prueba. La inasistencia de las partes contingentes (actor civil, responsable civil, persona jurídica) no impide la instalación de la audiencia, quienes deben ser citados para su efectiva concurrencia. Sobre esas premisas se instala la audiencia.

El art. 370 NCPP establece la ubicación de las partes y la sede de los testigos y peritos. A continuación, una vez declarada la instalación de la audiencia, el tribunal identifica la causa-objeto del juicio.

### **2.3. Alegatos preliminares o de apertura**

Inicia la ronda de intervenciones el fiscal, quien expondrá resumidamente los hechos acusados, la calificación jurídica, y las pruebas ofrecidas y admitidas. Acto seguido, le corresponde a los abogados del actor civil y del tercero civil, quienes expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, sigue la defensa del acusado, quien expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas. La finalidad de estos alegatos es introducir al tribunal y al público en los objetivos fundamentales que perseguirá la parte procesal, concernida durante el juicio. También sirve para hacerse cargo de las alegaciones de la contraparte y para esbozar las cuestiones jurídicas que son relevantes para la resolución del caso.

### **2.4. Actos del deber judicial de instrucción**

El tribunal debe informar o instruir directamente al acusado sus derechos y, en especial, de la libertad de declarar o no hacerlo. También le debe informar, no obstante lo anterior, que está autorizado a ser oído para aclarar, ampliar, complementar o declarar si antes se abstuvo. De igual manera, se le informará del derecho de poder comunicarse en todo momento con su abogado, sin que esa posibilidad paralice el juicio.

### **2.5. Conformidad**

Cuatro puntos deben tomarse en consideración. Son:

- A.** Cumplido el deber judicial de instrucción, el tribunal debe preguntar al imputado si admite ser autor o partícipe del delito acusado y responsable de la reparación civil. Si el acusado acepta los cargos, previa consulta con su abogado, el tribunal dispondrá la conclusión del debate. Es un supuesto de terminación anormal del proceso. Es posible, incluso, que se pida la suspensión del juicio para una negociación con el fiscal respecto de la pena. Sobre la conformidad, la sentencia se emitirá dentro del plazo de 48 horas, bajo sanción de nulidad. En caso de una pluralidad de acusados es posible que unos acepten y otros no, lo que no impide la sentencia de

conformidad, siempre que “existan elementos suficientes para conocer [o, mejor dicho, fallar] con independencia” (art. 51 NCPP); norma aplicable en cuanto se produce una separación de imputaciones. El Acuerdo Plenario n.º 5-2008/CJ-116 posibilita la denominada conformidad parcial, sin embargo y conforme al art. 5 de la Ley n.º 28122, permite que el juez no aplique esta institución cuando la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral.

- B.** El art. 372 NCPP, como regla general, presupone una conformidad total o propia –todos los imputados la aceptan– y absoluta –comprende pena y reparación civil– (apdo. 2), así como, en su defecto, una conformidad parcial o impropia –solo algunos acusados aceptan, pero incluye todos los cargos objeto de atribución–. La conformidad absoluta puede ser unilateral o negociada –el acusado negocia con el fiscal una respuesta punitiva consensuada– (apdo. 4). De esta manera, puede definirse la conformidad como un acto unilateral –aunque en algunos casos tendencialmente negociado– y de disposición de la pretensión efectuado por el imputado, previa consulta con su abogado, basado en el principio de adhesión, por el que, mediante el allanamiento a los cargos: reconocimiento a los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.
- C.** La sentencia conformada se dicta aceptando los términos del acuerdo, de la conformidad expresada por el acusado. El hecho que da lugar a la subsunción jurídico penal no se construye por el juez a través del juicio –que no existe– sino por el allanamiento del acusado, pero sobre esa base el Tribunal está autorizado a absolver por atipicidad o porque la descripción del suceso revela con evidencia una causa de exención de pena. Por otro lado, si esa misma descripción fáctica revela la presencia de un factor de atenuación de la pena (exención incompleta, atenuantes específicos o genéricos, entre otros) impondrá una pena menor a la aceptada o acordada. Sobre la reparación civil la variación solo será posible si existe actor civil constituido en autos y hubiera observado el monto asignado; en tal caso, podrá fijar la suma que corresponda, siempre que sea factible hacerlo, y de no ser así pueda deferir su determinación luego del juicio contradictorio (Acuerdo Plenario n.º 5-2008/CJ-116, FJ, 16).
- D.** La conformidad relativa –según su objeto–, en cuya virtud, conforme al art. 372.3 NCPP, el imputado cuestiona la pena y/o la reparación civil,

respecto de lo cual no ha mediado acuerdo con la Fiscalía y el actor civil en su caso, produce en todo caso una cesura del juicio. En consecuencia, el debate se circunscribirá a los ámbitos objeto de contradicción, y en ese ámbito se determinarán los medios de prueba que deberán actuarse. En lo que respecta al objeto civil, si con lo que consta en autos es posible determinar su cuantía, no será necesario abrir una instancia contradictoria; de lo contrario, se abrirá una etapa de prueba para establecer la cuantía y, además, los obligados a cubrirlos cuando se trata de una pluralidad de copartícipes (Acuerdo Plenario n.º 5-2008/CJ-116, FJ 25).

## 2.6. Características de la conformidad

- A. **Es un acto unilateral, pero estructuralmente inducido.** Se trata de una renuncia explícita al juicio oral donde el fiscal, con una mínima actividad de investigación, solicita al juez de conocimiento la imposición de una pena sin que haya sido realizado el juicio íntegramente. Se entiende que no parte de manera exclusiva de la voluntad del investigado, sino que corresponde a un ofrecimiento de la Fiscalía que proyecta un acto de postulación para que sea avalado o rechazado por el juez [BERNAL].
- B. **Suspende el juicio penal.** La conformidad suspende el juicio, pues se estima suficiente proferir una sentencia condenatoria sobre la base de la declaración de conformidad del imputado.
- C. **Acto que debe ser asesorado por el abogado defensor.** A pesar de que la decisión le corresponde al imputado, las alegaciones sobre la culpabilidad deben ser analizadas por el abogado defensor, quien es la persona que puede realizar un pronóstico técnico sobre las consecuencias de la aceptación de cargos por parte del imputado.
- D. **Requiere un control judicial.** El tribunal debe analizar si se cumplen los presupuestos para la conformidad y verificar la congruencia entre la acusación y la sentencia.
- E. **No admite retractación.** Al tratarse la conformidad de un acto libre, voluntario y espontáneo que realiza el imputado la regla es la prohibición absoluta de retractación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta excepciones en cuanto puede presentarse un supuesto de claro vicio del consentimiento del imputado o cuafido las pruebas que se han obtenido para demostrar la responsabilidad se determina que son ilegales al vulnerar los derechos fundamentales del imputado.

La sentencia conformada puede ser impugnada para controlar los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para su validez, así como para que, en su caso, se cumplan en esta los términos del Acuerdo entre las partes [CALDERÓN/CHOCLÁN].

## 2.7. Actos de ofrecimiento de prueba

Dispuesta la continuación del juicio, es posible tanto el ofrecimiento de nueva prueba como la posibilidad de discutir prueba indebidamente rechazada en sede intermedia.

La admisión de prueba nueva, empero, está condicionada a aquellas pruebas que las partes recién conocieron con posterioridad a la audiencia preliminar de control de la acusación. Debe demostrarse y argumentarse sólidamente ese desconocimiento previo, pues sin él no cabe admitir la prueba. La prueba propuesta ha de ser lícita insustituible, fundamental en orden al *thema decidendi*: pertinencia material –y de posible realización pertinencia funcional–; además, debe ser necesario, esto es, la susceptibilidad de que el fallo hubiera podido ser otro mediante esa prueba.

La reiteración de prueba rechazada en sede intermedia es también posible. Para ello se requiere una especial argumentación de las partes. Se resuelve inmediatamente, previo traslado a las partes.

## 3. El periodo probatorio

### 3.1. Método de la actuación probatoria

Deben contemplarse tres aspectos:

- A. El periodo probatorio es el periodo principal del juicio y del proceso penal en su conjunto. En tanto el tribunal solo puede fallar respecto del material probatorio actuado en su presencia y según las reglas del juicio –rigen, primordialmente, los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio–, es imprescindible que la producción de la prueba tenga lugar bajo los principios procedimentales de inmediatez, oralidad y publicidad, cuyo escenario único y propicio es la audiencia. Las reglas básicas están prescritas en el art. 375 NCPP.
- B. En función de las pruebas admitidas en la etapa intermedia y en el periodo anterior, el tribunal, oídas las partes, decide el orden de presentación de los órganos de prueba (acusados, testigos y peritos) y de los medios de prueba que deben actuarse. La Ley, sin embargo, define un orden básico

de actuación de los medios de prueba: examen del acusado, declaración de testigos, examen de peritos, exhibición y debate de la prueba material, oralización de la prueba documental, realización de inspecciones oculares y/o reconstrucciones, y actuación de prueba adicional.

- C. Las partes realizan el interrogatorio directo a los órganos de prueba; es la técnica del *cross examination* o interrogatorio directo por las partes. La intervención del tribunal en la actividad probatoria se concreta a conducirla regularmente. Así, interviene para que las partes hagan los esclarecimientos correspondientes e interroga, excepcionalmente, ante un vacío en el aporte de información.

### 3.2. Declaración del acusado

Las reglas están previstas en los arts. 376-377 en concordancia con el art. 88, NCPP. Así:

- A. El acusado puede negarse a declarar total o parcialmente. Si procede de esa forma, pueden leerse y someterse a debate sus declaraciones ante el fiscal, que se harán en la estación de oralización correspondiente [apdo. 1].
- B. El acusado que acepta declarar será interrogado, primero, por el fiscal, luego por las demás partes acusadoras, a continuación por los abogados del tercero civil y de los otros acusados, y por último por su abogado defensor. Las preguntas prohibidas serán rechazadas aún de oficio, sin perjuicio de las objeciones que formulen las partes.

Están descartados los interrogatorios que producen (i) influencia corporal –maltratos–; (ii) influencia psíquica directa –engaños, hipnosis, amenazas, promesas de una ventaja no prevista en la ley, tortura psicológica–; (iii) coacción ilegítima; y (iv) las medidas que afectan la memoria y la capacidad de comprensión (narcoanálisis, detector de mentiras).

Son prohibidas las preguntas (i) indirectas, (ii) oscuras –que carecen de claridad y confunden al declarante, son las preguntas ambiguas–, (iii) impertinentes –que no guarden relación con los hechos del debate o tema de prueba, siendo del caso aceptar las preguntas que buscan examinar la relación del acusado con la víctima y demás testigos–, (iv) inútiles –que no apuntan a esclarecimiento alguno referido a los hechos acusados–, (v) repetitivas –que insisten sobre un punto ya contestado y explicado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria–, (vi) capciosas –es una pregunta que esconde la afirmación o negación de un hecho o circuns-

- tancia decisivo, utiliza un ardid para engañar y tienden a confundir al declarante por su formulación artificiosa— y (vii) que contengan respuestas sugeridas —es una pregunta sugestiva, en tanto insinúa la contestación, de ordinario describiendo el hecho o circunstancia cuya afirmación o negación se pretende—.
- C. El ámbito y pasos de la declaración está prevista en el apdo. 2 y en el art. 88 NCPP. Presupone un aporte libre y oral de relatos, aclaraciones y explicaciones. Primero, declara sobre sus generales de ley. Segundo, expone libremente sobre el hecho atribuido. Tercero, interrogatorio por las partes, que incluye reconocimiento de documentos, personas, voces, sonidos y cosas.
- D. Los acusados declaran según el orden fijado por el tribunal, oídas las partes. De oficio o a pedido de parte puede examinarse separadamente a los acusados, alejando a los restantes de la Sala de Audiencia. Si esto último tiene lugar, a su culminación debe ponerse en conocimiento de los acusados las declaraciones vertidas, y darles la oportunidad de formular aclaraciones o rectificaciones sobre lo declarado por sus coimputados.

### 3.3. Declaración del testigo

Las reglas del interrogatorio son las mismas, en lo pertinente, que las del imputado. En Primer lugar, se produce el interrogatorio de identificación; luego, se le exige juramento o promesa de decir la verdad; a continuación, expondrá sobre los temas objeto de su convocatoria, dando razón de su información; y, por último, será interrogado, primero, por quien lo ofreció y, luego, por las partes restantes. El testigo debe dar razón precisa de los hechos sobre los cuales declara. Asimismo, se debe distinguir entre los testigos oculares directos, que declaran sobre los hechos que han observado y los hallazgos encontrados, de los testigos de oídas, que son aquellos que no han presenciado el hecho pero han tenido información de este por terceras personas o por versión, por ejemplo, del imputado [CÉSAR SAN MARTÍN]. En garantía de la espontaneidad del testimonio, se prohíbe que los testigos, si son varios, puedan enterarse de lo ocurrido en la Sala de Audiencia ni podrán comunicarse entre sí. Una limitación existe cuando el testigo se niega a declarar, explicable por la primacía del principio de inmediatez tratándose de prueba personal: no se puede leer su declaración sumarial, pues se conculcaría el derecho de defensa de los imputados expresados en la posibilidad de interrogar al testigo (Sentencia CIDH de 30-05-99, Caso Castillo Petruzzi).



Están prohibidas las preguntas impertinentes —aquellas que no tengan relación con el tema debatido—, sugestivas —aquellas que se formulan de tal manera que inducen a dar una respuesta en determinado sentido, es decir la que sugieren la respuesta— o capciosas —aquellas que son engañosas, que tienden a confundir al testigo por su formulación artificiosa, para provocar una respuesta que daría en otro sentido si la pregunta hubiese sido formulada sin subterfugios—. No se puede presionar al testigo ni ofender su dignidad. Frente a preguntas prohibidas caben las objeciones y ante las decisiones del tribunal caben las reposiciones. Las preguntas sugestivas son admisibles en el contradictorio.

Cuando se trata de un testigo menor de 16 años de edad cabe una especialidad. El interrogatorio lo hace el tribunal y puede aceptarse el auxilio de un familiar y de un experto en psicología. No obstante, a pedido de parte, puede autorizarse el interrogatorio directo “si no perjudica su serenidad”. Otros testimonios especiales, tales como de mudos, sordos o sordomudos, que no hablen el castellano, enfermos, requieren pautas propias, fijadas en el art. 171 NCPP.

### **3.4. Examen del perito**

Se inicia con una exposición del contenido y conclusiones del dictamen pericial; luego se le exhibirá para su reconocimiento; a continuación explicarán las operaciones periciales realizadas, dando razón de su conocimiento; y, por último, serán interrogados por las partes comenzando por quien propuso la prueba. Los peritos pueden consultar sus notas. Si existen contradicciones entre los peritos convocados, en especial entre el oficial y el de parte, se procederá al debate pericial para esclarecer los puntos objeto de discordia y, en su caso, lograr un consenso sobre el punto discrepante —el art. 181.2 NCPP estipula la obligatoriedad del debate pericial—. Por otro lado, el art. 181.1 NCPP prevé el supuesto de las pericias institucionales: el órgano que emite el dictamen pericial designará al perito que debe concurrir el juicio, no hace falta que concorra quien lo emitió, pues se entiende que quien lo hace es la institución.

### **3.5. Disposiciones comunes a testigos y peritos**

El art. 378, incs. 6, 8 y 10 NCPP, prevé disposiciones comunes a testigos y peritos. **1.** En caso que el testigo o perito no se acuerda de un hecho relevante, se puede leer el extremo de su declaración anterior o del dictamen para que haga memoria. **2.** De igual modo se procederá si se presenta una contradicción entre lo que expuso en el acto oral y lo que declaró o consignó en sede sumarial, para lo

cual es procedente confrontarlos con sus propios dichos. 3. Procede un interrogatorio complementario si nuevos datos así lo aconsejan. 4. En caso de inconcurrencia por impedimento justificado, pueden ser examinados en donde se encuentren, pueden ser objeto de declaración o examen a distancia –videoconferencia– o actuación vía exhorto o por comisión, cuya acta será integral o por registro fílmico o audio-gráfico o videográfico.

### 3.6. Exhibición y debate de la prueba material

El conjunto de la prueba material: cuerpo del delito y vestigios materiales –materialidades como modo de expresión de un hecho punible–, luego de la prueba personal, y siempre que sea factible por su propia entidad, pueden ser exhibidos, examinados y debatidos por las partes. Es posible, incluso, que se presenten cuando declaren los acusados, testigos y peritos para su reconocimiento o que informe sobre ella.

Procesalmente cuerpo del delito comprende: **a)** *objetum sceleris*: persona o cosa objeto del delito (cadáver o droga); **b)** *instrumentum sceleris*: instrumentos del delito (arma empleada, útiles para el robo, vehículo para transporte); **c)** *productum sceleris*: productos o beneficios del delito, comprende los objetos producidos por el delito, como la moneda falsa, y la ventaja patrimonial derivada del delito, como el precio del cohecho, la contraprestación recibida por el transporte de droga). Piezas de Convicción es un concepto más amplio: son aquellos elementos que dejen constancia de la realidad de un hecho punible, y que por ello es auxiliar la función investigadora (armas, instrumentos, huellas dactilares, manchas de sangre, ropas, cabellos, etc.) [CALDERÓN/CHOCLÁN].

### 3.7. Prueba documental

Debe distinguirse la prueba documental en estricto sentido, de la prueba documentada. La primera, es toda representación realizada por cualquier medio –escrito, hablado, visionado, etcétera: art. 185 NCPP–, de la realidad y que pre-existe al proceso y es independiente de él, de manera que se aporta al mismo, según señala el art. 184 NCPP, con fines esencialmente probatorio (ASENCIO) –es único y no se puede cambiar y, lo que es más importante, no cambia de contenido por el transcurso del tiempo [MORENO]–; requiere, en su caso, del reconocimiento por su otorgante, conforme al art. 186 NCPP, salvo el informe de la diligencia de inspección o revisión ante su cuestionamiento de falsedad u ocultamiento de datos, según el art. 188 NCPP. La segunda son las actas que contienen tanto la prueba preconstituida –actas de constancia– como la prueba anticipada y, excep-

cionalmente, actos de investigación sometidos a confrontación por razones de irrepitibilidad y urgencia [GIMENO].

Si bien su apreciación se hace por la observación directa del juzgador, su práctica requiere de reproducción a través de su lectura, audición o visionado, según la clase de documento de que se trate. A esto último en el NCPP se denomina “oralización”.

El art. 383 NCPP permite la lectura limitada de los documentos, pero confunde documento *stricto sensu* de actuación documentada. Así son prueba documental estricta: denuncias, documentos, informes, certificaciones y constataciones. Las demás constituyen prueba documentada (acta de prueba anticipada y prueba preconstituida: diligencias objetivas e irreproducibles del fiscal o la policía, declaraciones prestadas mediante exhorto, declaraciones y examen que devengan en imprevisibles).

La práctica de la oralización se hace por el sistema de listas. Se inicia con los propuestos por la Fiscalía, sigue el actor civil y el tercero civil, y culmina con la del acusado. Se debe individualizar el documento y destacar oralmente su significado probatorio útil. La lectura o grabación si son extensos puede ser objeto de prescindencia o, en todo caso, de su lectura o reproducción parcial. Culminada la exposición de cada parte, se concederá la palabra a las copartes y contrapartes para exponer contradictoriamente las explicaciones, aclaraciones, refutación o pronunciamiento sobre su contenido.

### 3.8. Prueba adicional

El art. 385 NCPP autoriza, de un lado, la actuación de las pruebas de inspección ocular y reconstrucción; y, de otro, de pruebas adicionales, incluso de oficio, según el resultado del debate. Así:

- A. Es posible, en caso no se han realizado las diligencias de inspección ocular y reconstrucción o estas resultaren manifiestamente insuficientes, disponer su actuación en el acto oral, luego de la oralización de la prueba. Se trata de una prueba excepcional pues son pruebas típicas y propias de los primeros momentos de la investigación: la alteración de la escena del delito y el tiempo transcurrido borra las huellas y vestigios materiales de su comisión. En todo caso podrán denegarse si el tribunal dispone de elementos suficientes para formar su juicio cognitivo, al resultar innecesarios y superfluos, y dichos elementos aparecen inconcusos de las pruebas practicadas. La inspección ocular resulta inútil luego de un

tiempo razonable de la conclusión de la investigación, pues no cabe recoger huellas o vestigios que pongan de relieve que la comisión de los hechos se realizó en forma diferente a la acreditada en autos (STSE de 02-01-84).

- B. Frente a la manifiesta necesidad y utilidad de nuevos medios de prueba, como consecuencia de las actuaciones del juicio oral, el NCPP autoriza el ofrecimiento de prueba adicional, tanto por las partes cuanto por el juez (por ejemplo, prueba nueva o prueba sobre la prueba: falta de veracidad, integridad o autenticidad de alguna prueba actuada –que surge de lo actuado o que se conozca en el curso de la actuación probatoria o a su conclusión inmediata–). En este último caso, de prueba de oficio, su excepcionalidad se destaca en el hecho que el tribunal “cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”. La decisión adoptada por el Tribunal a este respecto, de prueba adicional, es irrecurrible.

#### 4. El periodo decisorio I. Alegatos finales

Culminada la actuación probatoria, esencia del juicio oral, sigue el periodo final, que consta de dos grandes subfases: alegatos finales, de un lado, y deliberación y sentencia, de otro.

##### 4.1. Reglas generales. Posición de las partes

Tras la realización de la prueba, las partes, por su orden, expondrán oral y razonadamente sobre el resultado probatorio según su punto de vista; al final de su exposición fijarán sus conclusiones de modo concreto. Ello significa que establecerán definitivamente sus pretensiones, trazadas provisionalmente en sus alegatos preliminares o preparatorios –entre estas y las primeras no puede haber una mutación o variación esencial, en tanto rige la prohibición de la *mutatio libellis*–. La oralidad es su rasgo sustancial, sin perjuicio que las partes puedan auxiliarse con notas, medios gráficos o audiovisuales. El tribunal fijará un tiempo prudencial para el alegato final, pero puede disponer, de ser necesario, un tiempo adicional, pero culminado el tiempo acordado debe apercibir a la parte concernida para su culminación, al punto que si no hace debe dar por terminada la exposición.

El orden de los alegatos está fijado en el art. 386.1 NCPP. Empieza el fiscal, sigue la defensa del actor civil y del tercero civil, continúa el defensor del

acusado, y culmina el acusado con su autodefensa. El agraviado puede intervenir, en cuyo caso lo hará antes del acusado (art. 386.3 NCPP).

Como se trata de alegatos finales, la definitividad de la pretensión que deben introducir, a diferencia de la provisionalidad de la pretensión en el primer momento, posibilita su cambio, sin alterar su objeto de modo esencial.

#### 4.2. Alegato final del fiscal

El fiscal puede adoptar tres posiciones frente a la acusación escrita. Así:

- A. Ratificar el contenido de la acusación escrita en todos sus extremos, si considera que el juicio ha permitido probar los cargos, y la pena y reparación civil solicitada.
- B. Modificar la acusación escrita, cuyo ámbito es: (i) aumento o disminución de la pena solicitada o de la reparación civil, o pedir medida de seguridad; y (ii) corregir errores materiales o incluir una circunstancia delictiva, sin que modifique esencialmente la acusación ni provoque indefensión —esa circunstancia ha sido objeto de actualidad probatoria contradictoria—.
- C. Retirar la acusación, si considera que los cargos han sido enervados en el juicio. Esta opción requiere un trámite especial: traslado a las partes, suspensión del juicio, auto de retiro o de elevación al Fiscal superior jerárquico.

#### 4.3. Acusación complementaria

El art. 374.2 NCPP autoriza al fiscal introducir una acusación complementaria, planteamiento que podrá formular en el curso del juicio oral, entendiéndose hasta antes de la clausura del periodo probatorio, pues conforme al principio de preclusión iniciada la subfase de alegaciones finales, ya no cabe replantear el debate ni reabrir la estación probatoria, y lo que queda es la acusación oral, de carácter definitiva.

Es un acto escrito y procede cuando se trata de incluir un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación escrita, en tanto importen la modificación de la calificación legal o integren un delito continuado —un hecho o conducta homogénea bajo una misma voluntad o designio criminal—. Tal acusación solo se acepta si no vulnera el principio acusatorio: homogeneidad de bien jurídico vulnerado, y si se cumplen, alternativamente, uno de los dos requisitos antes citados: otro tipo legal o configuración de un delito continuado —u otro

hecho que se añade a los fijados como tal—. No se decide su procedencia material. Emitido el auto de aprobación de acusación complementaria, lo que cabe es reordenar el trámite procedimental: nueva declaración del imputado, nuevo ofrecimiento de pruebas y la actuación que corresponda, para lo cual puede suspenderse el juicio por cinco días, para las propuestas respectivas.

#### 4.4. Alegato de la defensa de las demás partes

El NCPP fija el ámbito de la intervención de las demás partes: actor civil, tercero civil y defensor del acusado —ello no obsta, desde luego, la intervención de la persona jurídica, del actor social y del agraviado—.

Es de resaltar que el actor civil no puede calificar el delito, pero puede referirse al hecho imputado, y resaltar los hechos relevantes y fijar los criterios de imputación de derecho civil. El tercero civil podrá negar la existencia del hecho, refutar la responsabilidad solidaria que se le atribuye, cuestionar la extensión y monto de la reparación civil, así como resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de derecho civil. El abogado del acusado, analizando la imputación, cuestionará la existencia del hecho, los criterios de imputación penal, y, en su caso, la pena y la reparación civil; concluirá solicitando la absolución, la atenuación de la pena u otro pedido que favorezca a su patrocinado.

#### 4.5. Autodefensa del acusado

Es la expresión del derecho a la última palabra. Se pronunciará, si lo quiere, sobre todo el ámbito de la acusación —temas fácticos o jurídicos—. Lo hará directamente y sin mediación alguna, e introducirá cuantas alegaciones estime puedan contribuir al ejercicio y reforzamiento de su derecho de defensa (STSE n.º 1505/1997, de 9 de diciembre). Su límite es, primero, la pertinencia a los cargos en su contra; y, segundo, el tiempo acordado por el Tribunal, cuya inobservancia determinará el apercibimiento de conclusión, el cese de su exposición y, en caso grave, su desalojo —como todos los derechos, este no tiene caracteres absolutos o ilimitados (STSE n.º 335/2006, de 24 de marzo)—.

La negación de este derecho es causal de nulidad de la sentencia y del juicio (STSE n.º 669/2006, de 14 de junio), pues la última palabra es la que mejor expresa y garantiza, el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate; el acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación (STCE n.º 13/2006, de 16 de enero).

## 5. El periodo decisorio II. Deliberación y sentencia

### 5.1. Deliberación

Culminada la autodefensa el tribunal declarará cerrado el debate (art. 386.5 NCPP). A estos efectos se suspende la audiencia y se pasa a sesión secreta. La deliberación consiste, de un lado, en el examen por el tribunal de la prueba actuada y de los alegatos finales de las partes, y, de otro lado, previa votación, en el acuerdo sobre la culpabilidad o inculpabilidad del imputado, y si resulta lo primero, en la definición acerca de la sanción penal y de la reparación civil.

Conforme al art. 392.2 NCPP el plazo para la definición de la deliberación es no más allá de dos días. Si algún juez se enferma, se puede extender a tres días más. Si la causa es compleja –definida por el art. 342.3 NCPP– los plazos, en ambos casos, se duplican. Si se vence el plazo de deliberación, se declara sin efecto lo actuado; se trata, entonces, de un plazo propio.

El acuerdo para adoptar decisiones –la votación– se alcanza por mayoría. Si no se produce mayoría respecto a la pena y/o reparación civil, se opta por el término medio. En caso de la pena de cadena perpetua, se requiere decisión unánime; y, si no se logra la unanimidad, se opta por la pena inmediata inferior: privación de libertad de 35 años.

El ámbito y características de la votación están reglados por el art. 393 NCPP. Así:

- A. La decisión sobre la culpabilidad, el juicio de culpabilidad, se centra en la prueba legítimamente incorporada, actuada en el acto oral y según sus reglas.
- B. La valoración de la prueba, para la votación sobre este extremo, debe versar en un análisis individual de cada medio de prueba y, luego, global o de conjunto. Rige el principio de la libre valoración de la prueba, bajo el respeto a las reglas de la ciencia, experiencia y la lógica. El Tribunal debe realizar una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, con exclusión de criterios manifiestamente arbitrarios por vulnerar alguno de los valores principios, directivas o derechos constitucionales (STSE n.º 1096/1996, de 16-01-97, y STCE de 01-03-93).
- C. El ámbito de la deliberación abarca siete cuestiones: (i) incidentes pendientes; (ii) existencia del hecho y sus circunstancias; (iii) responsabilidad del acusado, circunstancias modificatorias y grado de participación; (iv) la

calificación legal del hecho punible; (v) individualización de la pena y pronunciamiento sobre la medida de seguridad, sustitutiva o concurrente; (vi) reparación civil y consecuencias accesorias; y, (vii) costas.

## 5.2. Redacción de la sentencia

Producida la deliberación y definida la votación de las siete cuestiones antes mencionadas. Estas siete cuestiones, desde luego, son aplicables íntegramente para sentencias condenatorias; si son sentencias absolutorias solo cabe un pronunciamiento de las dos primeras cuestiones: incidentes y realidad del hecho punible. La deliberación y votación es un acto secreto, al igual que la redacción de la sentencia.

El art. 395 NCPP establece que la redacción de la sentencia corresponde al director de debates. Además, fija unas reglas de redacción específicas. Requiere que la sentencia se redacte en párrafos numerados correlativamente, que hagan mención a cada cuestión relevante. Los números pueden utilizarse para hacer referencia a normas legales y jurisprudencia. También pueden utilizarse notas al pie de página para citas doctrinarias y bibliográficas, y argumentos adicionales.

## 5.3. Lectura de la sentencia

Dentro del plazo fijado en el art. 392 NCPP –dos días o tres días adicionales en caso de enfermedad–, se constituirá el tribunal a la Sala de Audiencias, luego de convocar verbalmente a las partes. En esta oportunidad se leerá la sentencia ante las partes que comparezcan. Se entiende que el debate se cerró con la auto-defensa, y la inasistencia de las partes no puede estimarse como una afectación al derecho de ser oída porque esa oportunidad ya se produjo y clausuró legalmente.

Una excepción consagra el apdo. 2 del art. 392 NCPP. Cuando el asunto es muy complejo –un plus frente al art. 342.3 NCPP– es posible leer la parte dispositiva de la sentencia o el fallo, y explicar verbal y concisamente el contenido de los fundamentos de la decisión. Además, en ese caso, se mencionará la fecha en que se leerá íntegramente: el plazo máximo es de ocho días posteriores a la lectura en cuestión. En esta última ocasión en que se puede entender notificada la sentencia, sin perjuicio de que las partes reciban copia de ella en ese acto.

## 5.4. Recurso de apelación

Leída la sentencia –se entiende toda ella, no es de recibo la sola lectura de la parte dispositiva–, corresponde preguntar a las partes si interponen recurso



de apelación. Las partes, en ese acto, pueden recurrir —la formalización o fundamentación del recurso se producirá posteriormente— o reservarse su derecho —el plazo para recurrir rige desde el mismo acto en que se lee la sentencia: art. 405.1b NCPP—. El plazo para el recurso a los no concurrentes se inicia desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal. La formalización del recurso es de cinco días: arts. 414.1b y 405.2 NCPP. El tribunal, en ese acto, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes.

# **LECCIÓN DÉCIMA QUINTA**

## **LA SENTENCIA**

### **I. ASPECTOS BÁSICOS**

#### **1. Concepto**

Es la resolución judicial definitiva, por la que se pone fin al proceso, tras su tramitación ordinaria en todas y cada una de sus instancias y en la que se condena o absuelve al acusado con todos los efectos materiales de la cosa juzgada. Tiene dos notas esenciales:

- A.** Siempre es definitiva. Pone fin y, si es firme, de una manera irrevocable al proceso penal.
- B.** Siempre es de fondo. Absuelve o condena siempre en el fondo (arts. 398 y 399 NCPP). Por ello, genera cosa juzgada.

Cabe señalar que la sentencia es firme cuando no quepa contra ella recurso alguno; y, se denomina ejecutoria, al documento público y solamente en que se consigna una sentencia firme [CALDERÓN/CHOCLÁN].

#### **2. Naturaleza jurídica**

Encierra un fallo declarativo o mixto, declarativo y de condena. Así:

- A.** Las sentencias absolutorias son declarativas (art. 398.1 NCPP). Restablecen definitivamente el derecho a la libertad (art. 398.2 NCPP).
- B.** Las sentencias condenatorias tienen una parte dispositiva declarativa, pues declaran la comisión del hecho punible con el consiguiente reproche jurídico penal. Pero, también son de condena en la medida que irroga al acusado una pena (art. 399.1 NCPP). Los pronunciamientos civiles son de condena, al satisfacer la pretensión de resarcimiento (arts. 11.2 NCPP y 93 CP).

- C. Las sentencias condenatorias pueden ser constitutivas, siempre que impongan penas de inhabilitación (art. 36 CP), disolución de personas jurídicas (art. 105.2 CP) o nulidad de negocios jurídicos (art. 11.2 NCPP) [GIMENO].

### 3. Génesis lógica

Establecer si un acusado es o no responsable penal, si su conducta merece la imposición de una pena o no, impone al tribunal un doble juicio: (i) histórico: destinado a determinar si un hecho o conjunto de hechos ha existido o no con anterioridad a la causa, y, (ii) jurídico: consagrado a razonar si el hecho históricamente sucedido constituye un injusto penal y merece la imposición de una pena [CORTÉS DOMÍNGUEZ]. El juicio histórico es imprescindible y por él debe empezarse.

El juicio histórico recae sobre los hechos acusados. Su objeto es determinar si se dieron o no en el pasado. Se efectúa acudiendo a criterios normativos: la actividad –son los concretos actos de realización– o el resultado de la misma, esto es, homogeneidad del bien jurídico vulnerado –identidad en el contenido de la ilicitud o del injusto– [GÓMEZ ORBANEJA]. Los instrumentos que permiten formular el juicio histórico son las pruebas y su posterior valoración. Ante la carencia absoluta de prueba de cargo, ante prueba insuficiente o ante la duda, solo cabe la absolución.

El juicio jurídico se formula sobre la premisa de la positividad del juicio histórico. Importa la calificación jurídico penal y, en su caso, jurídico civil, de los hechos establecidos. Se analiza el tipo legal, el grado del delito, la autoría o participación, las circunstancias modificativas, los factores de medición de la pena.

### 4. Requisitos

Son externos e internos.

#### 4.1. Requisitos externos

Están referidos a su forma y a su estructura.

- A. En cuanto a la forma legalmente prevista, esta es la escrita, que está impuesta por los arts. 395 y 396 NCPP. Se redacta en párrafos numerados correlativamente, que luego se debe leer en audiencia pública. No se ha previsto sentencias *in voce*, salvo el caso del proceso por faltas (arts. 484.3

y 6 NCPP). La sentencia, además, debe ser clara y precisa en cuanto a su redacción.

- B.** En lo atinente a su estructura, está regulada por los arts. 123 y 393.3 NCPP, que se complementan por el art. 122 CPC y los artículos 141-149 LOPJ.

La sentencia consta de cinco partes.

- i.** Preliminar o encabezamiento, que incluye la indicación y lugar de la sentencia, la mención a los jueces y al director de debates, su número de orden, la identificación de las partes y el delito objeto de imputación, con la debida mención a los defensores, y, antes, el detalle o generales de ley del acusado.
- ii.** Parte expositiva, que señala la pretensión del fiscal, con el relato de la imputación, la posición de las copartes, y la resistencia del acusado, así como el itinerario del procedimiento y de los avatares de la tramitación de la causa. Define el objeto del debate.
- iii.** Fundamentos de hecho, que es la motivación fáctica y está referida al análisis de los hechos punibles imputados, que a su vez incluye el examen de las pruebas actuadas –apreciación y valoración–, y debe terminar, luego de este razonamiento sobre el resultado de la prueba, con los hechos declarados probados o improbados –debe utilizarse una técnica terminante, pues la certeza reclama una expresión concluyente y unívoca–.
- iv.** Fundamentos de derecho, que es la motivación jurídica –el razonamiento lógico impone empezar por los hechos y acabar por la norma jurídica–. Debe expresar, motivándola, la calificación jurídico-penal de los hechos probados; extremo en el que se fundamenta en orden a una absolución, en su caso, la atipicidad, la justificación, la exculpación u otra exención de responsabilidad penal si la hubiere. La calificación jurídico-penal de los hechos importa, en el caso de una sentencia condenatoria, la subsunción en un tipo legal concreto, la forma de participación, el grado del delito, las circunstancias concurrentes modificativas de la responsabilidad, así como los factores de individualización y medición de la pena. Respecto del objeto civil, debe calificar jurídicamente los hechos desde el punto de vista de la responsabilidad civil, determinando si existen relaciones o situaciones jurídicas que exijan la responsabilidad de terceros o instituciones. Por último, se fundamentarán las costas, la cita final será de las

disposiciones que se consideren de aplicación. Lo que es censurable, en todo caso, es que se cite un precepto sin mayor explicación motivadora [DE LA OLIVA].

- v. Parte dispositiva o fallo, que solo puede ser condenatorio o absolutorio. La sentencia absolutoria, según el art. 398 NCPP, luego de fijar las razones de la absolución –inexistencia del hecho, no delictuosidad o penalidad del mismo, no intervención del imputado, prueba insuficiente o duda–, debe ordenar la libertad del reo, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de objetos afectados, la anulación de los antecedentes y órdenes de captura. La sentencia condenatoria, según el art. 399 NCPP, debe fijar con toda precisión la pena o medida de seguridad impuesta, su duración, con indicación provisional de la fecha de duración o excarcelación, o el plazo de la pena de multa. Por imperio del CP la prisión preventiva se descuenta de la pena de privación de libertad, incluso la prisión domiciliaria, que en el NCPP es de carácter sustitutiva, residienciada en razones humanitarias, y por ende excepcional y marcadamente temporal.

#### 4.2. Requisitos internos

La sentencia penal ha de ser exhaustiva, motivada y congruente (SCIDH Tristán Donoso de 27-01-09). No cabe omitir ningún pronunciamiento necesario para responder a los objetos de acusación y defensa; y a tal pronunciamiento debe proceder una motivación suficiente [ARMENTA].

- A. La exhaustividad de una sentencia implica que en ella deben haberse decidido todos los puntos que hayan sido objeto del proceso y que han sido aportado por las partes. La sentencia debe ser completa pero es del caso aclarar que –en clave sustancial– ello supone exclusivamente que nada dotado de entidad acusadora o defensiva quede sin respuesta [DE LA OLIVA]. El derecho a una sentencia exhaustiva se fundamenta en la garantía de tutela jurisdiccional, en cuanto las pretensiones de las partes no pueden ser desestimadas sin obtener un razonamiento adecuado fundado en derecho [CALDERÓN/CHOCLÁN].

La omisión en la sentencia de toda referencia y resolución de las cuestiones jurídicas planteadas oportunamente y en forma determina un supuesto de fallo corto, que origina la nulidad de la misma. Por el contrario, será correcta la denominada desestimación implícita de cuestiones jurídicas

cuando sí se ha dado un razonado y específico pronunciamiento resolutorio a cuestiones contrarias y radicalmente incompatibles y excluyentes de la cuestión jurídica omitida (STSE de 29-05-00); y, en sede impugnativa es posible subsanarla si en la sentencia constan los datos y elementos que permiten integrarla (STSE de 01-03-00).

**B.** La motivación de una sentencia significa explicar el porqué de su contenido y del sentido de la decisión que se adopta.

Abarca lo fáctico y lo jurídico, en este último supuesto se denomina “motivación de la subsunción”.

- i. Lo fáctico, requiere que los hechos y sus pruebas se expongan de manera clara, contundente, terminante. La relación fáctica no puede aparecer confusa, dubitativa o imprecisa –y no contradictoria–.
- ii. Lo jurídico, de aplicación del derecho, material y procesal. Su infracción es causal de nulidad y de violación de una garantía procesal de relevancia constitucional, la tutela jurisdiccional. El razonamiento ha de ser fundado o razonado y razonable, y se refleja en los fundamentos de hecho y de derecho. Se debe saber, por todos, los hechos objeto de la sanción y, también, las pruebas que lo justifican, así como los criterios de determinación de la pena, de la medida de seguridad en su caso y de la reparación civil.

Es de precisar tres puntos centrales en orden a lo que impone el requisito de motivación. Primero, debe existir una motivación fáctica o fundamentos de hecho, inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberá consignarse los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. Segundo, debe concurrir una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados (STCE de 02-11-92). Tercero, cuando la prueba es indiciaria, se ha consignar en la sentencia el razonamiento fáctico que lleva al Tribunal de los indicios o hechos base al hecho indiciado o punible (STCE de 17-12-84).

**C.** La congruencia de una sentencia deriva del principio acusatorio y, en parte, del principio de contradicción, e integra, respectivamente las garantías genéricas del debido proceso y defensa procesal. Los términos en que se formula la acusación constriñen el marco del enjuiciamiento a los elementos que forman el objeto del proceso, de manera que no cabe apartarse de estos [ARMENTA]. Los elementos esenciales deben mantener su identidad a lo largo de todo el proceso, aunque puedan modificarse

las modalidades o circunstancias del suceso, el tipo de delito –siempre que sea homogéneo– y el grado de ejecución. Todas las modificaciones no esenciales pero relevantes, con arreglo al principio de contradicción y derecho de defensa, deben ser sometidas al conocimiento y alegación de las partes, siendo de destacar al mayor grado de perfección del delito o un grado de participación más intenso. En consecuencia, la congruencia penal es la perfecta adecuación de la acusación oral con la sentencia. Si se da un desajuste notorio entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones se produce una incongruencia constitucionalmente relevante (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116, FJ 11). La congruencia es cualitativa y cuantitativa. No es constitucionalmente aceptable la incongruencia omisiva.

- i. Congruencia cualitativa. Los apdos. 1 y 2 del art. 397 NCPP exigen, en primer lugar, que la sentencia solo de por acreditados los hechos y circunstancias descritos en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado; y en segundo lugar, que la modificación de la calificación jurídica del hecho punible solo será posible si se ha planteado la tesis, conforme al art. 374.1 NCPP. Su vulneración determina una incongruencia *extra petita*.

\* El relato fáctico, en sus líneas esenciales, con las circunstancias respectivas, deben ser objeto de referencia y asunción en el fallo. Lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentales para la subsunción, es decir, aquellos hechos naturales, fijados normativamente y que integran el tipo legal a aplicar (STSE n.º 867/2002, de 29 de julio). No se podrá incorporar hechos distintos –vistos desde una perspectiva normativa– ni circunstancias agravatorias no incluidas ni debatidas en el juicio –sí, por cierto, circunstancias atenuantes genéricas–.

Es importante integrar al objeto procesal, el objeto del debate, que obliga a analizar la resistencia de la parte acusada. De hacerlo se incurrirá en una incongruencia *extra petitum*, al igual que cuando se modifica la calificación jurídica de modo que se cambia el bien jurídico protegido. Se entiende por circunstancias las situaciones que rodean, están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, y que se

caracterizan por su accidentalidad, son contingentes, pueden darse o no darse, con independencia de los elementos del delito; solo indican un mayor o menor contenido del injusto o de la culpabilidad, o incluso la relevancia atenuante de un comportamiento posdelictivo. Las variaciones en cuanto a los hechos accesorios —circunstancias— no plantean, en principio, ningún problema constitucional ni ordinario, salvo el punto de las circunstancias agravatorias en cuanto a su relevancia punitiva.

Lo expuesto no significa que el tribunal tenga que reproducir los términos exactos del relato fáctico de la acusación fiscal, sino que basta con que lo haga sustancialmente, en su esencia, pudiendo incluso ampliar las circunstancias, o detalles de lo ocurrido, atendiendo al resultado de la prueba practicada en el juicio oral, que en muchas ocasiones permite complementar el esqueleto fáctico básico incluido por el Ministerio Público en su acusación, situando los hechos objeto de acusación en su contexto, complementándolos y circunstanciándolos (STSE de 04-06-99).

- \* La calificación jurídica, como regla, no es modificable, a menos que el tribunal plantee la tesis. El tribunal no puede sorpresivamente asumir cuestiones jurídicas no debatidas en el juicio ni consideradas por las partes (STCE de 19-02-87). La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que legalmente corresponda. Es de estimar, sin embargo, que el apartamiento del tribunal de la calificación fiscal de los hechos no infringe el principio acusatorio si la nueva subsunción practicada se refiere a un tipo legal homogéneo y la pena aplicada no supera la solicitada por la acusación [CALDERÓN/CHOCLÁN]. Habrá estricta homeogeneidad entre dos tipos legales —entre el título acusatorio y el tipo condenatorio— cuando existe identidad de bien jurídico protegido aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada (STCE de 10-10-86) y, además, identidad



o, al menos, diversidad no esencial, en la configuración de la acción [STSE de 08-03-91].

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n.º 4-2007/CJ-116, de 16-11-07, solo lo ha circunscrito al tipo legal, no al tipo de autoría o participación ni al grado del delito. El planteamiento de la tesis de desvinculación se formula hasta antes de la culminación de la actividad probatoria; de este se corre traslado a las partes para su pronunciamiento, y se autoriza la suspensión del juicio hasta por cinco días. Este planteamiento presupone el respeto del acusatorio, esto es, el objeto no puede variar: homogeneidad de bien jurídico vulnerado.

No hace falta que las partes acepten o asuman la tesis del tribunal. La ley quiere que el proceso penal sea un proceso de partes con armas iguales en posiciones contradictorias y en el que el tribunal no pueda resolver sobre elementos que no hayan podido ser objeto del debate previo a la sentencia. En este caso el tribunal no se erige en acusador, no formula una imputación, personalmente individualizada, de una conducta con caracteres de delito. Además, no se perjudica la necesaria igualdad de las partes ni la posibilidad de utilizar sus armas y entablar debate contradictorio, defendiendo cada cual lo que viere convenirle. Entender la vinculación a la calificación de la acusación a la necesidad de que un acusador asuma la tesis equivale a menoscabar sin motivo suficiente la labor jurisdiccional de aplicación del derecho penal a los hechos [DE LA OLIVA].

Es de tener presente que cuando el juez realiza modificaciones en la calificación jurídica del hecho enjuiciado, simplemente utiliza sus conocimientos jurídicos en la valoración del caso que le ha sido expuesto, como lo exige el ordenamiento; en este caso no comete una falta, sino que, por el contrario, ejerce su función legítimamente. Su única frontera es el derecho de defensa, que se garantiza con el planteamiento de la tesis o aviso previo. Cuando el juez valora la prueba e interpreta las normas jurídicas, no suple la labor de ninguna de las partes, sino que simplemente ejerce la tarea que tiene encomendada, que desde luego no puede reducirse a un sí o un no acerca de lo que han dicho las partes. En ningún caso se puede reducir la labor judicial de

un juez profesional a algo que sería simplemente indigno de su preparación [NIEVA].

La congruencia civil de la sentencia penal de condena se rige por el principio dispositivo y las prescripciones del CPC.

- ii. Congruencia cuantitativa. El apdo. 3 del art. 397 NCPP estipula que el tribunal no puede aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, a menos que la pena pedida sea por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación –ello significa que está permitida la incongruencia *intra petitum*, el juez puede sin duda condenar a una pena menor que la que fue objeto de acusación, tanto más si puede absolver–. El respeto al principio de legalidad penal rige esta congruencia, que se puede denominar, si se infringe, incongruencia *supra petitum*. Si se respeta el parámetro punitivo legalmente previsto, el Tribunal solo puede fijar la pena dentro del mismo y de los límites establecidos por la acusación, pero si esta es ilegal el Tribunal puede desvincularse y aplicar el mínimo legal que corresponda –en pureza, esta concepción normativa está estrechamente ligada al principio dispositivo y, por consiguiente, más bien al proceso civil, pero no en principio al proceso penal en el que se debaten cuestiones de derecho público [NIEVA]–. Por lo demás, si se omite una circunstancia agravatoria, solo cabría plantear la tesis para justificar una pena más grave.

## 5. Aclaración y corrección de sentencia (y demás resoluciones)

### 5.1. Aspectos básicos

El NCPP no tiene normas específicas en materia de aclaración y corrección de resoluciones judiciales. Los principios de exhaustividad, de congruencia o correlación, de celeridad –evita el alargamiento injustificado del proceso– así como el de economía procesal –tendente a la evitación de nulidades procesales y de impugnación [DE SANTO]–; sin embargo, autorizan a configurar fórmulas normativas para que conceptos oscuros, errores materiales u omisiones insustanciales puedan ser subsanados –en pureza, y según el caso, aclarados e integrados– en un momento posterior a la emisión de una resolución jurisdiccional. Responde a esa finalidad la institución procesal de la aclaración y la corrección. “A partir de ella se varía, aunque con sentido débil, el criterio rector de que las resoluciones emanadas por el órgano jurisdiccional son inalterables luego que estas han sido notificadas.

Es de reiterar la expresión sentido débil porque la alteración que puede sufrir no altera, en modo alguno, el contenido sustancial de la decisión; no la modifica (Casación Civil n.º 108-2001/Lima, de 02-07-01).

La aclaración y la corrección son instrumentos perfectamente compatibles con la invariabilidad de las resoluciones judiciales, por cuanto la tutela jurisdiccional efectiva no integra derecho ninguno a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción de la parte decisoria, que puedan deducirse con certeza del propio texto de la resolución y en absoluto afecta a la firmeza que, en su caso, deba predicarse en la resolución o la eficacia de la misma [LÓPEZ YAGÜEZ].

Ante el silencio del NCPP, es del caso aplicar la I Disposición Final del Código Procesal Civil, que es la Ley Procesal Común y que estatuye la aplicación supletoria de sus preceptos a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza. La compatibilidad para el caso del proceso penal es evidente, pues la institución examinada se circunscribe a la necesidad general en todo tipo de procesos de posibilitar que el objeto procesal y el objeto del debate se resuelvan con pleno respeto de los derechos e intereses legítimos de las partes procesales. En tal virtud, el juez debe decidir lo que corresponde, pronunciándose –en lo pertinente– con claridad, corrección formal e integralmente sobre todos los puntos planteados por las partes y que deban ser resueltos para restablecer el imperio del derecho y de la justicia en el caso concreto (Casación Civil n.º 2776-2001/Ucayali, de 01-10-02). Por su intermedio, de ninguna manera, se afecta la circunstancia de la decisión judicial: ese es su límite.

El CPC, sin duda, no califica la aclaración y la corrección como un recurso impugnatorio, pues no buscan rescindir una resolución judicial –juicio rescindente– y, en su caso, su reemplazo por otra –juicio rescisorio–. Su objeto no es el que se acaba de mencionar ni el de modificar un error de fondo o de contenido. Se trata, como la calificó la Casación Civil n.º 3954-2001/El Santa, de 31-07-02, de un remedio procesal que solo permite corregir errores –materiales–, suplir omisiones y clarificar las resoluciones que se expidan –aspectos accidentales y omisiones que no hacen a su esencia [FALCÓN]–. La subsanación que se realiza mediante estos mecanismos procesales no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal concernido (Casación Civil n.º 3892-2006/Lima, de 03-01-08; y, n.º 4876-2006/Lima, de 02-10-07).

Están legítimadas para instar la aclaración y la corrección las partes procesales y, de oficio, el propio juez. Opera, pues, a pedido de parte o de oficio. En cuanto al tipo de resolución que puede ser susceptible de aclarar o corregir, el

Código no hace distinciones, ni limita su admisibilidad, por tanto, lo serán toda clase de resoluciones [LEDESMA]. Aun cuando una decisión se emita oralmente o en audiencia, el pedido de parte –como es obvio– debe ser por escrito y se resuelve sin trámite alguno –no se requiere de una audiencia previa ni de un traslado, luego, no se pone en conocimiento de la parte contraria– (arts. 406 y 407 CPC). La resolución aclaratoria o correctora tiene, por ende, la forma de auto, que a su vez debe ser debidamente notificada a las partes procesales. Si la resolución es desestimatoria de la aclaración o corrección solicitada por las partes es inimpugnable, pero si es estimatoria puede ser recurrida [HINOSTROZA], salvo, como es obvio, si la profiere la Corte Suprema.

La oportunidad para aclarar o corregir una resolución es, desde luego, desde la fecha de su emisión o, en todo caso, desde que se notifica hasta que cause ejecutoria; es decir, antes que quede consentida [RIOJA]. Así, en el caso de los autos de primera instancia es de tres días, de las sentencias de primera instancia es de cinco días y de las resoluciones de vista es de diez días (art. 414 NCPP), y de las sentencias casatorias es, asimismo, de diez días. La resolución que se pronuncia sobre la aclaración o la corrección se integra a la resolución precedente y, por tanto, el plazo para recurrir se reabre a partir de la resolución primeramente citada (Casación Civil n.º 48-2003/Lima, de 01-12-03).

## 5.2. Aclaración de resoluciones

El elemento material de la aclaración es el concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella –con esta última precisión se incluye por cierto a la parte considerativa o los fundamentos de la resolución, siempre que esté causalmente enlazada con aquella–. El concepto oscuro o dudoso significa cualquier discordancia que aparezca entre una declaración contenida en el pronunciamiento y los vocablos utilizados para expresarla. Se centra en el lenguaje utilizado, el cual –por el uso de términos inadecuados o su imprecisión terminológica– da origen a confusiones sobre lo que se quiso decir verdaderamente, hacen imposible obtener certeza de lo resuelto. Se trata de conceptos cuyo empleo choca frontalmente con las exigencias de claridad y precisión que se exige a las resoluciones y, en especial, a las sentencias.

Es el aspecto verbal o formal el que es objeto de la aclaración. No comprende ni el vicio de la voluntad del juez, ni el error de juicio, y tampoco el error en la formación del juicio [SATTA].

La indeterminación o problemático encaje contextual del enunciado gramatical o término incorporado en la resolución, puede ocurrir con: (i) términos

o expresiones ambivalentes, que admiten diversos significados; (ii) conceptos o palabras ambiguas, que posibilitan diversas interpretaciones; (iii) declaraciones aparentemente descontextualizadas en el estricto ámbito del razonamiento o de las conclusiones jurídicas alcanzadas [LÓPEZ YAGÜEZ].

### 5.3. Corrección de resoluciones

Los motivos de la corrección son: (i) los errores materiales y (ii) las omisiones. Se entiende por error material aquella equivocación o incorrección respecto de nombres, de partes en el juicio, de copia o de cuentas. El juez puede cambiar los nombres de alguna de las partes o atribuirles diferente calidad o función –nominar agraviado al imputado, o viceversa–, así como cometer errores ortográficos; puede condenar a la actora y absolver a la demandada cuando de los fundamentos de la sentencia corresponde condenar a la demandada y absolver a la actora –de los fundamentos se aprecia que se declara fundada la demanda, pero se señala que es infundada, o viceversa–; puede formular citas de doctrina, jurisprudencia o legislación, ya sea de modo incompleto e insuficiente o con manifiesta inexactitud en su identificación o texto; o, finalmente, puede incurrir en una errata de cuentas, esto es, errores aritméticos [LEVITÁN].

Estos “errores”, como ha quedado expuesto, son los relativos al contenido de las declaraciones o manifestaciones que recoge la resolución y que evidencian cierta contradicción o desajuste entre los fundamentos jurídicos y el fallo; errores para cuya subsanación no resulte precisa una nueva calificación jurídica o la modificación de las conclusiones probatorias ni desde luego implique una modificación del sentido del fallo (STSE 286/2006, de 9 de octubre). Estos desaciertos no revisten carácter conceptual ni intelectual, y deben ser notorios, al punto que pueden ser advertidas sin esfuerzo hermenéutico alguno [DE SANTO].

Se entiende por omisiones toda aquella falta de un pronunciamiento expreso acerca de una pretensión deducida oportuna y debidamente debatida en juicio, de suerte que, en atención al principio de exhaustividad, la parte decisoria debió comprenderla estimándola o desestimándola. Aquí el juez integra la resolución emitida oportunamente emitiendo otro acto de voluntad. Pero debe tratarse de un error involuntario del juez y no de una omisión por una pretensión que resulta denegada [COUTURE]. Abarca cuestiones accesorias como pretensiones y resistencias de las partes [PALACIO]. No se pueden cambiar fundamentaciones de la resolución [LEVITÁN]. El juez debe mantenerse en el contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado; la concesión no debe suponer cambio de sentido y espíritu de lo resuelto (STCE 305/2006, de 23 de octubre).

Este remedio está circunscripto a la sustanciación de lagunas sobre aspectos oportunamente planteadas en la causa; no es posible incorporar hechos o cuestiones nuevas [DE SANTO].

## II. EFECTOS DEL PROCESO

Los efectos del proceso son dos: la cosa juzgada –incluye los medios de ataque a la misma–; y los económicos, que son las costas [GÓMEZ COLOMER].

### 1. Cosa juzgada

#### 1.1. Concepto

La cosa juzgada es el conjunto de efectos que produce la sentencia firme y resoluciones equivalentes sobre el objeto procesal, tanto positivos (ejecutoriedad y prejudicialidad), como negativos (imposibilidad de volver a interponer la misma pretensión entre las mismas partes). Tiene entidad constitucional propia: art. 139.13 de la Ley Fundamental. La cosa juzgada, como institución, sirve para que un proceso alcance una certeza básica para el cumplimiento de aquel principio; de una parte, confiriéndole firmeza o irrevocabilidad, y de otra, dotándola de eficacia frente a eventuales discusiones posteriores en torno a lo que ya ha sido resuelto en un proceso [ARMENTA].

#### 1.2. Clasificación

La cosa juzgada se clasifica en cosa juzgada formal y material.

- A. La cosa juzgada formal es la preclusión de los medios de impugnación respecto a una resolución jurisdiccional penal. Tiene un efecto intraprocesal, que es el efecto que se genera cuando la sentencia adquiere firmeza. Esta se presenta cuando contra el fallo no procede recurso alguno, cuando se agotan los recursos ordinarios y extraordinarios, cuando no se recurre agotado el plazo legalmente previsto. La cosa juzgada formal es un presupuesto de la cosa juzgada material.
- B. La cosa juzgada material es la vinculación en otro proceso penal que produce las sentencias y autos equivalentes firmes. Es el efecto externo de la sentencia o resolución equivalente. Es un instituto procesal, de naturaleza jurídico-pública, que obliga a los jueces a no juzgar de nuevo lo ya decidido y, derivadamente, a no admitir controversias de las partes acerca de ello

[GÓMEZ COLOMER]; *non bis in idem*. Opera como una causa de extinción de la acción penal (art. 78.1 CP), que permite plantear una excepción al amparo del art. 6.1e NCPP (STC 1182-2010-PA-TC, FJ, 2).

### 1.3. Fundamento

El fundamento de la cosa juzgada radica en el principio de seguridad jurídica, y se sustenta en las garantías genéricas de tutela jurisdiccional y del debido proceso [GIMENO]. La tutela jurisdiccional exige la inmutabilidad de una decisión firme y su ejecutabilidad, en sus propios términos. El debido proceso importa, como una de sus principales consecuencias, la prohibición del *non bis in idem*; institución que significa, primero, que excluye, por ser presupuesto procesal de carácter negativo, bajo examen de oficio, y base de una excepción –la condena impuesta a una persona por un hecho punible extingue la acción penal: arts. 79.2 y 90 CP–, un segundo juicio y, en su caso, la posible condena: prohibición de la doble incriminación; y segundo, que en caso de existir más de un acusado, el fallo es para cada uno de ellos independiente del de los demás (no hay vinculación prejudicial del contenido de la primera sentencia respecto a las otras partes, ni respecto de otro acusado por el mismo hecho ni del mismo acusado por un hecho distinto, aún conexo del hecho juzgado o condicionado por él).

### 1.4. Cosa juzgada material

#### 1.4.1. Resoluciones que la integran

- A. Sentencias definitivas, que son las de fondo, que incide, además de lo penal, en el ámbito administrativo sancionador –efectos reflejos generan todas porque unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado; se debe asumir como ciertos los hechos declarados como tales en una primera resolución o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos–.
- B. Resoluciones equivalentes, que son tanto los sobreseimientos, como aquellas que amparan excepciones –salvo de naturaleza de juicio– y desestiman la incoación del proceso por inexistencia o falta de tipicidad.

#### 1.4.2. Efectos positivos

De manera general, las sentencias firmes y de fondo producen dos efectos positivos:

- i) Ejecutoriedad: Constituyen título ejecutivo y dan lugar al proceso de ejecución a fin de ejecutar lo juzgado.
- ii) Prejudicialidad –que es el efecto positivo por excelencia–: Cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, respecto de la parte resolutive o fallo.

En el primer caso la sentencia penal indudablemente produce este efecto. Su ejecución es de oficio.

En el segundo efecto se presenta la singularidad de la cosa juzgada penal, de la siguiente manera:

- A. La sentencia penal solo vincula al órgano administrativo en un procedimiento sancionador cuando esta aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que exista identidad del condenado; el efecto prejudicial exige que para que no haya duplicidad de sanciones penales y administrativas, la pena debe tomarse en cuenta por la segunda autoridad, administrativa o judicial, para imponer la sanción –caso polémico de coincidencia de fallos penales y decisiones administrativas–. Lo que se exige en este caso es la unidad de fundamento, pues la cosa juzgada no evita juzgamientos heterogéneos de unos mismos hechos.
- B. También rige en la acción civil *ex delicto* excluida del proceso penal, en cuya virtud el juez civil habrá de considerar vinculante toda declaración firme del órgano penal sobre la inexistencia de aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de la acción civil [BANACLOCHE].
- C. En sede propiamente penal, un sector de la doctrina mayoritario, sostiene que no rige este efecto prejudicial, puesto que aquí no existen relaciones jurídicas que puedan dar lugar a causas jurídico-penales prejudiciales y que afecten al mismo sujeto [CORTÉS DOMÍNGUEZ]. Cada causa penal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída al segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

No obstante ello, cabe introducir algunas matizaciones a esta afirmación tan rotunda, pues es posible, de cara a un sector de la doctrina italiana, sostener el efecto prejudicial de una sentencia firme a los copartícipes –no encausados o procesados que, por diversas circunstancias, no fueron in-



cludidos en el fallo—en lo concerniente a la subsistencia material del hecho y a la declaración de extinción de la acción penal por alguna causa objetiva [DE LA OLIVA]. Esta concepción, por ejemplo, ha sido asumida en la Ejecutoria Suprema RN n.º 3724-2013/Lima, de 09-09-14.

### 1.4.3. Efectos negativos

Son efectos excluyentes: descartan un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico, el cual se circunscribe al hecho punible —identidad de objeto (*eadem res*): hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio— y al acusado: identidad de sujeto, hecho y fundamento: artículo III TP NCPP (STSE de 15-10-98).

A. Es indiferente la identidad subjetiva activa: no interesa quién ejercitó la acción penal, ni quién formalmente aparezca como agraviado en la sentencia (*eadem persona*). Solo interesa la identidad pasiva o del condenado —en los delitos plurisubjetivos no rige en modo alguno respecto de los otros imputados, salvo que medió una absolución o sobreseimiento basado en la inexistencia del hecho o en su atipicidad—. El fundamento de esta delimitación en la persona del imputado radica en que en el proceso penal la acusación es pública, por lo que no se exige una legitimación concreta y no ostentan las partes la titularidad del derecho de penar [ASENCIO].

Un supuesto distinto, pero algo parecido, es cuando se siguen dos o más causas por los mismos hechos sin que en ninguna de ellas exista sentencia o sobreseimiento firme, que puede denominarse *ne bis in idem* procesal contemporáneo. Lo único que cabe, por tratarse en pureza de un supuesto de pleito pendiente, no es la excepción de cosa juzgada (STC n.º 1887-2010-HC/TC), sino la unificación de todos esos procesos [NEYRA].

B. La identidad objetiva se circunscribe al hecho punible —hecho histórico y bajo una misma base de lesión del bien jurídico: identidad de elementos esenciales —son irrelevantes la variación de los aspectos meramente accesorios o circunstanciales, incluidos el cambio de la calificación jurídico penal de los hechos o de la participación que se atribuye al imputado—, en el que concurren normas homogéneas— (Ejecutoria Suprema RN n.º 2325-2012/Lima, de 04-09-13), y quedan al margen los hechos distintos y los hechos nuevos (*eadem res* y *eadem petendi*). Comprende hechos que integran el delito continuado, el delito habitual, el delito complejo y el concurso ideal.

## 1.5. Impugnación de la cosa juzgada

La cosa juzgada es un efecto sustentado en el principio de seguridad jurídica. Pero, de forma restringida y limitada, se han de establecer excepciones a la regla general y posibilidades de permitir la anulación o, mejor dicho, rescisión de sentencia firmes cuando concurren circunstancias que la ley estima dignas de ser reconocidas. El único medio de rescisión que reconoce el NCPP es la acción de revisión: arts. III TP y 439-445.

La acción de revisión tiene por objeto pedir la anulación de la sentencia, sea tanto condenatoria como absolutoria. Esto significa que toda sentencia firme y de cualquier índole dictada en un proceso penal es posible de ser revisada [GÓMEZ COLOMER]. Los motivos para sustentar la demanda se encuentran detallados en el art. 439 NCPP y tienen legitimación para presentar la demanda tanto el fiscal supremo en lo penal como el condenado.

## 2. Las costas

### 2.1. Concepto

Los costes que demanda la justicia deben ser sufragados por el Estado y los litigantes; su financiamiento y determinación entre ambos sectores es una decisión política. Cuando los costes deben ser pagados por los litigantes se denomina gastos procesales. Es, pues, el importe de ciertos gastos procesales necesarios –las costas constituyen una especie del género gastos procesales [MUERZA]–, imputables a las partes privadas, cuyo abono, no reintegrable, se realiza por estas, en su caso, con posterioridad a los actos o al proceso mismo que los origina [FENECH].

El perjuicio patrimonial derivado de los gastos procesales para quien se ve obligado a acudir a los tribunales para reclamar algo que injustamente se le niega o para defenderse de una reclamación o acusación injusta, si finalmente los tribunales les da la razón, representa la condena en costas, que permiten al vencedor, en determinadas circunstancias, obtener el reembolso, a costa del vencido, de la totalidad o, cuando menos, de la parte más importante de los gastos que aquel haya realizado para defender su derecho en el juicio. Para quien no disponga de recursos económicos suficientes para afrontar su pago está la asistencia jurídica gratuita, quienes obtienen auxilio judicial.

## 2.2. Regulación básica y aspectos esenciales

La Sección II del Libro Sexto: arts. 497-507 NCPP está dedicada a las costas. Según el art. 497 NCPP las costas son reclamables de toda decisión que ponga fin al proceso o a un incidente de ejecución. Las costas se imponen, de oficio, al vencido y son recurribles autónomamente. No cabe su imposición en cinco procesos especiales: faltas, inmediatos, terminación anticipada, colaboración eficaz y delito privado si culminan por transacción o desistimiento.

Tres son los conceptos que abarcan las costas: 1) las tasas judiciales, 2) los gastos judiciales realizados en la causa (importe de publicaciones, certificaciones, traslados, comunicaciones, etc.), y 3) los honorarios del abogado de la parte vencedora y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes.

Están exentos del pago de las costas los agentes públicos –fiscales, procuradores públicos del Estado, abogados y apoderados o mandatarios de las partes–, y el Estado, incluyendo los órganos constitucionalmente autónomos, Gobiernos regionales y locales, y las universidades públicas. También lo están quienes obtienen auxilio judicial. Según el art. 179 CPC, es asignado por el Poder Judicial a las personas naturales que, para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes de ellas dependan, cuya declaración formal, conforme al art. 183 CPC, los exonera de todos los gastos del proceso y determina el nombramiento de un abogado que actuará como apoderado, y cuyos honorarios los paga el perdedor o el Colegio de Abogados. Pagará costas, por el contrario, el denunciante que provocó el procedimiento por medio de una denuncia falsa o temeraria.

## 2.3. Imposición

Las costas, según el art. 500 NCPP, se imponen en toda sentencia condenatoria y al imputado cuando sea declarado culpable o peligroso. Cuando se trata de una sentencia mixta, con absoluciones y condenas, se fijará un porcentaje, al igual que cuando existan varios condenados. Si se trata del mismo delito por el que se han condenado a varias personas, las costas son solidarias. Si el condenado tiene solvencia económica, pagará los servicios del defensor de oficio. Por otro lado, en caso de sentencia absolutoria y sobreseimiento, se impone costas al actor civil o querellante particular si obró con temeridad o mala fe –supuestos en que la pretensión ejercitada carece de toda consistencia y es patente esa ausencia de fundamento (STSE de 14-06-00)–; también, al imputado, un porcentaje, cuando

el proceso se formalizó por su confesión falsa o autodenuncia. El actor civil pagará costas cuando se ampare una cuestión previa o prejudicial.

No solo es imponer las costas en una sentencia sino también en la calificación de sentencia. Así en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema señaló que como se trata de una terminación anticipada del proceso de revisión penal por declaración de improcedencia de la demanda de revisión penal, se aplicó el art. 497 num. 1 del NCPP, esto es, se condenó al recurrente a las costas procesales correspondientes [Rev. Sent. (N CPP) n.º 119-2014/Ucayali, Rev. Sent. (N CPP) n.º 150-2014/Ancash, Rev. Sent. (N CPP) n.º 117-2014/Cañete].

En el proceso por delito privado el imputado pagará las costas cuando se le condene por difamación o injuria encubiertas. No se paga costas en este proceso si las partes transigen. Si la sentencia impone reparación civil, las costas las pagan solidariamente el imputado y el tercero civil; si no se impone reparación civil, las costas la paga el actor civil; pero si la acción civil no puede proseguir cada parte soporta sus propias costas. El abandono de la instancia determina la condena en costas del querellante particular.

En los supuestos de incidentes de ejecución las costas las pagan quien los promovió si resulta vencido. En el caso de los recursos, las costas las paga el recurrente si pierde, salvo que no se hubiera opuesto al recurso.

La resolución sobre las costas se impone en cada instancia. Si la resolución superior revoca la anterior, la parte vencida pagará las costas de ambas.

#### **2.4. Tasación**

La tasación o liquidación, según el art. 506 NCPP, corresponde al secretario judicial y se dispone una vez que quede firme la respectiva resolución. Fijada la liquidación se pone a disposición de las partes por tres días para su observación –en función a la ilegitimidad de un rubro o concepto integrado o su excesiva cuantía–. El juez de la investigación preparatoria, previo traslado, resuelve la observación. Las costas, firme que sea esta resolución, son pagadas inmediatamente, bajo la vía de la ejecución forzosa, cuyas decisiones son irrecurribles.

*PARTE SEXTA*

**EL PROCESO PENAL DE PROTECCIÓN  
PROVISIONAL – LAS MEDIDAS DE COERCIÓN**



## ***LECCIÓN DÉCIMA SEXTA***

### **PROCESO PENAL Y MEDIDAS DE COERCIÓN**

#### **CONCEPTOS GENERALES**

##### **I. EL PROCESO DE PROTECCIÓN**

###### **1. Concepto y naturaleza jurídica**

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

- A.** 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].
- B.** 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 NCPP 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].

## 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 NCPP, 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 (art. 258 NCPP) o si se trata de modificarla, en cuyo caso siempre se requerirá audiencia oral (art. 255.3 NCPP).
- 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 (art. 255.1 NCPP). 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 (art. 255.2 NCPP). (regla *rebus sic stantibus*). Pero una vez culminado el proceso declarativo de condena con un fallo estimatorio la medida de coerción se convierte en medida ejecutiva, que se erige en la herramienta para asegurar el cumplimiento de la sentencia estimatoria en última instancia [Trro 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

Son los actos realizados por la autoridad penal (que si es jurisdiccional –regla general–, requiere de una resolución fundada compatible con los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad: art. 253.2 NCPP) que pueden adoptarse contra el presunto responsable de un hecho punible, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, 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 (art. 253.3 NCPP). 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 consuma o amplíe los efectos del delito enjuiciado [MÁLAGA DIEGUEZ]. 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 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 MORERÍA]. 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.

## 2. 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, unos presupuestos; y, en segundo lugar, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos efectos.

### 2.1. Presupuesto material

Son dos los presupuestos materiales de toda medida de coerción: *fumus commissio delicti* y *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 su presupuesto más importante [CALAMANDREI] 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).

## 2.2. 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 (art. 255.1 NCPP), conforme a las directivas del art. 254 NCPP. Por tanto, la medida de coerción se inscribe en un proceso abierto y no pueden ser efectuadas más que por el juez que previno de su conocimiento (art. 3 NCPP). 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.

## 2.3. Recursos

La resolución coercitiva es impugnada 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 (art. 257 NCPP).

## 3. 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 [GUTIERRES 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 catorce medidas de coerción que reconoce y regula el NCPP. Así:

- A.** Personales: **1.** Detención. **2.** Prisión preventiva. **3.** Internación preventiva. **4.** Arresto domiciliario. **5.** Arraigo. **6.** Comparecencia. **7.** Suspensión preventiva de derechos.
- B.** Patrimoniales: **8.** Inhibición. **9.** Embargo. **10.** Secuestro conservativo. **11.** Incautación. **12.** Medidas anticipativas (suspensión de la actividad contaminante). **13.** Medidas innovativas (pensión de alimentos y desalojo preventivo). **14.** Medidas preventivas contra las personas jurídicas (clausura temporal de establecimientos, vigilancia judicial).

#### 4. 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 presupuesto y circunstancias que justificaron su adopción: regla del *rebus sic stantibus*. Algunas medidas, concurrentemente, son temporales.

- D. Homogeneidad. Son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienen a preordenar. Como las medidas de coerción garantizan los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa, en cierto modo, de las medidas ejecutivas; se corresponde con el juicio de idoneidad que debe presidir su imposición.
- E. Proporcionalidad. Es una cualidad esencial que ha de cumplir toda medida de coerción, que se alza como presupuesto rector de la misma. Esta nota característica —de clara naturaleza relacional— entre los juicios e intereses jurídicos en conflicto cuando se aplica la medida, exige un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado por la medida de coerción, y los bienes que su afectación trata de proteger; entre el riesgo que pretende conjugar y las consecuencias perjudiciales que produce sobre el derecho fundamental concernido. Sus presupuestos son la legalidad de la medida y su finalidad constitucional legítima. Sus requisitos son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

## 5. 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 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 art. 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”.

## 6. Principio *pro hominie*

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 [SHIAYO].

## **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 (art. 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 los autoridades policiales en flagrante delito (art. 2.24.f CP). De esto se desprende que la libertad es un derecho fundamental, y que las medidas limi-



tativas —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 NCPP 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 incommunicada.

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 (art. 71 NCPP) [BANACLOCHE]. Ha sido reconocido así en el art. 14.3b 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 art. 8.2a 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).

## 2. 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 (art. 259 NCPP).

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: 24 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 (art. 377 CP) u omisión o retardo injustificado de apoyo policial (art. 378 CP).

### 3. 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 art. 260.2 NCPP: 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.* art. 259 NCPP]; (iii) autoriza a los ciudadanos a interrogar a los detenidos, ni a ejercer violencia; (iv) oral, no requiere de resolución autoritativa.

#### 4. Detención judicial preliminar

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

La orden de detención se cursa a la policía por escrito y, de ser el caso, por vía rápida: fax, correo electrónico, teléfono. La requisitoria dictada tiene una vigencia de seis meses, salvo cuando se refiere a los delitos exceptuados: tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, en donde la medida no caducará hasta la efectiva captura del requisitoriado.

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

## 5. Detención convalidada

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

El plazo de la detención convalidada –o, en pureza, detención prolongada– es de siete días naturales. Para su dictación se exige instancia motivada del fiscal y previa audiencia pública. El juez de la investigación preparatoria decide analizando las actuaciones proporcionadas por el fiscal y las alegaciones de las partes. Al vencimiento del plazo el fiscal está obligado a poner al detenido a disposición judicial para determinar, previa audiencia, si dicta mandato de prisión preventiva u otra medida alternativa: comparencia restrictiva. Están excluidos de esta medida los delitos exceptuados, precisamente porque el plazo de detención es hasta de quince días.

## 6. Detención incomunicada

Es una modalidad de cumplimiento de la detención, dispuesta judicialmente, que consiste en el total aislamiento del imputado detenido respecto del mundo exterior –contacto verbal o escrito con terceros–, de modo que ni puede re-

cibir 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 art. 265.1 NCPP 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 (art. 265.1, última frase, NCPP). 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 moti-

vos 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 art. 265.1 NCPP.

### 7. Recurso de apelación

Son apelables los autos que acuerdan la detención judicial preliminar, convalidada e incommunicada. 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 el día de la vista o al día siguiente, 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. 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*, art. 268.1c NCPP) [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 NCPP: arts. 268-285 NCPP, 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. 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 exprosa 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) proporcionalidad, en cuya virtud esta debe adecuarse a los fines constitucionalmente legítimos: asegurar normal desarrollo del proceso, y la ejecución del fallo –asegurar la disponibilidad del imputado a los fines del proceso–, a la que solo ha de acudirse en situaciones importantes y graves. El NCPP, 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 detención 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, art. 268.1b NCPP. Finalmente, otra característica esencial (iv) es la temporalidad: su duración viene condicionada al cumplimiento de plazos legales, considerados como máximos, lo que no significa que en el caso concreto, judicialmente, pueda concebirse una menor.

En tanto la prisión preventiva es una medida de coerción y sus fines han de ser constitucionalmente legítimos, lo 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 0791-2002-HC/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-318-2008 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].

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 deben 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 está supeditado 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 (art. 279 NCPP), lo que 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 art. 28.3.b del NCPP. 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, la exigencias de sospecha vehemente o bastante de la comisión por el imputado de una conducta delictiva grave.

## 2. Presupuestos

Son dos los presupuestos de la prisión preventiva: materiales y formales, en los que destaca la realización de una audiencia para la adopción de la medida.

### 2.1. Presupuestos materiales

Son dos: fundados y graves elementos de convicción, 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

Se denomina sospecha vehemente o sospecha bastante de la existencia de un delito y de su atribución al imputado como autor o partícipe del mismo –se está ante un verdadero juicio de imputación–. Esta exigencia presupone un cierto grado de desarrollo de la imputación y significa, entonces, que debe existir un alto grado de

probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXIN]; probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, la probabilidad de condena se debe fundamentar en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto [NIEVA].

La STEDH Fox, Campbell y Hartley, de agosto de 1990 precisó que se requiere de la concurrencia de elementos que sean suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho. La sospecha bastante o vehemente, a juicio del TEDH, opera como condición necesaria para adoptar y mantener la medida [STEDH W, de 26-01-93]. No se requiere certeza, pues a esta situación se llega solo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio [DEL RIO].

### 2.1.2. Motivos de prisión

Son dos: delito grave y peligrosismo procesal.

- A. Gravedad del delito.** La ley fija un criterio cuantitativo en función a la prognosis de la pena privativa de libertad que se espera imponer según los criterios de medición previstos en el Código Penal: superior a cuatro años de privación de libertad. Es de tener presente que el transcurso del tiempo lleva a que el criterio de la gravedad vaya perdiendo consistencia y, en las posibles prórrogas, o en el mantenimiento de la medida empiecen a ser más relevantes las circunstancias personales del imputado y las circunstancias del caso (STEDH Labita de 26-04-00).
- B. Peligrosismo procesal –elemento teleológico–.** Es su presupuesto principal. Se concreta en cualquier acción que pueda realizar el imputado estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en la sentencia [NIEVA] o la finalidad legítima del proceso. La naturaleza del delito y la gravedad de la pena no son suficientes, no puede aplicarse la prisión automáticamente [DEL RIO]. No se puede justificar la privación procesal de la libertad bajo presunciones de orden criminal, aunque tal posición no se deriva de la garantía de presunción de inocencia –como señaló la STC n.º 1802-2005-HC/TC, de 29-04-05–, sino del principio de proporcionalidad. La gravedad y la modalidad del hecho constituyen, en línea de principio, un factor genérico para

afirmar la peligrosidad, que, en todo caso, deber ser concretado con las particularidades del caso concreto [MURILLO].

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

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

El Tribunal Constitucional ha desarrollado estos elementos de juicio que deben ser evaluados tanto antes como durante el desarrollo del proceso para determinar la existencia de peligro procesal (STC n.º 01555-2012-PHC/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].

- Peligro de fuga. El juez debe estimar la acreditación de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga. Los criterios o circunstancias acreditativas que el NCPP incorpora, enunciativamente, en atención a las condiciones objetivas y subjetivas que pueden propender la fuga, son los siguientes:
  - (i) Aquellas vinculadas a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como arraigo –que tiene un carácter objetivo–. En este aspecto se verificará, por ejemplo, los lazos familiares del imputado, si su familia vive con él –sustenta a la unidad familiar–, también su ocupación laboral que supone que el medio de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país o en su localidad, y finalmente si tiene un domicilio conocido dentro de la jurisdicción. Es importante mencionar que el análisis del arraigo no supone evaluar la existencia o inexistencia de este presupuesto, sino que se debe ponderar la calidad del arraigo. En este sentido, es legítimo imponer una prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no aleja al imputado del riesgo fundado de fuga (RA n.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].

(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].

(iii) La importancia del daño resarcible y la actitud del imputado frente a él –si auxilió a la víctima o la abandonó, etcétera–. Este criterio es desacertado, pues condiciona la valoración de la conducta del procesado frente a un hecho futuro e incierto como es el pago de una eventual reparación civil y, además, adopta un canon para la determinación de la pena como es el hecho de analizar su comportamiento frente a la víctima. Es claro que se puede salvaguardar la futura reparación de la víctima mediante la adopción de otras medidas idóneas mediante el embargo o la incautación [ORÉ GUARDIA].

(iv) El comportamiento del encausado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior –si se pone a derecho una vez se entere del emplazamiento judicial, y cómo fue su conducta procesal en otras causas–. Tratándose del comportamiento del procesado en otras causas, como por ejemplo, en el caso de una fuga consumada nos da una puta fiable del comportamiento futuro del imputado.

(v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración, que es una guía recientemente incorporada y que debe ser valorada junto con el resto de criterios o circunstancias, pues su sola existencia no es requisito *sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva (RA n.º 235-2011-P-PJ– Circular sobre Prisión Preventiva), aunque esta integración como criterio de prisión preventiva sería más sólida si el imputado esté en posibilidad de servirse de la organización criminal para eludir la acción de la

justicia, esto es, si sería 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 art. 270 NCPP: 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 NCPP– 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 utilizarse 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 manifestó el procesado [ORÉ GUARDIA].

- C. **Presupuesto especial.** Artículo 268.2 NCPP. 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].

## 2.2. Presupuestos formales

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

### 2.2.1. Audiencia de prisión preventiva

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–. Se celebra con concurrencia obligatoria fiscal, imputado y defensor (si no asiste, se reemplazará con el de oficio). Rige el art. 8 NCPP: 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 agraviada, antes escucha a este]. La Casación ha definido que la intervención del imputado está sujeta a su presencia en el juicio.

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

### 2.2.2. Auto de prisión

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 Iñíguez, 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 1091-2002-HC/TC, de 12-08-02).

## 3. Duración

### 3.1. Plazos ordinario y especial

El NCPP 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 (art. 342.3 NCPP) el plazo no durará más de dieciocho meses. Así, art. 272 NCPP 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 art. 274 NCPP, solicitar la prolongación del plazo.

A su vencimiento, procede la excarcelación inmediata, sin perjuicio de dictarse medidas alternativas, previstas en el art. 288.2 al 4 NCPP: 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: art. 274.4 NCPP.

### **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 por un plazo que no excederá de 18 meses: art. 274.2 NCPP. El fiscal la debe solicitar antes de su vencimiento. 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 art. 279.2 NCPP, según la norma de remisión del art. 276 NCPP).

### **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 art. 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 2915-2004-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 art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (STC n.º 01680-2009-PHC/TC, FJ 34).

#### 4. Impugnación

Conforme al art. 278 NCPP, 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 art. 271 NCPP. 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 supe-

rior, 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 (art. 274.3 NCPP).

## 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 sufre 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 art. 279 NCPP, si se presentan indicios delictivos fundados de que el imputado libre está incurso en los presupuestos materiales de la prisión preventiva (art. 268 NCPP), puede emitirse un auto fundado de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva; cuya emisión está condicionada, conforme al principio de rogación, que lo inste 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 art. 280 NCPP, 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] —ne-

cesidad 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 el día de la vista o al día siguiente.

## 8. Cesación de la prisión preventiva

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

La cesación, como medida provisional que es, importa la imposición en reemplazo de la prisión preventiva de una medida menos intensa. La opción por una de ellas requiere, adicionalmente, tomar en cuenta tres factores específicos: 1) características personales del imputado; 2) tiempo de privación procesal de la libertad; y, 3) estado de la causa. Además, debe imponerse al imputado reglas de conducta del art. 288, definidas como restricciones, cuyo objeto es garantizar la presencia del imputado y evitar que lesiona 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 (art. 284 NCPP).

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].

### 8.1. Últimas reformas en materia de cesación de la prisión preventiva

El D. Leg. n.º 1229, de 25-09-15, que modificó el art. 283 NCPP —en rigor, se limitó a numerar los cuatro párrafos del enunciado normativo—, ratifica el carácter variable, en función a la subsistencia de los correspondientes presupuestos materiales, de la prisión preventiva.

La prisión preventiva debe cesar —es decir, ponerle término— cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Se requiere un cambio en la situación jurídica del imputado que incida en cualquiera de los presupuestos materiales que determinaron la prisión preventiva: (i) sospecha fundada y grave de vinculación delictiva; y/o (ii) motivos de prisión: (a) gravedad del delito: superior a cuatro años de privación de libertad, y (b) peligrosismo procesal, centrado en los peligros de fuga o de obstaculización.

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

tigativa 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 aseguradora.

#### IV. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Es, conforme al art. 290 NCPP, 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 art. 290 NCPP deben interpretarse de manera restrictiva, es decir, si solo en estos supuestos el juez está facultado para imponer detención domiciliaria. El art. 290 NCPP 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 art. 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 art. 290 NCPP, 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 cualesquier 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.

## V. LA INTERNACIÓN PREVENTIVA

Está destinada, conforme al art. 293 NCPP, 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 art. 20.1 CP, el juez de la investigación preliminar 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 a la cual puede representarlo un familiar.

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

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

## VI. COMPARECENCIA

### 1. Concepto y alcances

Presenta dos modalidades: simple y restrictiva. Es una medida restrictiva de la libertad personal menos intensa que se define negativamente; comporta una mínima limitación a la libertad personal; es la convocatoria imperativa que se dirige al imputado para que comparezca a intervenir en el proceso. El art. 296 del NCPP 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

art. 268 NCPP. 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 (art. 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 justifiquen (no cubren las exigencias de los presupuestos materiales de la prisión). Si el imputado incumple la citación —no se presenta en término ni demuestra un impedimento legítimo—, se dicta el mandamiento de conducción compulsiva, por el cual la Policía Nacional estará a cargo de su ubicación y captura a fin de que se haga presente ante la autoridad judicial o fiscal. En esto último radica su carácter coercitivo. El imputado tiene el deber de asistir a las diligencias procesales, cuantas veces sea llamado por la autoridad competente, cuyo incumplimiento ocasiona el mandato de conducción compulsiva.

## 3. Comparecencia restrictiva

### 3.1. Características generales

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

Las restricciones reconocidas por el art. 288 NCPP 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 art. 289 NCPP 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

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 (arts. 8-9).

Este mecanismo, utilizado como restricción procesal, tiene un presupuesto propio vinculado a la gravedad del delito objeto de imputación. Según el art. 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 (art. 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 (art.

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 art. 268.1b NCPP.

El apartado 5 del art. 287 NCPP, 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 art. 287 NCPP— en el auto respectivo.

A su vez, el art. 288.5 NCPP, 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 (art. 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 art. 288 NCPP, 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.

## 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 art. 295 NCPP 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 NCPP 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.

El límite temporal de esta medida es de cuatro meses. La prolongación solo procede respecto de imputados hasta por un plazo igual, y su dictación exige una celebración de audiencia. Para el testigo, la medida no puede durar más de treinta días.

## VIII. SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS

El art. 298 NCPP reconoce cinco clases de medidas de suspensión preventiva de derechos, destinadas a la evitación de la violencia o de su reiteración delictiva, y que cumplen funciones de aseguramiento y prevención —protegen a la víctima y a la colectividad de futuras agresiones—. Presentan un perfil de defensa o protección de la sociedad —son propiamente medidas autosatisfactorias—. Conllevan una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que se verá afectado por una pena de inhabilitación. Por tanto, se asemejan más a una medida anticipatoria que a las medidas propiamente cautelares. Son: 1. Suspensión del ejercicio de patria potestad, tutela o curatela. 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 desamparados ante una situación violenta. **(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 la víctima de violencia familiar debe constatar 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 art. 315.1 NCPP insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a “las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad”.

#### **II. CLASES E IDENTIFICACIÓN**

##### **1. Clasificación**

Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación (Acuerdo Plenario n.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 NCPP 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 NCPP no solo reconoce las medidas anticipativas genéricas, también incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (arts. 311 y 312 NCPP).

No están reconocidas las medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de solicitarlas. 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 de derecho presentada al incoarse el proceso (arts. 682 y 687 CPC).

## 3. Presupuestos materiales

### 3.1. *Fumus delicti comissi*

Consiste, como se ha precisado anteriormente, en la existencia de indicios racionales de criminalidad (apariencia y justificación del derecho subjetivo). Debe existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el art. 303.3 NCPP, aún cuando se refiera solo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición.

El *fumus*, de un lado, debe referirse a un delito, que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, exige que los indicios evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil.

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

### 3.2. *Periculum libertatis*

Es el peligro derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso declarativo de condena. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal (peligro de infructuosidad). Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado [MORAS MONS].

El *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El art. 303.3 NCPP, 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 art. 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 *contra-cautela*, 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 NARVAEZ]. 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 (art. 315.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del art. 203.2 NCPP, 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 (art. 315.2 NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (art. 203.2 NCPP).

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: art. 278.2 NCPP: 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 art. 304° se sanciona con la inadmisibilidad todo acto o petición destinado a dilatar o impedir la concreción de la medida. Una vez ejecutada la medida cabe la notificación a las partes, para su impugnación dentro del tercer día, sin efecto suspensivo.

## 5. Las concretas medidas de coerción reales

### 5.1. El embargo

Es una medida real mediante la cual se persigue la individualización y adscripción de bienes (inclusive se pueden afectar sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos) o derechos suficientes del patrimonio del imputado para garantizar las eventuales responsabilidades jurídico-económicas del delito. Esta medida no afecta la disponibilidad del bien; el bien embargado preventivamente no se convierte en indisponible para su titular, pero el titular del embargo tiene sobre él un poder reipersecutorio, en caso de efectuarse cualquier enajenación o transferencia del bien –sea a título oneroso o gratuito–. Se requiere para su validez: que los bienes sobre los que recaiga pertenezcan al imputado –ya se hallen en su poder o de terceros–; que tengan un contenido patrimonial y sean susceptibles de realización; y, que la Ley no establezca su inalienabilidad, total o parcial. No podrán ser objeto de embargo: (i) los derechos personales como las prestaciones de seguridad social, los derechos honoríficos, etc.; (ii) los bienes excluidos del comercio, ya por la naturaleza propia del bien o por disposición de una norma positiva; (iii) los derechos personalísimos o fundamentales de la persona; y, (iv) derechos y acciones concernientes al estado civil de las personas, como la filiación y la patria potestad [LEDESMA]. Es subsidiario de la orden de inhibición, de conformidad con el principio de la “alternatividad menos gravosa”.

El actor civil debe prestar contracautela, que puede ser real o personal –entre estas últimas está la caución juratoria–. Esta, según el art. 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 art. 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 art. 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 art. 305 NCPP 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 art. 305 NCPP. En relación a los tipos de embargos, se debe remitir a lo dispuesto por el Código Civil en los arts. 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 alzaré de oficio el embargo, y se determinará los daños y perjuicios que hubiera podido producir dicha medida, siempre que haya sido expresamente solicitados 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 art. 310 NCPP. 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 venderlo o grabar bienes inmuebles y muebles de carácter registrable.

Aún 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 art. 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 celeridad 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. La incautación

#### 5.3.1. Aspectos generales

Es una medida real que persigue el aseguramiento, mediante su aprehensión y ocupación, de bienes delictivos: efectos e instrumentos del delito, así como objetos del mismo, siempre que exista peligro de infructuosidad: evitar su pérdida o desaparición, a fin de responder a la consecuencia accesoria de decomiso. Como es obvio, esta medida no se refiere al riesgo de insolvencia, sino solo de desaparición de bienes delictivos.

El elemento de jurisdiccionalidad estricta se ve limitado cuando existe peligro por la demora, pues la Policía o el fiscal pueden aprehender y ocupar el bien inmediatamente, sin perjuicio que el segundo recabe inmediatamente la correspondiente resolución judicial confirmatoria; en caso contrario, las partes deben requerir al juez la expedición de la medida (Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116, FJ 11).

El presupuesto material específico de esta medida, según el art. 317 NCPP, estriba en el peligro de que deba existir que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito, objeto de la medida, pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos. Ha de tenerse en cuenta, por razones de estricta proporcionalidad, los arts. 102 y 103 CP.



La ocupación del bien incautado –cuyo registro debe ser riguroso– puede variar. El art. 318.3 NCPP dispone que, en este caso, el bien pueda ser devuelto al afectado a cambio del depósito de su valor o entregado provisionalmente al afectado. Esta entrega, desde luego, procederá si no existe peligro para los fines de aseguramiento que motivaron la adopción de la medida [SÁNCHEZ VELARDE].

Si se alega que el bien incautado corresponde a otras personas, estas pueden intervenir en la causa como participantes, quienes serán oído y estarán autorizados a formular oposición o reexamen de la medida para lograr su alzamiento y entrega, pretensión que se resolverá previa audiencia con citación de las partes (art. 318.4 NCPP). El Acuerdo Plenario n.º 5-2010/CJ-116 ha interpretado que, en aquellos casos donde es manifiesta la existencia de evidencias o pruebas de que los bienes no son delictivos, se podrá formular directamente una apelación y no esperar a solicitar un reexamen, más aun cuando este supuesto introduce la facultad al juez de valorar –a partir de nuevos indicios– sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida.

El sistema de audiencias, por lo demás, es el que rige para las pretensiones de confirmación, imposición, variación y reexamen de la medida de incautación; y, las decisiones que se emitan en estos ámbitos son apelables, que el Tribunal Superior resolverá bajo el trámite acelerado del procedimiento de apelación de las medidas de prisión preventiva.

La medida cesará cuando se dicta sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o resoluciones equivalentes –de archivo–. El cese de la medida importa la devolución de los bienes a su titular, salvo bienes que sean intrínsecamente delictivos (por ejemplo, artefactos para falsificar documentos o preparar explosivos o drogas). El cese, en estos casos, está condicionado, a que el ex imputado pueda responder al pago de costas. De otro lado, tratándose de sentencias condenatorias la restitución no puede ser ordenada, si previa instancia de parte, el imputado o responsable civil cumple con las responsabilidades pecuniarias declaradas.

Sobre el estadio procesal para solicitar la incautación por parte del fiscal o del agraviado, si bien el NCPP limita su aplicación a la etapa de investigación preliminar o de investigación preparatoria, conforme al art. 4.c de la Ley de Pérdida de Dominio, D. Leg. n.º 1106, también se debe aplicar la incautación durante la etapa intermedia, puesto que esta norma establece que para que opere la acción de pérdida de dominio (decomiso fuera del proceso penal) los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o los demás bienes y activos que pueden decomisarse conforme a ley, deben descubrirse con posterioridad a la etapa intermedia; por

lo tanto, si se descubren en esa fase o etapa procesal, procede el decomiso y, en consecuencia, la incautación dentro del propio proceso penal [GÁLVEZ VILLEGAS].

Un supuesto de excepción en cuanto a la aplicación de las reglas y los presupuestos para obtener una medida de incautación se encuentra en los casos de los delitos aduaneros. La incautación en materia aduanera se caracteriza por: (i) imposibilidad de la entrega o devolución de los bienes, mercancías, transporte, bienes y efectos que constituyen el objeto del delito, en la medida que no se dicte sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firme, tanto para cuando se trate de bienes muebles como inmuebles (no aplica una regla de proporcionalidad); (ii) tratándose de archivo de la denuncia o del caso en la etapa de investigación preparatoria, será la Administración Aduanera la que determine la evaluación de la devolución de estas mercancías, bienes o efectos, previa verificación del cumplimiento de obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional; y, (iii) no aplica el carácter provisional de la medida, pues aun cuando las circunstancias que motivaron la incautación pueden haber variado, la medida se mantendrá hasta el archivo de la denuncia o se expida sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

Hay que diferenciar dos casos respecto a las limitaciones impuestas para la devolución de los bienes cuando exista el archivo de una investigación por el Ministerio Público. De un lado, cuando nos encontramos en el supuesto de una investigación preparatoria conforme al NCPP, en cuyo supuesto es razonable que sea el juez de investigación preparatoria sea quien levante la incautación al disponer la devolución de los bienes afectados. Por otra parte, referido a los casos del NCPP o del CPP, en donde el fiscal en la investigación preliminar decide el archivo de la investigación. El juez penal en este caso no tiene ninguna injerencia. Resulta crítica, en este último supuesto otorgarle a la Administración Aduanera la facultad de disponer la entrega de un bien, sobre un ámbito de actuación del representante del Ministerio Público.

### 5.3.2. Especialidades en el delito de tráfico ilícito de drogas

El D. Leg. n.º 1241, de 26-09-15, prevé como consecuencia accesoria de decomiso las drogas, las sustancias químicas y las materias primas, objetos materiales del delito de tráfico ilícito de drogas. Se entiende que los instrumentos y efectos del delito, por imperio del art. 102 CP, también son decomisados.

Asimismo, como medida de coerción real, se tiene la incautación. El art. 12.2 del citado decreto legislativo identifica los siguientes bienes:

- A. Los equipos, material de laboratorio, implementos y enseres empleados en la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- B. Los elementos, herramientas o instrumentos de uso directo para el cultivo y explotación ilícita de la coca.
- C. Los bienes muebles e inmuebles: vehículos, naves, artefactos navales o aéreos, aeronaves y semovientes o soportes empleados como medios o instrumentos para facilitar la comisión del delito.
- D. El dinero, bonos, joyas y otros bienes vinculados con la comisión del delito.
- E. Las armas, municiones y otros elementos de origen ilícito o empleadas en la comisión del delito.

A efectos de la incautación de inmuebles, vehículos, dinero u otros valores se evalúa el nexo que existe con los presuntos autores o partícipes, las posibilidades que tenían de conocer el hecho delictivo, o que teniendo conocimiento del delito no lo hubieran denunciado de inmediato. La norma hace mención a una 'vinculación jurídica' no exclusivamente a la propiedad de tales bienes.

Finalmente, tratándose de bienes muebles, en flagrancia, se puede disponer su 'inmovilización transitoria', a fin de asegurar la permanencia y custodia en el lugar que se encuentren. La ulterior incautación puede ser dispuesta a continuación. De conformidad con el art. 15, literal e, del aludido decreto legislativo, en estos delitos para la incautación de bienes no se requiere orden del fiscal ni autorización judicial, lo que no significa empero que el imputado puede instar una acción de tutela para excluir los excesos.

La destrucción de medios de transporte terrestre, acuático o aéreo para trasladar drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sustancias químicas e insumos químicos es posible, pero sujeto a cuatro supuestos y, concurrentemente, a una de cuatro circunstancias excepcionales. Los supuestos son: 1. No exista posibilidad de traslado debido a las condiciones geográficas del lugar de los hechos. 2. Falta de disponibilidad de medios o imposibilidad material para el traslado a lugar seguro. 3. Situación social conflictiva que amanece la vida o seguridad del personal interviniente y que pueda poner en riesgo la operación policial. 4. Peligro razonable para el personal y/o terceros de manera directa o indirecta si se realiza el traslado de los bienes.

Las circunstancias que habilitan la destrucción son: 1. El traslado de sustancias químicas o drogas se realice a través de comportamientos acondicionados

en la estructura de las unidades vehiculares. 2. El servicio de transporte en el cual se trasladan los insumos químicos haya contenido con esa finalidad, mediando o no los otros bienes empleados como cobertura. 3. Con conocimiento del propietario del medio sobre el ilegal propósito o por las circunstancias concurrentes hubiere conocido o si hubiese tenido posibilidad de conocerlo. 4. Se trata de unidades de transporte aéreo no inscritas o registradas en los padrones oficiales según corresponda o cuando se haya omitido el reporte de la operación aérea.

Por las especiales características de los bienes incautados, la ley autoriza su incineración, destrucción o inutilización, según el caso. Además, dispone su puesta a disposición de la CONABI, SUCAMEC, autoridad marítima y Dirección Aérea de la Policía Nacional.

#### 5.4. Las medidas preventivas contra personas jurídicas

La finalidad de las medidas contra las personas jurídicas previstas en el art. 105 CP es prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Como se trata de medidas satisfactivas o anticipatorias ha de ponderarse la presencia del *fumus delicti*: realidad del delito y vinculación de que su realización haya sido ejecutada por una persona natural en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o ha utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo. El legislador ha optado –para construir la teoría de la imputación de las personas jurídicas– por un modelo de responsabilidad derivada (o indirecta) de la responsabilidad de las personas que actúan en su nombre [ZUÑIGA RODRÍGUEZ]. La vinculación de la persona jurídica con la realización de un hecho punible se analiza a partir de tres aspectos fundamentales: (i) el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, para lo cual lo determinante es que la persona o el imputado haya realizado el hecho ilícito dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica; (ii) la organización de la persona jurídica se haya visto favorecida con la comisión del hecho delictivo, es decir, se trata de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen empleando la estructura de la persona jurídica; y, (iii) se utiliza la persona jurídica para encubrir el delito, en cuyo supuesto se trata de actos materializados con posterioridad a la comisión del evento criminal [GARCÍA CAVERO].

En lo que respecta al *periculum in mora*, debe ponderarse la incidencia de la medida en orden a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma –regla de proporcionalidad–. Se conoce como juicio de peligrosidad objetiva de la estructura social [GARCÍA CAVERO]. Según el inc. b del apdo. 2 del art. 313 NCPP,

se requiere peligro concreto de que a través de la persona jurídica se obstaculizará la averiguación de la verdad o se cometerán delitos de la misma clase de aquel por el que se procede.

Al tratarse de una medida de coerción –aunque de naturaleza real–, la adopción de la medida requiere de la aplicación de un test de proporcionalidad por parte del juzgador que abarca un juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, donde se deberán de abarcar dos aspectos importantes: (i) el juicio de proporcionalidad no solo debe considerar la finalidad preventiva de la medida, sino también los intereses de los trabajadores y acreedores afectadas con la imposición de la medida; (ii) el juicio de necesidad debe establecer no solo si impone una consecuencia accesoria, sino también debe elegir cuál de ella se impone en el caso concreto [GARCÍA CAVERO].

El art. 313.1 NCPP ha efectuado un listado cerrado de medidas que el juez penal puede aplicar respecto a las personas jurídicas: (i) la clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos que hayan sido utilizados para la comisión, favorecimiento o encubrimiento del delito. (Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, FJ 15); (ii) la suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades. En el caso de suspensión temporal solo deberá recaer sobre aquellas actividades estratégicas u operativas que se relacionen con el delito cometido o con su *modus operandi* y efecto (Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, FJ 15); (iii) el nombramiento de un administrador judicial, a fin de que dicha persona se encargue de las labores de gestión y administración de la persona jurídica y evitar, de esa forma, la comisión de un nuevo hecho delictivo; (iv) el sometimiento a vigilancia judicial, que tiene por objeto la evitación o continuación del hecho punible, con la nota esencial de visitas periódicas por parte de un representante designado por el juez penal; (v) anotación o inscripción registral del procesamiento penal, esta medida –cuya similitud es innegable a la medida anotación de demanda en registros públicos– prevista en el art. 673 del Código Procesal Civil, tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos frente a la eventualidad de sentencias condenatorias que recaigan –en el aspecto de la reparación civil– sobre bienes muebles e inmuebles para poder ser opuestas a terceros adquirentes del bien o a cuyo favor se constituye un derecho real sobre este. Es decir, esta medida anuncia a terceros la existencia del proceso y enerva la eficacia de la fe pública registral de manera negativa al impedir que un tercero de buena fe la alegue a su favor.

El plazo de duración de estas medidas es de dos años y medio, y cuando se refieran a delitos ecológicos estarán vigentes hasta que se subsanen las afectaciones al medio ambiente.

### 5.5. Medidas anticipadas, desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos

El desalojo preventivo y la pensión anticipada de alimentos son medidas satisfactivas o anticipatorias –medidas temporales sobre el fondo– de carácter excepcional (art. 312 NCPP). 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, art. 674 CPC–; esto es, mayor entidad probatoria del *fumus* y un agregado especial respecto del *periculum* [RIVAS].

El NCPP 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 art. 314 NCPP, 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 art. 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 incapacitación

dad de trabajar del agraviado [SÁNCHEZ VELARDE]. Ambas circunstancias fácticas deber ser acreditadas por la partes, para que el pedido sea fundado.

De otro lado, en 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 encuentra 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 [SHLAVO].

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.

## 5.6. Secuestro conservativo

El art. 312-A NCPP, 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 art. 297 al 301 NCPP, y las medidas preventivas contra las personas jurídicas del art. 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 (art. 643 CPC), en el caso del proceso penal se configura como una medida de coerción civil –asegura la reparación civil–, circunscripta a vehículos motorizados –motos, automóviles, camionetas, camiones, tractores, etcétera–.

Como regla general el secuestro conservativo solo puede recaer en vehículos motorizados de propiedad del imputado o del responsable civil, y busca cautelar o asegurar la reparación civil que corresponda cuando el delito causó daños resarcibles a la víctima. Esta medida importa la desposesión física del vehículo motorizado y su entrega a un custodio designado por el juez, obviamente a ins-

tancia 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 instan-



cia- 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 (art. 624 CPC) o la interposición de una tercería excluyente de dominio; aunque, en clave restrictiva, puede interpretarse que la limitación solo funciona para el supuesto del apdo. 2, que no exige la titularidad del bien a cargo del imputado o del responsable civil.

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



*PARTE SÉPTIMA*

**EL DERECHO PROBATORIO PENAL**



## *LECCIÓN DÉCIMA NOVENA*

### **ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PENAL**

#### **I. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN**

##### **1. Definición**

###### **1.1. Concepto**

La prueba es la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la acreditación necesaria –actividad de demostración– para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados –actividad de verificación–, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida, fundamentalmente, en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba. Debe quedar claro que lo que se prueba o se demuestra en el proceso jurisdiccional es la verdad o falsedad de los enunciados fácticos en litigio, tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles [TARUFFO]. En el caso del fiscal, la actividad probatoria está dirigida a acreditar la verdad respecto de una proposición que afirma la existencia de un hecho delictivo [CHAIÁ].

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 4 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 (art. 350.2 NCPP), 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 art. 156.2 NCPP 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 (art. 156.3 NCPP).

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

## 1.2. Limitaciones. Relación prueba y verdad

Acceptado 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 limitado por razones de la primacía de la garantía de defensa procesal—.
- B. La segunda limitación es la institución de la cosa juzgada, cuya función es poner un límite a la discusión jurídica a través del proceso jurisdiccional.

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

### 1.3. Principios de la actividad probatoria

Por otro lado, dos principios han de reconocerse:

- A. La actividad que se cumple para llevarla a cabo, la actividad probatoria –en cuanto conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimiento o intelectuales–, está regulada por la Constitución, los tratados correspondientes y por la ley, en especial el NCPP –es lo que se denomina el procedimiento de prueba legal–. Así lo dispone el art. 155.1 NCPP: 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 art. 155.2 NCPP: la prueba se admite por el juez a solicitud de las partes procesales. El juez es el receptor de la prueba. Ello, no obstante, debe matizarse intensamente por la vigencia del principio de oficialidad, dado el interés público que existe en que se persiga y castigue al culpable de un delito, lo que en buena cuenta ratifica uno de los rasgos propios del proceso penal: posibilidad del juez de ordenar prueba de oficio [BANACLOCHE].

### 1.4. Actividad probatoria

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

## 2. Función

La función de la prueba es averiguar la verdad material u objetiva de los hechos –entendida como aquel suceso procesal concreto, que ha sucedido en la

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

Debe diferenciarse, sin embargo, entre lo que la doctrina alemana –siguiendo a DITZEN– denomina prueba solemne o rigurosa y prueba libre. La primera –prueba rigurosa– comprende las exigencias necesarias para la comprobación de los pormenores del hecho, de la culpabilidad y de la medida de la pena (cuestión de la culpabilidad y de la pena) –son los que aparecen en el silogismo básico de la sentencia–. En este sentido se requiere, de un lado, invocar los medios de prueba legalmente previstos y, por otro, utilizarlos conforme a las reglas establecidas en la Ley procesal, esto es, han de ser adecuadamente practicados –al igual que las fuentes de prueba han de ser obtenidas debidamente–.

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



### 3. El derecho a la prueba

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

Su ámbito de aplicación específico se circunscribe a las etapas intermedia y de enjuiciamiento –comprende, desde luego, las solicitudes de prueba anticipada, que muy bien pueden requerirse en sede de investigación preparatoria (art. 242.1 NCPP)–. 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 art. 337.4 NCPP reconoce a los sujetos procesales la facultad de ofrecer diligencias de investigación, cuya inadmisión puede generar la intervención de juez de la investigación preparatoria (art. 337.5 del NCPP).

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 presente 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 causes 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 NCPP 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 art., del 155 al 252 NCPP. La indicada Sección se subdivide en cinco grandes títulos:

- A. Preceptos generales (art. 155-159: 5 arts.).
- B. Medios de prueba (art. 160-201: 42 arts.), 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 (arts. 202-241: 40 arts.), 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 (arts. 242-246: 5 arts.).
- E. Medidas de Protección (arts. 247-252: 6 arts.).

## 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 lo 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, art. 156.1 NCPP.

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 art. 156.2 NCPP. 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 [CLARÍA], 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: art. 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 abs-

tracto 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 delimitado 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 (art. 157.1 NCPP). 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 obtenidos inconstitucionalmente ni con vulneración de la libertad y autodeterminación de los órganos de prueba (art. 157.3 NCPP); 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 (art. 157.2 NCPP).

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, la 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 impositivos, 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 estriba en la necesidad de que lo que el juez declare probado coincida con la verdad de lo ocurrido; esto es, que los enunciados declarados probados sean verdaderos, y los enunciados falsos no se declaren probados [FERRER].

#### 3.2. Carga de la prueba

La carga de la prueba establece a cuál de las partes, si a la acusación o a la defensa, le corresponde realizar la actividad de la prueba sobre los hechos controvertidos —carga de la prueba en sentido formal— o cuál de ellas ha de soportar los efectos desfavorables de la sentencia en el supuesto de que alguno de los citados hechos no resultara suficientemente probado en el juicio o existe duda o incertidumbre sobre la verdad o certeza de los hechos relevantes para condenar

o absolver [TOMÉ] –carga de la prueba en sentido material–. En el proceso penal rige la noción material de carga de la prueba. En consecuencia y en atención a la garantía de presunción de inocencia, el fiscal debe de acreditar los hechos constitutivos de la pretensión penal –el *onus probandi* se desplaza hacia el fiscal, quien tiene la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal–, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos (STCE n.º 34/1996, de 11 de marzo); sin la prueba de tales hechos –y con independencia de que la defensa pruebe o no sus hechos impeditivos, extintivos o excluyentes– no cabe imponer sentencia condenatoria alguna. Cabe aclarar, sin embargo, que un principio que rige la actividad externa del Ministerio Público es el de actuación con plena independencia y objetividad en defensa de los intereses que le estén encomendados [MUERZA]; por tanto, si bien el fiscal ocupa la posición acusador en el proceso, también le corresponde aportar prueba respecto de hechos que atendían o, si así lo postula –y lo hará cuando corresponda– exime de responsabilidad penal [TOMÉ].

Sin que implique revertir la garantía de presunción de inocencia, si de la prueba incorporada resulta *ab initio* la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado –probados los hechos de la acusación–, es la defensa de este quien tendrá sobre sus espaldas la carga de enervar la prueba producida en su contra o en su caso, aportar datos sobre hechos que podrían eliminar o disminuir su responsabilidad, o realizar planteos que permitan declarar la extinción de la acción penal [CHAIJA]; es decir, tiene la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

### III. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA

#### 1. Noción y alcances

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



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

## 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 (art. 338.1 NCPP); en algunos casos, incluso, tal posibilidad, por lo urgente, no es posible, y en otros es factible –y legalmente permitido– su actuación en secreto (art. 324.2 NCPP). Empero, los actos de prueba se requiere, 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: art. 155.3 NCPP; y, en segundo lugar, el control judicial para la adecuada actuación de la pruebas.

- i) En este último rubro, se reconocen tiene las siguientes potestades judiciales:
  1. Formulación de preguntas de esclarecimiento a los órganos de prueba: art. 375.4 NCPP.
  2. Examen por separado de los imputados: art. 377.2 NCPP.
  3. Examen, bajo el método de *cross examination* –interrogatorio cruzado– indirecto, de órganos de prueba intimidados –víctima menor de edad, testigo o perito–: art. 380.1 NCPP.
  4. Rechazo de preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes: art. 170.6 NCPP, modificado mediante Ley n.º 30076, de 19-08-13.
  5. Promoción de debate pericial en caso de informes periciales oficiales discrepantes: art. 181.2 NCPP.
  
- (ii) Sobre la prueba de oficio el NCPP se pronuncia categóricamente: se utiliza por excepción en casos expresos (art. 155.3 NCPP); la regla de aceptación en el juicio oral está plasmada en el art. 385.2 NCPP), 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 NCPP–, 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 art. 350.2 NCPP.

- 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 intermediación 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 leguaje [NEYRA].
- C. Concentración y oralidad.** Por razones políticas, el juicio oral tiene un carácter público y concentrado, de suerte que en una sesión, o en varias consecutivas pero cercanas temporalmente, ha de finalizar el debate y expedirse la sentencia. Asimismo, esta vez por razones técnicas, dado que las pruebas personales —que consisten en las declaraciones o en explicaciones de una persona— deben realizarse oralmente, para ser apreciadas por el juzgador, será necesario que se realicen en un solo acto; pues de lo contrario el resultado de difuminará en su memoria o habrá que acudir a la audición o visionado.

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

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

- (i) Las únicas excepciones al principio de oralidad van de la mano de medios de prueba anticipada —es de incluir la prueba preconstituida—, hechos no controvertidos o estipulados por las partes de manera

previa y la incorporación de documentos que intrínsecamente constituyen pruebas de un acto o hecho determinado.

- (ii) La adecuación al principio de oralidad impone al juez la carga de registrar todo lo sucedido en la audiencia. El registro funciona como garantía, como control, como medio que posibilita la revisión ulterior de la decisión tomada por el tribunal, o bien permite verificar un detalle específico de lo que ha sucedido, como podría la declaración de un experto que por la cantidad de datos que aportó es imposible apropiarse de ellos en el momento en que los expuso. El registro es el fiel reflejo de la audiencia [CHAIA].

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

La oralidad y la inmediación no pueden obviar el control impugnatorio de las razones de la convicción judicial, es decir, de las máximas de la experiencia, de la que depende la atendibilidad de una fuente-medio de prueba. El juez debe acudir a conocimientos extrajurídicos; en el caso de una prueba personal, a la psicología del testimonio, que se dirige a examinar no toda la persona del declarante como aquello que declara, que sí puede ser sometido a una valoración claramente objetiva (coherencia externa, contextualización, corroboración por otros datos objetivos, etc. Sin perjuicio de que en el caso de la prueba pericial el juez acceda siquiera a los datos más preliminares que le permitan seguir la declaración de un

perito para así evaluar con más rigor su credibilidad); en el caso de la prueba documental, a la semiótica textual (los documentos deben ser puestos en su preciso contexto y debe examinarse el lenguaje que emplea; en el caso del reconocimiento o inspección judicial, el juez, emplea la mayoría de las técnicas citadas, de suerte que el juez vea la realidad de lo que es sometido a prueba, la perciba, y aún más, la entienda [NIEVA FENOLL].

## 2.2. Otros principios

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

**A. Necesidad de la prueba.** Toda decisión jurisdiccional que resuelva definitivamente el objeto del proceso –sentencias– o sobresea la causa –autos equivalentes–, se pronuncie acerca de una media limitativa de derechos o de algún incidente relevante debe sustentarse en actos de prueba –en los últimos tres casos se basará en los actos o medios de investigación, que con los actos o medios de prueba, conforman los denominados actos de aportación de hechos–, legítimamente incorporados al proceso (art. 393.1 NCPP). Son excepciones a este principio probatorio, el proceso especial de terminación anticipada (art. 468 y siguientes NCPP) y la conformidad procesal (art. 372 NCPP), 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 (art. 156.3 NCPP) 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 (art. 350.2 NCPP). 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 (art. 393.2 NCPP).
- C. Comunidad de prueba.** Es un principio consecuencia del anterior. Una vez aportadas las pruebas al proceso, benefician a cualesquiera de las partes para acreditar los hechos objeto del proceso para generar la certeza en el juzgador, sin importar a instancia de quién se aportó —la intervención de prueba es recíproca y sus resultados afectan conjuntamente a las partes en sentido favorable o desfavorable—. Las principales consecuencias de este principio son: **1.** Imposibilidad de la renuncia o desistimiento de la prueba ya practicada o ejecutada. **2.** La prueba trasladada conserva su valor. **3.** La prueba actuada en procesos conexos que determinen su acumulación extienden su valor para el conjunto de procesos acumulados. **4.** El resultado de la apreciación de la prueba —interpretación y valoración— pertenece al proceso, al juez, no a las partes.
- D. Naturalidad o espontaneidad de la prueba.** La prueba desde la perspectiva de la libertad subjetiva, proscribe la utilización de todo mecanismo que coarte su pereza, tales como la sugestión ilícita —violenta, fraudulenta y culposa [MALATESTA]—. Las torturas y el narcoanálisis (art. 157.3 NCPP), 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 de la esencia del proceso penal, el órgano jurisdiccional debe tener las facultades para obtenerla e incorporarla a las actuaciones (art. 202 y siguientes NCPP), 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 in-

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 llamadas 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 art. 157 NCPP. 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 que en su obtención y actuación no se vulneren derechos y garantías personales ni las facultades de actuación de las partes; y, en cuanto a su forma, rige el medio de prueba más análogo. Los límites probatorios de lo civil no rigen en modo alguno, salvo en el ámbito del estado civil o de ciudadanía de las personas –normas de orden público civil–. Como se reconoce el principio de autonomía de la voluntad y de espontaneidad, no se aceptan métodos que alteren su capacidad de recordar, de valorar y su libertad de autodeterminación (polígrafos, sueros de la verdad, hipnosis: se trata de métodos de interrogatorios prohibidos (–es una regla de prohibición de valoración probatoria–).

#### **3.2. Identificación de los medios de prueba**

El NCPP, 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 arts. 160-161 NCPP, 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 –arts. del 86 al 89 NCPP– y una Sección dedicada a los sujetos procesales; **(ii)** el testimonio, previsto en los arts. 162-171, que incluye la declaración del agraviado; **(iii)** el careo entre órganos de prueba, previsto en los arts. 182-183 NCPP; **(iv)** la documental, prevista en los arts. 184-191 NCPP; **(v)** el reconocimiento, que comprende personas, fotografías, voces, sonidos y cosas, previsto en los arts. 189-191 NCPP; **(vi)** inspección judicial y reconstrucción, previstas en los arts. 192-193 NCPP; y, **(vii)** pruebas especiales, que comprende: levantamiento de cadáver, necropsia, exámenes químicos o auxiliares, médico forenses, preexistencia y valoración o tasación, previstas en los arts. 195-201 NCPP, el primero de ellos fue modificado mediante Ley n.º 29472 de 14-12-09.

El NCPP, 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 valoración 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 [CLARÍA].

# *LECCIÓN VIGÉSIMA*

## **MEDIOS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO**

### **I. EL IMPUTADO Y SU DECLARACIÓN**

#### **1. La declaración del imputado**

El NCPP, en el juicio oral, introduce la posibilidad, como primer acto, del interrogatorio del imputado, la búsqueda de su declaración. El imputado, frente a esta instancia de la autoridad judicial, puede adoptar diversas posturas: negativa a contestar, contestar de modo exculpatorio y aceptación de hechos y cargos; en todas ellas, en esencia, ejerce su derecho de defensa. Es requisito de la imprescindible audiencia de los imputados como requisito de validez las actuaciones procesales y de validez de la sentencia, se trata, en todo caso, de dar la posibilidad al acusado de posicionarse en la causa [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

El interrogatorio del imputado es un acto formal consistente en el examen, sin juramento, del imputado, acerca de sus circunstancias personales y del fundamento de la imputación, realizado con el fin de establecer la identidad de la persona, de hacerle saber, en su caso, la imputación y los elementos que la sustentan y de oír, eventualmente, sus declaraciones acerca de los hechos que se le atribuyan, o de los que exista sospecha acerca de su intervención [ROMERO].

La declaración del imputado, en pureza, constituye un acto complejo. Allí se manifiesta, ante la posición del imputado, una prioritaria función defensiva –el interrogatorio tiende a garantizarle el ejercicio de su autodefensa–: este emite una declaración de conocimiento sobre los hechos que se le imputan. Pero no solo eso, también de la declaración del imputado, el fiscal puede extraer elementos idóneos para perfilar la investigación de los hechos objeto de imputación. Asimismo, dicha declaración, eventualmente, puede servir al órgano jurisdiccional para formar su convicción sobre la veracidad de los hechos objeto de enjuiciamiento [REVILLA GONZALES].

El derecho al silencio opera a lo largo de todo el proceso. Cuando el imputado declaró en sede sumarial y no lo hace en sede plenarial, ¿puede utilizarse la declaración sumarial? Si bien las diligencias de investigación no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, dicha regla no ostenta un valor absoluto. Cabe, en principio, conferirles eficacia probatoria si se han actuado legalmente, siempre que sean reproducidas en el juicio oral permitiendo a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Este no solo es el caso de las denominadas pruebas preconstituidas y anticipadas, también cuando se da el supuesto arriba indicado. La STSE de 18-06-04 estipuló que el derecho de guardar silencio no hace desaparecer la realidad de la anterior declaración prestada por el imputado en la etapa de investigación.

También se considera declaración el derecho a la última palabra en juicio del acusado. Si bien no es un medio de prueba, es una declaración de ciencia y de voluntad que hace el causado para influir en el ánimo del juzgador y atraerlo hacia la posición más ventajosa o la que le puede resultar más útil para el que la hace [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

En caso de declaraciones contradictorias del imputado, el órgano jurisdiccional puede valorar indistintamente cualesquiera de sus declaraciones. Para la opción a favor de la declaración sumarial son necesarias dos clases de exigencias, que atañen a las condiciones de valorabilidad, y a los criterios de valoración (SSTSE de 30-01-01 y 26-06-01):

- A. En primer lugar, es preciso que la declaración sumarial se incorpore al plenario, sometiéndose a la contradicción. Se debe leer esa declaración o, en su defecto, que por cualquier otra vía se garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el plenario hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales, poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (STSE de 21-12-93; y STCE 80/1991).
- B. En segundo lugar, una vez incorporada al juicio oral la referida declaración sumarial, como condición indispensable para ser prueba de cargo valorable, dos son las exigencias de la razonabilidad valorativa:
  - i) Por la falta de intermediación de aquella, la mayor credibilidad ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva, lo que significa que en este plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (STCE n.º 115/1998, de 1 de junio; y, STSE de 14-05-99).

- ii) Como consecuencia, es necesario en tal caso que el juez de enjuiciamiento exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el juicio oral (STSE de 14-05-99), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante [CALDERÓN/CHOCLÁN].

Las declaraciones acusatorias de coimputados efectuadas durante la investigación preparatoria, y posteriormente silenciadas en el juicio oral, ¿tienen valor incriminatorio y en ellas se puede fundar la condena? La STCE n.º 115/1998, de 15 de junio, respondió positivamente siempre que el llamamiento de la defensa no sea posible por la rebeldía del imputado sindicado, pero ¿lo sería en el caso contrario?

REVILLA GONZALES acota que no cabe tal extensión a los coimputados, en tanto aquellos no han tenido la posibilidad de participar a través de sus defensores en dicha diligencia investigativa. La tutela del principio de contradicción y del derecho de defensa impide utilizar como prueba declaraciones acusatorias realizadas antes del juicio oral, y sobre las que no ha existido una posibilidad de dialéctica procesal por causas no atribuible a su propio actuar. La mera lectura de las declaraciones no permite utilización contra quienes, siendo señalados como responsables del delito, no han tenido ninguna posibilidad de participación en su asunción. El *right of confrontation* exige interrogar a quien acusa a uno: STEDH Unterpertinger, de 24-11-86.

De otro lado, es menester tener en cuenta la diferenciación del imputado como órgano de prueba y como objeto de prueba, pues es relevante con respecto al derecho de abstención de declarar. Esta problemática se plantea en los supuestos de intervención corporal. Se parte, en este caso, de la noción de que el imputado es simple objeto de prueba y no órgano de prueba, por lo que, con pleno respeto del principio de proporcionalidad, en los actos que requieran colaboración pasiva del imputado este no tiene derecho a negarse a la intervención corporal. Una diferencia se admite en el caso de que se pide a un imputado que exhale de un alcoholómetro, en cuyo caso puede oponerse, lo que no impide que se le conduzca a un centro de salud para que se proceda a extraerle sangre, aún en contra de su voluntad (Sentencia Sala Constitucional de Costa Rica n.º 1718-1999, de 09-03-99); tampoco es ilegal –no lesivo para su dignidad ni su integridad física– que se realice un examen médico consentido por el imputado,

sin presencia del defensor (Sentencia Sala Constitucional de Costa Rica n.º 558-97) [LLOBET].

En cuanto al derecho al silencio, debe tenerse claro que lo que se protege es que el imputado tiene derecho de no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar; nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, él desee retener [BINDER]. El imputado como sujeto u órgano de prueba no puede obligársele a incorporar un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado –muestras de sangre o piel, corte de cabellos, reconocimiento en rueda–, en cuyo caso puede incluso ser forzado a su ejecución o realización [MAIER]. No será un caso de colaboración pasiva, por ejemplo, la rendición de cuerpo, de escritura para una pericia grafotécnica o la producción de muestras de voz, con idéntica finalidad pericial.

## **2. La confesión del imputado**

### **2.1. Concepto**

La confesión –art. 160 NCPP, 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–.

### **2.2. Efectos**

El art. 161 NCPP, 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 exceptiona 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].

## 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 art. 166 NCPP.

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

## 2. Estatuto jurídico del testigo

Como declara sobre hechos ajenos, el testigo está sujeto a tres obligaciones básicas: de comparecer al llamamiento judicial, de declarar sobre lo que saben 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 (art. 170.2 NCPP) –su credibilidad es otra cuestión,

en que el juicio respectivo está en función a las reglas de la sana crítica—. El art. 171.1 NCPP 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 incurso 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: art. 165.2b NCPP—, 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 art. 165.1 NCPP, 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 art. 170 NCPP.

- 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 art. 170.6 NCPP, 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, autoriza preguntas que sugieren la respuesta es colocarse en una situación de adversabilidad en función a lo que peculiarmente se denomina “teoría del caso”, ajena a la concepción del Código e incompatible, primero, con la *veritas delicti* como meta del proceso penal –búsqueda objetiva o esclarecimiento sobre el hecho imputado–, y, segundo, con la exigencia de un interrogatorio objetivo como derecho del testigo y necesidad de un proceso limpio y equitativo, con igualdad de armas.

El NCPP 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 (art. 171.3 NCPP) 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 art. 158.1 NCPP: 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 espe-

cial, 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 [IBAÑEZ]. 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 [IBAÑEZ].

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/AGUILA].

Con respecto a la retracción del testigo, se ha de indagar sobre los motivos de la retracción, en qué circunstancias varió su versión (libre, influencias, amenazas), y confrontar ambas versiones con el resto de la prueba, analizando cuál de ellas se compadece mejor con el mérito de la causa.

Hay que tener en cuenta también la calidad del testigo. Siguiendo a BENTHAM “los testigos se pesan, no se cuentan”.

### III. LA PERICIA

#### 1. Concepto

Es el medio de prueba, de carácter complementario, mediante el cual se obtiene, para el proceso, diversas actividades de observación, recojo de vestigios materiales y análisis consiguientes, que den lugar a un informe o dictamen –aporte de conocimientos– fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de experiencia calificada, indispensables para poder conocer o apreciar los hechos relevantes de la causa (art. 172.1 NCPP), en cuya virtud su autor o autores se someten a un examen por las partes procesales y, en su caso, por el juez, para proporcionar las explicaciones y aclaraciones correspondientes sobre el contenido de lo que realizaron. Todo el procedimiento regulado legalmente para obtener del perito –que es quien aporta la información técnica necesaria– determinadas conclusiones probatorias, es lo que se conoce como prueba pericial [CLARIÁ].

El perito es una persona con conocimientos científicos, técnicos o artísticos de los que el juez, por su específica preparación jurídica puede carecer, llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencias especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con autoridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la causa [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

La finalidad de la información calificada que se proporciona con este medio de prueba –al que debe acceder el juez si es que no tiene los conocimientos necesarios– es aportar al proceso conocimientos de carácter técnico o profesional sobre circunstancias relativas a los hechos enjuiciados, elementos o cuerpos del

delito o la persona de su presunto autor. Lo complementario de la prueba pericial se explica porque permite apreciar lo que ya ha sido adquirido anteriormente por otros medios de prueba; y, su función, es ilustrar al juzgador sobre unas materias, que por su carácter especializado, requieren conocimientos concretos de los que él carece [PLANCHADELL]. No se trata de que el perito sea quien decida el sentido de una causa judicial, sino de un órgano de apoyo a la actividad jurisdiccional para la determinación de la realidad de un suceso histórico. Por tanto, el perito se debe limitar al examen propio de su conocimiento, apartando invocar valoraciones jurídicas, tales como la determinación de la imputabilidad de una persona o la existencia de una mala praxis médica que conduzca a una imputación por delito culposo [CHAIA].

Hoy en día la pericia, como prueba indiciaria, es la prueba reina y la que ofrece un mayor grado de conocimientos y seguridad. La técnica ha hecho aparecer sistemas más objetivos y seguros; los avances técnicos permiten investigar un delito y proporcionan una certeza mucho mayor que la aportada por simples declaraciones testificales. En efecto, la retractación de la víctima no tiene virtualidad en atención a lo que fluye de la pericia psicológica [RN n.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. **C.** 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 25-03-97, 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 e arbitraria e intencionalmente del resultado del informe pericial, cuando este sea único, o existan varias 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 intelectual– 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).

## 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, art. 174.1 NCPP–. 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): art. 173.1 NCPP.

La labor pericial puede ser desarrollada, sin necesidad de nombramiento individual, por instituciones técnicas: Laboratorio de Criminalística PNP, Instituto de Medicina Legal, Sistema Nacional de Control y organismos técnicos del Estado que desarrollan labor científica o técnica (Cuerpo Nacional de Tasaciones). Pueden ser nombrados peritos, además, universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general que reúnan las cualidades necesarias, con conocimiento de las partes. En esta línea ya no se trata de identificar individualmente a los peritos, lo que es una técnica de inicios del siglo xx. La pericia institucional hoy en día es preeminente; y, dentro de ella, la proporcionada por los gabinetes especializados de la PNP y el Instituto de Medicina Legal, que cuentan con medios excepcionales y que llevan a cabo los informes más relevantes (dactiloscopia, funcionamiento de armas, caligráficos, anatómicos).

Una regla de la designación de peritos es su notificación a las partes (art. 177 NCPP). 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 art. 172.3 NCPP, 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 NCPP, 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: art. 177 NCPP).
- 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 art. 178 NCPP. De ser insuficiente puede disponerse su ampliación por el mismo perito u otro (art. 180.3 NCPP).
- 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 (art. 181 NCPP). Además, si existe pericia de parte, obligatoriamente se producirá un debate pericial (art. 181.3 NCPP).

## 5. Especialidad en pericias institucionales

Sobre ellas se pronunció el Acuerdo Plenario n.º 2-2207/CJ-116, de 16-11-07. 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 (art. 173.2 NCPP), al examen pericial concurrirá el profesional de la institución que esta designe. No se exige que concorra 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 consagrada en el caso de los delitos aduaneros, Ley n.º 28008, de 19-06-03. El art. 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 art. 7 de la Ley Penal Tributaria, D. Leg. n.º 813, de 20-04-96, modificado por el NCPP, 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, con-

forme a lo dispuesto en el D. Leg. n.º 1106, de 19-04-12, I Disposición Complementaria Modificatoria del art. 3.5 de la Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera –Leyes n.ºs 27693, de 12-04-02, y 28306, de 29-07-04–. El art. 3.5 establece que el Reporte de la UIF tiene validez probatoria –es, pues, una pericia institucional–; y, con tal efecto, el art. 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 cualesquier otra razón, peritos oficiales; por consiguiente, toda ampliación o corrección debe formularla especialistas de la propia institución.

## 6. Impugnación

El perito oficial puede ser tachado, si es que está incurso en las causales de incapacidad para ser peritos, 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 (arts. 176.1 y 177 NCPP).

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 (art. 175.2 NCPP). 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 art. 178.1 NCPP.

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 (art. 177.1 NCPP), 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 (art. 179 NCPP).

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 art. 172.2 NCPP dispone que el juez penal pueda ordenar una pericia cuando corresponda la aplicación del art. 15 del CP relacionado a la aplicación de la incapacidad de culpabilidad por razones culturales. En efecto, el art. 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 art. 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 art. 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 art. 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, profesionales 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 razo-



nable —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/AGUILA].

El juez no debe discriminar las pericias en función de su procedencia (oficial, institucional o de parte), debe valorarla en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tenerse por tanto como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional (STSE de 11-05-81).

## 10. La prueba científica

La conexión entre ciencia y derecho dice del empleo de las ciencias como un instrumento para la averiguación de la verdad procesal de los hechos. Por ello, la prueba científica en el ámbito del proceso sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio absoluto.

La prueba científica es capaz de atribuir a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba consustancial al proceso penal. Para que la prueba pueda llamarse científica, las investigaciones y conclusiones a las que arribe deben surgir como consecuencia de un estudio verificable empíricamente y que ha de tener la posibilidad de repetirlos de manera experimental.

El valor de los resultados obtenidos por la aplicación de prueba científica requiere un análisis en tres momentos: **(i)** validez científica y/o metodología de la prueba, pues muchas de estas pruebas se pueden realizar por métodos científicos diferentes y no todos ellos gozan del mismo crédito en la comunidad científica correspondiente; **(ii)** calidad técnica de la prueba, que se divide, por un lado, en corrección técnico procedimental, en referencia a todo el proceso que conduce

desde el descubrimiento del vestigio o de la muestra hasta su análisis en el laboratorio; y, de otro lado, en corrección técnico-científica, en referencia a su correcta realización en laboratorio como personal cualificado y seguir los protocolos apropiados; y, (iii) su realización es efectuada por personas y que estas pueden cometer errores [GASCÓN ABELLÁN].

El juez frente a la prueba científica no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración ha de ejercitar una valoración crítica en aspectos como la validez metodológica a fin de determinar su valor probatorio de un modo racional.

Si bien la prueba científica se basa en leyes universales o leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, ello no significa que la sentencia que se sustenta en dicha prueba es incuestionable o irrefutable. El juez debe realizar un esfuerzo en fundamentar racionalmente su decisión: no basta con alegar la existencia de la prueba científica, sino que debe indicarse en qué dirección afecta u orienta la línea de decisión.

La admisión de una prueba científica no implica pronunciarse sobre su valor probatorio sino meramente sobre la posibilidad de tomarla en consideración para la decisión del caso. Ambos conceptos (validez científica y valor probatorio) deben ser claramente distinguidos.

Es cierto que los jueces carecen de conocimientos científicos necesarios para evaluar la validez y fiabilidad de estas pruebas, sin embargo, no por ello se debe dejar en sus manos la libre apreciación, sin establecer unos estándares objetivos para guiarlos, de lo contrario, puede conducir a rechazar pruebas científicamente válidas que podrían haber ayudado al esclarecimiento de la verdad en el proceso, o puede conducir a dar crédito a pruebas que no aportan nada al proceso.

La Corte Suprema USA en el caso *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals 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 art. 182 NCPP, 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 [MIXAN]. 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 del 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 propio 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 art. 182.1 NCPP 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 art. 182.3 NCPP 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 NCPP, art. 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 reconven-

gan 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. Concepto

Es un medio de prueba de carácter material –se trata de un soporte u objeto material: es prueba real y objetiva– que refleja un contenido de ideas: datos, hechos o narraciones, con eficacia probatoria, que se introduce al juicio oral, en cumplimiento del principio de oralidad, a través de la lectura, de la audición o del visionado –se entiende de sus partes pertinentes–. Es, pues, el aporte de conocimiento al proceso con relación a la materia debatida, emergente de cosas u objetos materiales –soportes materiales– aptos para conservar y transmitir expresiones de la voluntad humana [MORAS MOM]. Acredita la veracidad de un hecho a través de lo que consta en un material que recoge una determinada información.

El documento es pues el objeto de la prueba documental –o, mejor dicho, la fuente de prueba que accede al proceso mediante la prueba documental–, pre-existe al proceso y es independiente y ajeno de él –no ha debido ser formado en función al proceso, con lo que se margina a los denominados “actos o actuaciones documentadas”–. El art. 185 NCPP identifica, casuísticamente, los soporte materiales que tienen, procesalmente, el carácter de documento. Son manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares. Se incluye, desde luego, los documentos con soporte informático, que contienen determinada información: discos magnéticos (*hard disk*), discos ópticos (CD-DVD), memorias (*Random Access Memory*: RAM), etc. En última instancia está referido a los diversos modos mediante los cuales el ser humano deja constancia de su acción o de su voluntad,

de la voluntad o de la acción de otro, por signos entendibles en el futuro [MAIER]. Su función principal es su carácter representativo, en cuya virtud actualiza información con relevancia jurídica, que se expresa mediante la utilización de un código, que pueden ser inmediatos o mediatos. El documento electrónico es de última clase, porque para su lectura se requiere la ayuda de una computadora, que funcione como decodificador [SANCHIS].

El Código Procesal Civil señala que los documentos pueden ser públicos o privados. En el proceso penal los documentos públicos y los privados no impugnados incluso, no tienen una norma que establezca el carácter tasado de su valoración; por consiguiente, todos deben ser valorados libremente, lo que no significa que aquellos dos pierdan su gran fuerza de convicción [BANACLOCHE]. De igual forma, no cabe distinguir en el plano de la valoración entre un documento en multimedia y el documento tradicional. Ambos aportan una información que debe ser valorada libremente por el juez [NIEVA].

Son tres los elementos esenciales del documento, en tanto cosa corporal que muestra o enseña algo: **1.** Corporalidad: es la cosa en sí misma: papel y otros soportes: disquete, puertos de USB, CD. **2.** Docencia: el mecanismo utilizado puede ser el escrito y no escrito (fotos, cintas magnetofónicas, de video). **3.** Incorporación del mensaje –datos que pueden aportarse físicamente– al soporte de manera artificial, por obra del ser humano [PARDO IRANZO]. En consecuencia, se puede definir el documento como toda representación realizada por cualquier medio –escrito, hablado, visionado, etcétera–, de la realidad y que preexiste al proceso y es independiente de él, de manera que se aporta al mismo con fines esencialmente probatorios [ASCENCIO].

Es condición de su correcta incorporación que, si el documento está redactado en idioma distinto del castellano, debe ser traducido por un traductor oficial. Frente a los documentos audiográficos o videográficos, incluidos los electrónicos, cabe su audición o visionado y su transcripción en un acta, con intervención de las partes (art. 187 NCPP).

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 intermediación (STSE de 05-12-07). Cabe insistir que el dictamen pericial es una prueba personal docu-

mentada consistente en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba (STSE de 06-03-07).

## 2. Existencia, validez y eficacia del documento

Los requisitos de existencia del documento son los siguientes: (i) que tenga aptitud representativa de un hecho o de un concepto o de una idea cualquiera; (ii) que esté realizado por un acto humano; (iii) que tenga significación propia y entidad necesaria en todos los documentos para afirmar su existencia en el orden jurídico.

Los requisitos de validez del documento son: (i) que se haya elaborado voluntariamente; (ii) con las formalidades legales y llevado al proceso en forma legítima, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la Ley; (iii) tratándose de copias, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su legítima expedición.

Los requisitos de eficacia del documento son: (i) que su contenido sea convincente; (ii) no haya otro medio válido de confirmación en su contra; (iii) que llegue al proceso sin violación de la reserva o del secreto de la Ley que le haya impuesto a su emisor o tenedor; (iv) completo, sin alteraciones, mutilaciones, tachaduras; (v) que se haya hecho el registro (público) que exija la Ley; (vi) si se trata de un documento emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad [ALVARADO/ÁGUILA].

## 3. Adquisición procesal

La regla es que todo aquel que tenga en su poder un documento, ofrecido como prueba, está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento; es un requisito de validez del documento. En caso que el tenedor del documento no lo presente o se niegue a hacerlo, procederá la incautación del mismo.

No podrán ser incorporados al proceso los documentos que contengan declaraciones anónimas, salvo que constituyen el cuerpo del delito o provengan del imputado. Tampoco cuando exista prohibición legal: secretos estatales, o aquellos que vulneran la intimidad documental o el secreto profesional —requisito de eficacia del documento—.



#### 4. Reconocimiento e impugnación

Si resulta necesario el documento ha de ser reconocido por su autor –por cuenta de quién se ha hecho el documento–. En los documentos audiográficos y videográficos debe ser reconocido por quien resulta identificado según su voz o por quienes aparecen en las imágenes. También serán convocados, si es posible, los que efectuaron el registro.

La autenticidad del documento –que es un requisito de eficacia del mismo– también puede ser acreditada mediante prueba pericial. En estos casos el documento, de medio de prueba, pasa a ser objeto de prueba. Se trata de constatar que quien aparece como autor del mismo o quien aparezca allí o su contenido se corresponda con la realidad. En los documentos públicos existe presunción de autenticidad –mientras no se demuestre la falsedad material de la firma o de su contenido, según el caso–, no así en los privados, que requiere su reconocimiento expreso o implícito [DEVIS ECHANDÍA].

Desde la facultad de las partes, es posible impugnar los documentos alegando razones de falta de validez y eficacia probatoria.

#### 5. Actuación

Los documentos deben ser oralizados en el acto oral. Por oralización ha de entenderse, según los casos: **a)** su lectura tratándose de documentos escritos; **b)** su audición o visualización tratándose de documentos audiográficos o videográficos; y **c)** su reproducción tratándose de soporte informático.

La forma, entonces, que los documentos se incorporan al juicio es variada y abarca tanto las presentaciones espontáneas que efectúan las partes como a los procedimientos de incautación. El mérito para introducirlos al plenario es a través de su lectura, o bien por medio de la declaración de la persona que lo confeccionó, aportó o custodió. Cuando las partes proponen la introducción mediante simple lectura es fundamental indicar concretamente la pieza, pues la mención genérica impide una eficaz determinación y puede generar indefensión [CHAIA].

La lectura u oralización puede no incluir la totalidad del documento. Solo se leerá u oralizará lo pertinente y, de ser muy voluminoso, podrá ser parcial: lo más relevante.

Posteriormente de este trámite cada parte se pronunciará en cuanto a su mérito.

## 6. Valoración

La valoración de la prueba documental no acaba con la simple lectura del documento junto con los criterios de interpretación de la sana crítica del juez, es necesario añadir una interpretación del documento para comprender su aporte en el juicio. En este punto, la semiótica textual sirve como un elemento que permite: (i) cómo abordar el análisis de la coherencia de un escrito, tanto en modo global como en texto completo, como frase por frase, ello junto con el análisis de las equivalencias semánticas entre las diversas partes del texto para averiguar el fuero interno del autor; y, (ii) contextualizar el documento, en el sentido que todo escrito se ha realizado en un determinado entorno que no debe ser ajeno al juez, porque también ayuda a interpretar el sentido del documento [NIEVA].

Lógicamente, también es necesario establecer la identidad del autor del documento: conocer su cultura y competencia, de manera que pueda evaluarse si sabía que estaba escribiendo un documento antijurídico o bien si se trata de un documento escrito en lenguaje usual. Es diferente, encontrarse con un memorándum escrito por un gerente legal sobre posible contaminación ambiental, que revisar un documento escrito por una persona iletrada. Esto permite identificar la intencionalidad del documento y será un elemento para considerar por parte del órgano jurisdiccional.

Estos lineamientos contribuyen a que el juez deje de lado la sola interpretación literal o gramatical del documento, o donde no se analiza el contexto bajo el cual el autor redactó ese escrito o si está destinado el documento a un subordinado o si pertenece a su ámbito privado. Es importante, pues, entender las circunstancias que rodean la redacción de un escrito pues ayuda a la averiguación de su sentido y su relevancia, de allí lo importante del recurso a la semiótica textual pues permite, posteriormente, realizar las preguntas a las partes y a los testigos enfocado en conocer el contexto en que fueron realizados los documentos [NIEVA].

## 7. Informe

El art. 188 NCPP 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 auto-

rizados. 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 NCPP no puede calificarse de prueba independiente: facilita la aportación de prueba documental, es un procedimiento especial para llevar al proceso un medio de prueba concreto [DEVIS ECHANDÍA].

El informe puede ser objeto de impugnación por falsedad o por ocultamiento de datos, a cuyo efecto es procedente las testimoniales y la diligencia de inspección judicial o revisión del archivo de la institución, que puede traer consigo la incautación de la información almacenada y la comparación con el tenor del informe aportado y cuestionado.

## 8. Prueba electrónica

El propio art. 185 NCPP ha regulado la incorporación de la prueba electrónica referida, en lo pertinente, a medios electrónicos o soportes informáticos (fuentes de prueba) que contienen el registro de sucesos, imágenes y otros similares.

La prueba electrónica es la que permite acreditar hechos a través de los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que están destinados a archivar y conocer o reproducir las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso [URBANO]; en pureza se trata de un instrumento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario —el de los bits— en un soporte —cinta o disco— que reúne las características de legible, inalterable y reconocible o identificable [TORRES MORATO]. Tal como sucede con la prueba documental, se requiere un test de admisibilidad para permitir la admisión de la prueba electrónica, el cual debe considerar: autenticidad, esto es, buscar la concordancia del autor aparente con el autor real; la exactitud, es decir, que el soporte que se presenta no ha sido adulterado; y, la licitud, vale decir, la obtención con respecto de los derechos fundamentales.

Las reglas de obtención y aportación de la prueba documental —cauce procesal de introducción al documento electrónico— rigen de igual forma en el caso de la prueba electrónica. El NCPP no ha introducido reglas especiales tratán-

dose de medios electrónicos de prueba. Sin embargo, se deberá tener en cuenta elementos como: **1.** La conservación o perdurabilidad de la prueba electrónica. Cuestiones importantes relacionadas a la distinción entre un documento electrónico original y una copia y su valor en el proceso son elementos problemáticos que podrán dejarse de lado cuando se trate de una copia del documento público con intervención notarial. En cuanto a la perdurabilidad, se debe incorporar políticas de preservación digital que estén dirigidas a conservar la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la información. **2.** La verificación de la prueba electrónica solo se podrán admitir elementos de prueba que estén dirigidos al cuestionamiento de la autenticidad de la reproducción, pudiendo aceptarse la realización de pericias informáticas u otros medios [PICO I JUNOY/LLUCH].

Finalmente, en la doctrina y jurisprudencia española se ha realizado un importante desarrollo sobre casos específicos de ofrecimiento y valoración de determinadas pruebas electrónicas, tales como: documentos informáticos, correos electrónicos, páginas webs, mensajes de texto, videograbación, entre otros.

La STSE de 06-05-93, por ejemplo, permitió la captación de imágenes de una persona sospechosa en vía pública o espacio abierto en tanto no supone intromisión indebida en la intimidad familiar, que tiene valor probatorio siempre que sean producidas en las sesiones del juicio oral. De igual manera, la STSE de 30-11-92 estableció la admisibilidad de las cintas magnetofónicas como medios de prueba sujeto a las normas de prueba de reconocimiento judicial. Por último, la STSE de 04-11-09 señaló que los documentos emitidos por cualquier medio técnico, electrónico, informáticos o telemáticos, cualquiera sea su soporte, gozarán de validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de lo exigido por las normas procesales. Su aceptación depende de la incuestionable autenticidad técnica del soporte físico en que se encuentre su contenido. Los documentos electrónicos imprimen en las neuronas tecnológicas, de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por quien maneja los hilos que trasladan las ideas, pensamientos o realidad de lo que se quiere que quede constancia.

Por último, es de tener presente que la misma forma que se admite que puede intervenir una conversación oral realizada a través del teléfono o descubrirse una comunicación escrita llevada a cabo a través del medio postal, no existe obstáculo, en principio, para que, previa orden judicial, pueda controlarse una comunicación efectuada en el lenguaje digital por la red informática (un correo electrónico, el denominado "chateo" o una operación comercial on-line).

La sofisticación del mundo actual implica que la intromisión en sistemas, programas o datos informáticos se ha hecho necesaria para investigar los hechos ilícitos [TORRES MORATO].

## VI. EL RECONOCIMIENTO

### 1. Concepto

Los arts. 189-191 NCPP 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 preconstituida –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 art. 189.1 NCPP 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 (art. 189.2 NCPP), 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 (art. 189.1 NCPP). 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– reiterare 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 (art. 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 art. 189 NCPP 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 incluyó 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 elementos de prueba para dar fuerza a la afirmación inculpatoria. De esta manera, se refuerza el valor probatorio del reconocimiento efectuado del testigo junto con su testimonio [IBAÑEZ].

### 3. Reconocimiento impropio

Es posible que durante el transcurso del juicio oral el testigo sea sometido espontáneamente a un reconocimiento o señalamiento sobre alguna persona que se encuentre presente en la Sala de Audiencia. Aunque la forma y naturaleza de la medida genere discusión, es una actividad válida a la que debe asignársele el valor dentro del principio de libertad probatoria. No es en puridad un reconocimiento en rueda de personas, por lo cual no rigen las reglas rituales para su sustanciación [CHAIA]; se trata de una prueba testifical, de una verdadera y autónoma prueba de cargo, actuada bajo las garantías de inmediación y contradicción, por lo que es irrelevante tanto la ausencia de rueda identificativa como la posible inobservancia de sus condiciones legales (STSE de 02-10-01). En todo caso, el reconocimiento en el juicio oral subsana cualquier incorrección en los reconocimientos anteriores (STSE de 16-02-90), pues está avalado por el insustituible beneficio de la inmediación (STSE de 14-05-09).

### 4. Reconocimiento de voces y otros

El NCPP, art. 190, siguiendo el modelo Italiano (art. 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, aún 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 art. 191 NCPP. Rigen por analogía las reglas del reconocimiento de personas, del art. 189 NCPP.

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—.

## 2.6. Fotografías y videos

De modo genérico, el art. 68.1 NCPP 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 art. 207 NCPP 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 delictivos 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: art. 231, en lo pertinente, del NCPP.

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 art. 207.3 NCPP, 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 directa. 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 constataadora del escenario del delito, de ahí la exigencia de actas o registros filmicos de ser posible.

El art. 192.2 NCPP precisa su finalidad u objeto: comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya podido dejar en: **a)** lugares —es el espacio territorial donde el responsable del mismo ha llevado a cabo los actos de ejecución delictiva, sea cual sea aquel, que a su vez importa una descripción detallada de lo inspeccionado y la constatación de rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera podido dejar—; **b)** en cosas —toda corporalidad física, que incluye los documentos en cuando a su materialidad, no a su función representativa—; o **c)** en las personas —todo lo que se refiere a su cuerpo, de suerte que permite advertir tanto huellas u otras circunstancias particulares en él como identificarla describiendo sus rasgos característicos—. En consecuencia, también reconoce varias clases de inspecciones que el fiscal o el juez puede materializar con su observación: de personas, de cosas y de lugares —la inspección de cadáveres, si bien es, propiamente una inspección, está considerada como una diligencia típicamente sumarial y a cargo del fiscal conforme al art. 195.2 NCPP—; 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 art. 192.1 NCPP 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 NCPP considera a la reconstrucción un medio autónomo de prueba, reconocido en el art. 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; em-

pero, 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 ajeno 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 trata 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 art. 194.3 NCPP no permite la concurrencia de menores de edad, al igual que en la inspección judicial. Tampoco es posible imponer la concurrencia y participación de todas aquellas víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación (el prudente auxilio del juez en atención a las circunstancias de la causa determinará esa exclusión, sin perjuicio –si así fuera menester– de instar la realización de una pericia). Por otro lado, nada se opone, al amparo del principio de libertad probatoria, cuando exista imposibilidad o extrema dificultad en su ejecución, que pueda realizarse una reconstrucción virtual, apoyada en la informática y demás técnicas modernas que permitan representar escenas e inclusive efectuar operaciones lógicas tendientes a verificar si es posible que concretos hechos sucedieron de determinada manera.

Las constataciones que estime el juez de la investigación preparatoria “hasta la reconstrucción de los hechos aceptando o rechazando la viabilidad física de las diversa hipótesis comisivas planteadas, están basadas en deducciones o inferencias necesitadas de un previo juicio valorativo de aquel, lo que determina que su

valor sea el de una mera opinión que no procede vincular al órgano jurisdiccional sentenciador, por esa misma inseguridad en su exactitud que tiene todo lo que es repetición de un hecho real” (STSE de 16-06-72).

## IX. LAS PRUEBAS ESPECIALES

### 1. Regulación

El NCPP 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 una 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 (art. 195.1 NCPP). 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 (arts. 237 y 241 NCPP).

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 art. 196 NCPP 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 (art. 178 NCPP). 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 art. 196 NCPP puede ser presenciada por el abogado de los interesados e incluso se puede acreditar peritos de parte.

Es de precisar que la necropsia, aún cuando es del caso contar con ella, no siempre permite acreditar, en forma clara e inequívoca la causa de la muerte de una persona, por lo que es posible que esta se determine mediante otras pruebas directas o indirectas, con el correspondiente grado de certidumbre, en cada caso.

### 3.2. Destino del cadáver

El cadáver, luego de la realización de la necropsia, puede ser embalsamado o incinerado, previa autorización judicial. En el último caso el presupuesto es más restrictivo: sentencia firme, pues puede ser posible que, con posterioridad y antes de la culminación definitiva de la causa, se requiera exhumaciones u operaciones periciales excepcionales, de suerte que la desaparición del cadáver obstaculizaría irremediablemente el esclarecimiento de los hechos.

El embalsamamiento del cadáver, en los supuestos de criminalidad, requiere previo informe médico. Para esta posibilidad será imprescindible, a tenor de las circunstancias del caso, un pronunciamiento médico legal específico que se pronuncie si tal procedimiento, de necesitarse la realización de pruebas técnicas adicionales o de una exhumación, no frustre su eficacia.

### 3.3. Pericias auxiliares

En los casos de indicios de envenenamiento o presencia de ingesta de veneno, entendiendo esta como toda sustancia que introducida en el organismo humano es susceptible de producir trastornos en la salud, pudiendo provocar la muerte [GARCÍA RADA], se requerirá la realización de pericias auxiliares o toxicológicas, que recaerán tanto sobre las vísceras —órganos internos— cuanto sobre las materias sospechosas halladas en el cadáver o en otra parte, externa a él. Corresponde la ejecución de las operaciones periciales y la presentación del protocolo respectivo al laboratorio del Instituto de Medicina Legal o, en su caso, de haber sido encontrada por las inmediaciones del cadáver, al Gabinete Pericial Criminalístico de la Policía Nacional. En ambos casos, conforme al art. 198 NCPP, las materias objeto de las pericias se conservarán para ser presentadas en el debate oral.

### 4. Pericias medicolegales

Los arts. 199 y 200 NCPP 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 (art. 177.2 NCPP).

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 art. 201 NCPP 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 art. 201 NCPP, 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 predicen 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 art. 155.2 NCPP, 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 (arts. 349.1h y 350.1f NCPP). 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 (art. 373 NCPP); 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 (arts. 155.3 y 385 NCPP). Se admiten a solicitud del fiscal y de las demás partes.

## 3. Fase de admisión

Es el acto del juez por el que, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que deben practicarse. Este acto de admisión debe fundarse en la observancia de los requisitos exigidos, bien con carácter específico en relación con cada medio de prueba en concreto o bien aquellos de carácter general. Así: **1)** Solo podrán admitirse los medios de prueba previstos legalmente. **2)** Solo deberían admitirse los medios de prueba que comporten licitud en el procedimiento de obtención de las fuentes de prueba. **3)** La admisibilidad se condiciona, en todo caso, a los requisitos de pertinencia y necesidad, así como de conducencia y no sobreabundancia. Es obvio que en el juicio oral, por el rol que está llamado a desempeñar, el tribunal solo puede rechazar una prueba si está ante un manifiesto o relevante supuesto de impertinencia, innecesaridad o inidoneidad.

(i) La pertinencia. Se refiere a que los medios de prueba deben guardar relación lógica o adecuación con el *thema decidendi*. (ii) Son innecesarios los medios de prueba que nada acreditan o son redundantes, así como cuando el hecho afirmado es irrelevante o imposible, o cuando se trata de hechos que no necesitan ser probados [NEYRA]—. Empero, debe de precaverse del término “eficacia”, que importa valoraciones previas –juicios apriorísticos– acerca del probable resultado de la prueba. Apuntan al resultado pretendido en sede de admisión importa un prejuzgamiento, pues la eficacia de la prueba solo puede obtenerse una vez que ha sido practicada toda la prueba y no antes [PICO I JUNOY]. De tales premisas fluye el principio de prohibición de anticipar los resultados de la prueba (*verbot der*

*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 inaccesible o ser inasequible, si fracasan los esfuerzos para proporcionarlo y no existen perspectivas razonables de poder lograr la prueba en un futuro próximo; no puede ser hallado. Por otro lado, es posible rechazar la prueba propuesta si se planteara con el fin de dilatar el proceso –presupone la comprobación razonable de que el solicitante es consciente de la imposibilidad de obtener un giro favorable del procedimiento a través de la producción de la prueba– [ROXIN]. En estos dos últimos casos se dará *ex ante* y *ex post*, respectivamente, un supuesto de impertinencia funcional. La imposibilidad de actuación probatoria puede deberse a razones legales y materiales; la primera es cuando se trata de medios de prueba inconstitucionales o ilegales; mientras la segunda es cuando no resulta posible conseguir la actuación del medio de prueba propuesto (desapareció el testigo, falleció el perito). El concepto de innecesaridad de la prueba adquiere relevancia cuando ya ese está practicando la actividad

probatoria en el acto del juicio oral y el juez considere que la prueba inicialmente admitida, pero no practicada, deja de tener interés por haber admitidos ya que su conocimiento de los hechos cuya prueba se pretende acreditar [PICO I JUNOY].

La decisión judicial se formaliza mediante auto especialmente motivado. Contra él solo es posible solicitud de reexamen --remedio procesal--, previo traslado (art. 155.4 NCPP). 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 (arts. 373.1 y 375 NCPP). Las normas generales serán: **1.** Que se respete la contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, garantías que presiden el juicio oral; su práctica se realiza bajo la *cross examination*—interrogatorio cruzado—, el interrogatorio del acusado, formulando, en primer lugar, las preguntas las partes acusadoras y, posteriormente, la defensa, en una o varias sesiones consecutivas respetando el principio de concentración; con el mismo régimen se practicara la prueba testifical y demás medios de prueba. **2.** Que se practiquen, por regla general, en la Sala de Audiencias, aunque excepcionalmente puede trasladarse a otros lugares; el orden será en el que fije el tribunal, salvo el caso de prueba documental que sigue el sistema de listas; en cuanto al tiempo, se practican en el juicio oral y según su naturaleza (declaración imputado, testifical, examen pericial, prueba material, prueba documental), salvo el caso de prueba anticipada. **3.** El NCPP introduce otra regla genérica (art. 155.5 NCPP), 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: arts. 171.2-3, 378.3 y 380.2 NCPP).



## **LECCIÓN VIGÉSIMA PRIMERA**

### **PRUEBA PRECONSTITUIDA, PRUEBA ANTICIPADA, CONVENCIÓN PROBATORIA Y PROTECCIÓN DE ÓR- GANOS 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 nacen convocatoria de prueba, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STCE 31/1981, de 28 de julio). Estos actos reproducidos en el juicio oral, con las garantías del mismo, se convierten en medios de prueba [BARONA].

Se excepcionan a esta “prueba plenarial” la prueba preconstituida y la prueba anticipada —situación excepcional a la regla general—. Ambas tienen en común que se practican con anterioridad al juicio oral y que los actos así ejecutados adquieren valor probatorio por su carácter irrepetible o indisponible —fugacidad del objeto en que recaen— y urgente; cuando las diligencias o actuaciones investigativas son de imposible o difícil reproducción en el juicio oral, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto de aquellas garantías que impiden el abuso de los órganos de investigación (STCE 323/1993, de 8 de noviembre). Esta excepción justifica en mérito a que el proceso penal está sujeto al principio de búsqueda de la verdad material, por lo que es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, y utilizar en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa (SSTCE 137/1998, de 7 de julio; 182/1989, de

3 de noviembre; y, 217/1989, de 21 de diciembre). La STEDH carta de 20-04-06 insistió en que si hay una causa legítima que impida una declaración en el juicio oral y que se haya respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficientemente de contestar el testimonio de cargo, tal utilización no es lesiva a las exigencias de un juicio justo.

La discusión en torno a estos actos sumariales a los que se les otorga consideración de actos de prueba gira en torno a la vigencia de los principios de contradicción e inmediación. Se estima que la contradicción prima o es más fuerte que la inmediación, y, si bien el primero no puede obviarse, el segundo puede restringirse, excepcionalmente, por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración de medio probatorio (SCCC C-95 de 2005). Los motivos estructurales de procedencia son, precisamente, irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia. Además, estas actuaciones han de traerse al juicio oral y ser sometida 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 sus 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 irrepitibilidad 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 perjudicados 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 alcoholométrica. 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. Irrepitibilidad no previsible

Se centra en las pruebas personales. Interrogatorios realizados en sede de investigación preparatoria que devienen irrepitibles 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 irrepitable, 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 NCPP 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 NCPP tiene señalado en su art. 325 el carácter de prueba de las actuaciones objetivas e irreproducibles —que el art. 425.2 NCPP 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 [RIFA 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 irrepitibilidad.
- 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 obvие en lectura, audición

o visionado y simplemente se dé por reproducida (STEDH Barberá, Messegué 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 art. 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 pre-constituida 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 (art. 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 (art. 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– (art. 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 (art. 173.2 NCPP) [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 NCPP regula la prueba anticipada en el Título IV: art. 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, intermediación 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 plenaria, 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 art. 242.1c NCPP 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 irrepitibilidad**

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 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 dé-

cimo día de la citación—. La norma, art. 244 NCPP, incluso prevé supuestos de extrema urgencia, que permiten abreviar el plazo.

La audiencia de prueba anticipada es pública y rigen las reglas del juicio oral. Requiere la concurrencia obligatoria del fiscal y del abogado defensor del imputado —la incomparecencia del defensor determina la intervención del defensor de oficio, aunque puede aplazarse por tiempo breve—.

La decisión sobre la prueba anticipada: fundada, infundada o de aplazamiento, es apelable solo en efecto devolutivo, no suspensivo.

## 5. Reproducción en el juicio oral

El valor probatorio de esta diligencia está condicionado a su reproducción en el juicio oral. La parte interesada debe su actuación: audición, visionado o lectura del acta.

Si la prueba puede repetirse en el acto del juicio oral al haber desaparecido la causa de la irrepetibilidad, se podrá la misma practicar íntegramente, perdiendo, como norma, valor probatorio la anticipada, pero puede ser usada para contrastar y, en su caso, sustentar el fallo [ASCENCIO].

Sobre el particular la STCE 2/2002 de 14 de enero establece que “[...] en lo que se refiere a las diligencias sumariales cuyo resultado se pretende integrar en la valoración probatoria, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 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 al 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].

## IV. CONVENCION PROBATORIA

### 1. Reconocimiento legal

Dos normas son importantes: 1. Art. 156.3 NCPP, en cuya virtud las partes pueden acordar que determinada ‘circunstancia’ no necesita ser probada, en

cuyo caso se valorará como un hecho notorio. 2. Art. 350.2 NCPP, 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 los que se establece 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 sometido 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 con-

vención no se contradice con la pretensión o alegación que se hace valer; no ha de afectar ostensiblemente la estrategia procesal asumida por la parte concernida.

Ahora bien, en cuanto a la extensión de la convención probatoria. Se refiere solo a hechos secundarios y a las denominadas circunstancias, pues si no se acude a la terminación anticipada y en tanto el juicio contradictorio exige que la construcción de los hechos se verifique de un modo cognoscitivo y no meramente convencional, no se pueden ‘convenir’ sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal del imputado, dejándose a la actuación probatoria aspectos referidos a grado del delito, participación, circunstancias modificativas.

La libertad de prueba se limita, a su vez, bajo consenso, cuando se extiende la convención a los medios probatorios. Desde luego, su aceptación estará condicionada a que el medio de prueba escogido sea legal e idóneo.

## V. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

### 1. Definición

Es una medida de seguridad o prevención procesal, mediante la cual se garantiza la vida o la integridad corporal de los órganos de prueba: coimputados o colaboradores, 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 (art. 249.2 NCPP).

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 (art. 252 NCPP).

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 (art. 247.2 NCPP). La medida de cambio de identidad y ayuda económica es de decisión exclusivamente judicial (art. 249.3 NCPP).

## **2. Identificación**

Las medidas de protección que pueden adoptarse, conforme a los arts. 248.2 y 249.1 NCPP son ocho: **1.** Protección policial. **2.** Cambio de residencia. **3.** Ocultación de paradero. **3.** Reserva de identidad y demás datos personales que permitan la identificación, a los efectos de las diligencias procesales. **4.** Utilización de procedimiento que imposibilite la identificación visual en las diligencias. **5.** Fijación de domicilio para las diligencias en la sede de la Fiscalía. **6.** 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— (art. 248.2g NCPP). **7.** Efectiva ocultación de identidad, evitando fotografías o filmaciones, el traslado en vehículos de seguridad, el uso de un ambiente reservado. **8.** Excepcionalmente, emisión de documentos de una nueva identificación y medios económicos para cambiar residencia y lugar de trabajo.

## **3. Presupuestos**

El presupuesto material de la medida de protección, conforme al art. 247.2 NCPP, 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 (art. 249.3 NCPP).

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 (art. 250.2 NCPP).

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, art. 341.4 NCPP, modificado mediante Ley n.º 28950 de 16-01-07— [GÍMENO].

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 15-06-92. 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 existe a la garantía 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 PROHIBIDA**

#### **I. ALCANCES DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA**

La apreciación de la prueba, que comprende dos momentos: interpretación –o traslación– de la prueba y valoración de la misma, es la segunda fase de la prueba jurisdiccional. Sigue a la práctica o ejecución de las pruebas –que radica en la obtención de información a partir de ellas–. La interpretación es la actividad del juez orientada a averiguar o establecer los resultados de la prueba. La valoración consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase –y previamente interpretada en cuanto a sus resultados–, que se corresponde con el razonamiento probatorio: realización de la inferencia que permite pasar de las premisas, propias de la primera fase, a la conclusión [GONZÁLEZ LAGIER]. Dos observaciones preliminares es de resaltar. Primero, el resultado de la valoración de la prueba es contextual, esto es, está referido a un determinado conjunto de elementos. Segundo, la libre valoración probatoria es libre en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de dicha valoración [FERRER].

La valoración de la prueba puede definirse, entonces, como la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar si se considera probado el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar. Empero, de la actividad de valoración de la prueba hay que distinguir, según la clásica precisión de CALAMANDREI, una operación intelectual que es previa a la valoración: la interpretación del resultado de la práctica del medio de prueba. Con antelación lógica a juzgar sobre el valor legal o la credibilidad de los resultados del medio de prueba, el juzgador ha de formarse un juicio sobre el contenido o aporte informativo de cada medio de prueba [ORTELLS].

Practicada la prueba, corresponde al juez, y con relación a cada una de las fuentes-medios, determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es, con referencia una a las fuentes-medios. Se trata, por tanto, sin atender al valor probatorio, de estable-



cer qué es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, qué es lo que realmente se dice en el documento, etc. En este ámbito no pueden existir reglas de prueba [MONTERO].

La prueba se valora según las reglas del criterio racional o conforme a la libre convicción –ambas locuciones quieren decir lo mismo [VÉLEZ MARICONDE]. La sana crítica racional (art. 158 NCPP) significa que la valoración la realiza el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino advirtiendo la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial. Las reglas de la sana crítica no hacen sino aportar criterios de solidez de la inferencia probatoria, en cuya concreción puede ayudar las pautas de racionalidad epistemológica ofrecidas por la filosofía de la ciencia, que aportan reglas o criterios acerca de las razones de la inferencia probatoria, de las máximas de experiencia y presunciones, y de la hipótesis de un caso concreto [GONZÁLEZ LAGIER]; estas reglas ponen en el terreno del sentido común guiado por la experiencia profesional el principio de libre valoración de la prueba [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. Tal principio constituye una apreciación lógica reconducible a pautas o directrices objetivas [ARMENTA], que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditados o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso (STSE de 4.4.1989). Ello conlleva la obligación del juez de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados (STSE de 11-03-08). La libre apreciación de la prueba se refiere a todos y cada uno de los medios de prueba utilizados en el proceso concreto de que retrate, debiendo el juez valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que a priori pueda concederse valor superior a uno sobre otro (STSE de 23-03-99).

Las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero han de hacerse contar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la arbitrariedad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de los hechos probados [MONTERO].

Así las cosas, solo se tiene por verdadero –en tanto en cuanto, coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron– aquello que resulta probado, y en la medida que resulta probado –un hecho está probado solo cuando se extraen con éxito algunas inferencias concernientes a su ocurrencia a partir de los medios de prueba disponibles [TARUFFO]–. Es imperativo que la decisión

judicial se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, empero también es inevitable que se trate, en todo caso, de una aproximación relativa.

La libre valoración debe constituir una apreciación lógica de las pruebas reconducible a pautas o directrices de rango objetivo; y, la valoración que conduzca a entender o no fijado un hecho ha de ser susceptible de fiscalización a través de la necesaria motivación de la sentencia.

La soberanía del Tribunal tiene tres limitaciones: **1.** Versa sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral –incluidas las pruebas preconstituidas y anticipadas–: la verdad se determina tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles, la cual solo es una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa [TARUFFO]. **2.** No se puede basar en prueba prohibida, aquella que vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales. **3.** Se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica [GIMENO]. En virtud de la libre apreciación de la prueba el juzgador es libre para valorarla, pero sin prescindir de ella ni de su necesaria motivación, que la adecuará a los dictados de la razón y de la lógica. Las normas exigen al juez justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente ‘correctas’ y aceptables.

La valoración de la prueba radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: **1)** la premisa menor es una fuente-medio de prueba (por ejemplo, el testigo y su declaración), **2)** la premisa mayor es una máxima de la experiencia, y **3)** la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar. Las máximas de la experiencia –fundables objetivamente deben determinarse por el juzgador desde parámetros objetivos, que no legales; además, ante la ausencia de la premisa menor: pruebas válidamente practicadas, la absolución es obligada, aún cuando el juzgador tuviere la convicción de la culpabilidad del acusado –la mera certeza subjetiva del juez, no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado–.

Son dos las operaciones intelectuales que exige la prueba: **1.** Descripción del elemento probatorio [esto que se denomina “interpretación”]. **2.** Valoración crítica del mismo, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él, se apoya [CAFERRATA].

Valoración libre no es, pues, igual a valoración discrecional. Ni esta valoración se resume en la íntima convicción o en la conciencia del juez. Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las

que concede o no credibilidad a un medio de prueba, y esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia. El juez se atiene a la prueba, y a las reglas de la lógica y de la razón en su juicio valorativo; él es quien tiene que precisar las máximas de la experiencia utilizadas y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria [MONTERO]. Su infracción es controlable recursalmente: en apelación y en casación.

El art. 157 NCPP establece como excepción a la regla de la sana crítica racional para valorar la prueba en casos del estado civil o de ciudadanía de la persona. A su vez, por ejemplo, el art. 269 NCPP establece que el matrimonio se acredita con la copia certificada de la partida de registro de estado civil y, salvo la comprobada falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba. Se trata de una regla que impone y, en su caso, excluye alguna fuente-medio para la prueba de un hecho determinado; en este caso, impone determinado tipo de fuente-medio de prueba: prueba documental y circunscripta a la copia certificada del registro civil. Se trata, al fin y al cabo, de una norma que a la postre —al establecer que un hecho determinado solo puede probarse por una o por otros medios concretos de prueba o que excluyen más fuentes-medios para probar un hecho concreto— tiene similares consecuencias que la prueba legal —que reconoce normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio—. [MONTERO].

El principio del *in dubio pro reo* no funciona para la interpretación de la prueba o descripción del elemento probatorio. Rige para las cuestiones de la culpabilidad y de la punibilidad, así como en la mayoría de supuestos vinculados a la vigencia de los presupuestos procesales, no así para los vicios procesales; para las cuestiones jurídicas dudosas rige este principio por expreso mandato constitucional, art. 139.11. Se aplica solo después de que esta se ha producido. Ante la existencia real de una duda cabe su invocación para la absolución.

El estándar de convicción comúnmente aceptado es, como ha quedado expuesto, en las lecciones iniciales, es el de más allá de toda duda razonable —noción acuñada del derecho anglosajón, como *beyond a reasonable doubt*, mucho más exigente que en el ámbito civil, que utiliza como estándar la “prueba preponderante” (*preponderance evidence*) o la “prueba clara y convincente” (clear and convincing evidence) —, que en 1970 consolidó la Corte Suprema Federal USA en el caso *Winship*. En esa ocasión anotó que tal estándar es el principal instrumento para reducir el riesgo de condenas fundadas en errores de hecho, proporcionando así una sustancia concreta a la presunción de inocencia; exige al juez la necesidad de alcanzar un estado subjetivo de certeza de los hechos en cuestión. Este estándar,

que es particularmente elevado y que tiene una naturaleza ética-política, sin embargo es de muy difícil concreción –definición analítica de su significado–, pues se ha utilizado, indistintamente sin mayores delimitaciones, tanto el criterio de la vacilación para actuar –Sentencia *Holland vs. USA* de 1954– como el de la certeza moral en un ánimo no prejuiciado, que no certeza absoluta o matemática –Sentencia *Winship vs. USA*– [LOPEZ MASLE]. Es, propiamente, un concepto indeterminado que corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aún cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde en cada caso, a este nivel de certeza [TARUFFO].

La noción de “duda razonable”, por su propia naturaleza, rechaza lo que se denomina “cabos sueltos” (elementos de información que se pueden atribuir a defectos de percepción, a errores u otras causas que hacen que normalmente la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas); también excluye las dudas imaginarias puramente hipotéticas (surgen de una revisión hipotética de todas las posibilidades imaginables); por último, quedan fuera las dudas ilógicas, esto es, las que para constituirse requieren aceptar componentes absurdos o irracionales, contrarios a la razón. Por otro lado, una aproximación práctica al estándar de “duda razonable” importa reconocer dos elementos básicos: **a)** debe tratarse de una duda articulada, vale decir, que exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación y mostrar cómo todos en conjunto construyen una duda razonable; **b)** la explicación acerca de cómo se constituye la duda en razonable o inaceptable, debe tener alguna base en la prueba actuada en el proceso [DUCE/RIEGO].

El derecho alemán también menciona grados o medidas de prueba. De ese modo se estima que para que el juez se considere convencido según su conciencia, debe alcanzarse una “verosimilitud objetiva”, y no una “credibilidad aproximada”, lo cual equivale a una (muy) alta probabilidad. Se habla también en ese sentido de la “certeza personal” del juez. Incluso en casos de difícil prueba se exige una “inverosimilitud predominante”. El juez ha de haber llegado a una convicción estable sobre los hechos y la responsabilidad penal del acusado; no puede tratarse de una certeza porque aunque en el proceso se procure acercarse lo más posible a la verdad, que se consiga, o no es algo que difícilmente se podría saber a ciencia cierta [NIEVA FENOLL].

Desde otra perspectiva, vista la ostensible vaguedad de la referida noción, resulta indispensable asumir la propuesta de FERRER. Así:

- A. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas –se ha de aplicar correctamente la metodología de contrastación de hipótesis–.
- B. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles –no las implausibles ni las incompatibles con los datos del caso o material probatorio del proceso– explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas de las meras hipótesis *ad hoc* –por ejemplo, la hipótesis del complot contra el acusado, que no es empíricamente contrastable, pues para que una hipótesis sea sometida a corroboración se requiere que se puedan formular predicciones contrastables a partir de ella–.

## II. MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La motivación es, en cuanto a la parte probatoria, la expresión de la valoración. Ella exige un esquema inductivo –la valoración, por el contrario, exige un esquema deductivo–, que más o menos es el siguiente [NIEVA FENOLL]:

- A. Lo primero que el juez debe realizar es una previa ordenación de todo el material probatorio. Ha de reducir a una unidad la dispersión de ideas tras la ejecución de las pruebas, a fin de llegar a un listado de los hechos relevantes jurídicamente –debe lograr una exposición de hechos acompañada del medio de prueba en el que se fundan–.
- B. Esta fase de recopilación de los resultados probatorios debe favorecer la deducción, y por ende, evitar conclusiones precipitadas –se sigue el modelo de orientación deductiva–. Así las cosas, lo que debe ser objeto de respuesta es si el hecho delictuoso –con todas 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 la 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” (art. 158.1 NCPP). Cada medio probatorio, de uno u otro modo, tiene sus propias reglas de valoración, de suerte que en impugnación si se advierte la máxima o regla infringida y se demuestra su relevancia para el juicio final de la sentencia, no queda otro camino que la revocación del fallo sentencial. En estos casos el examen impugnativo de la sentencia se centra en lo que es objetivable, en el examen de las razones concretas que condujeron al *iudex a quo* a una determinada conclusión.

Ante esto, se puede cuestionar en apelación estas deficiencias a partir de una doble vía:

- A.** Impugnar la lógica del razonamiento judicial. En la prueba testifical, por ejemplo, es posible analizar desde las actas o grabaciones si la exposición fue coherente, estaba corroborada, contextualizada y no contenía detalles oportunistas; por consiguiente, si se da validez a un testimonio con

algunas de estas falencias, en tanto fueran relevantes, se concluirá que las valoraciones de la prueba no se guió 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 (art. 157.2 NCPP)– o vulneró las exigencias de la prohibición de valoración probatoria (art. 159 NCPP).
- 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 (art. 158:1 NCPP).
- 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 (art. II.2 TP NCPP)–, antes de tiempo; es decir, que haya prescindido de valorar el material probatorio obrante en autos y haya presupuesto que era insuficiente.

Debe quedar sentado que el mito de la inmediación –visto como un todo, pero solo circunscrita en caso de prueba personal a la percepción sensorial por el tribunal de instancia, no niega el control de su valoración racional por el tribunal de revisión– debe ceder ante la tutela jurisdiccional efectiva que solo es posible mediante la racional, metódica y analítica disección de las pruebas interrelacionadas en forma lógica (SSTSE de 09-12-05 y de 26-09-06).

### III. REGLAS VALORATIVAS INCORPORADAS LEGALMENTE

Se trata de reglas valorativas, próximas a la prueba legal –reglas legales de valoración de prueba–, incorporadas en algunos casos por la jurisprudencia y en otros por la ley, para garantizar el valor de pruebas de cargo de determinadas declaraciones o actuaciones procesales de relevancia probatoria [ASENCIO]. En nuestro país la mayoría de ellas fueron desarrolladas jurisprudencialmente en diversas ejecutorias y acuerdos plenarios. Sin perjuicio de ello, el NCPP aborda explícitamente la prueba indiciaria (art. 158.3 NCPP) y la prueba anticipada (art. 242 NCPP), enuncia la prueba preconstituida, consagra la ineficacia probatoria de la denominada “prueba prohibida” (arts. VIII TP y 159 NCPP), y menciona el testimonio de referencia (art. 158.2 NCPP), las declaraciones contradictorias (art. 378.6 NCPP) y el silencio del imputado (art. 376.1 NCPP).

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 (art. 160 NCPP) declaración de la víctima, declaración de los coimputados, filmaciones e indicios, entre otras.

Es de resaltar que VÁSQUEZ SOTELO incorpora la prueba indiciaria dentro de la prueba escasamente fiable, aunque creo que lo hace a partir de un inicial modo de acercamiento a ella por los tribunales, que consideraron posible su utilización como una alternativa ante la falta de prueba directa –era un subrogado– y para evitar la impunidad; dato que, por cierto, expresamente rechaza y que luego desarrolla ampliamente.

### IV. LA PRUEBA INDICIARIA

#### 1. 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 pro-



bado, 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 [CHAIJA]. 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.

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 –cualesquiera 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. Fases del razonamiento indiciario

### 2.1. La primera fase del razonamiento indiciario

Es el primer elemento de la estructura de la prueba indiciaria. Consiste en recopilar la información que va a constituir la base del razonamiento judicial. Se trata de los elementos de prueba –que en el presente caso serían los indicios–, esto es, de aquellos hechos que tienen virtualidad para acreditar otro hecho con el que están relacionados. En función de ellos el juez determinará la existencia o inexistencia de suficiente prueba de cargo practicada con todas las garantías. Esta fase presupone la validez de las pruebas obtenidas y actuadas.

En la prueba indiciaria tales elementos, que se erigen en requisitos de eficacia probatoria de los indicios, están formados:

- (i) Por los indicios, hechos base o hecho indiciante, que son colaterales al hecho necesitado de prueba y que permiten llegar al conocimiento de la realidad tipificada. Pero no todo indicio es relevante y utilizable; debe ser ‘fiable’, esto es, **a)** plenamente probado, procesalmente cierto –lo que elimina la posibilidad de que estén establecidos conjetural o hipotéticamente–, y **b)** además ‘grave’, vale decir, que apunte a un alto grado de probabilidad en relación al hecho indicado;
- (ii) Por la pluralidad de indicios: varios datos probatorios y que todos ellos, tomados en su conjunto, conduzcan a una misma conclusión inculpatoria, que es lo que denomina ‘cadena de indicios’ o ‘univocidad de los indicios’ –presunción polibásica–, a partir de su gravedad, concurrencia y convergencia. En este caso se presenta un indicio ‘anfibilógico o contingente’; esto es, cuando el indicio puede ser vinculado con una gran cantidad de hechos independientes entre sí, o derivar en distintas explicaciones sobre el hecho, de suerte que

solo será un elemento coadyuvante de otros datos sobre los que puede influir o aportar certeza [CHAIA];

- (iii) Por la pertinencia, que cada indicio esté relacionado con los hechos, que sean coincidentes en el señalamiento de determinadas circunstancias deducibles de ellos, que apoyen la conclusión judicial: noción italiana de fortaleza, precisión y concordancia.

Obviamente, también se acepta, y lo hace la jurisprudencia y el art. 158 NCPP, la posibilidad de un único indicio –denominado necesario, unívoco o cualificado– con entidad para concluir por la realidad del hecho indiciado o consecuencia. Ello dependerá, por cierto, del carácter del indicio, de su especificidad, vehemencia, proximidad y gravedad o urgencia –el indicio objetivo–, y que por cierto se expresa con mayor fuerza en la prueba criminalística científica, de base pericial, recaída en el análisis de vestigios materiales, rastros, huellas, o datos materiales. En este caso el hecho puede ser directamente relacionado con el indicio; es un elemento fiable que revela el hecho y permite sustentar una condena o absolucón. Lo importante no es el número de indicios –criterio cuantitativo–, pues no se trata de sumar y/o acumular indicios sino, precisamente, su capacidad indicativa (como sucede, por ejemplo, con los indicios necesarios o cualificados), que vendrá determinada por el enlace entre la afirmación base y la afirmación consecuencia y, por tanto, por su capacidad de interrelación, con concordancia y convergencia [MIRANDA ESTERAMPES].

## 2.2. La segunda fase del razonamiento indiciario

Se circunscribe a la necesidad de alcanzar una conclusión sobre la base del material probatorio disponible –que sería el hecho indiciado o hecho consecuencia, al que se llega partiendo del hecho base–.

Exige las siguientes reglas:

- A. Entre los distintos elementos de prueba y la conclusión judicial debe existir una máxima de experiencia –a eso se denomina ‘presunción’ por algunos autores, o reglas del criterio humano o inferencia, sustentada en el principio de normalidad–, que permita entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada –la relación o principio de causalidad: a todo efecto precede una causa determinada, establecida según el principio de oportunidad–, cuyo nexo se explicitará en la sentencia –cuando más fundado y preciso resulte el enlace, más justificada estará la hipótesis ju-

dicial—; la máxima debe estar asentada en conocimientos científicos o en conocimientos generales.

- B. Inexistencia de máximas de experiencia aplicables igualmente fundadas, que gocen de un mismo grado de probabilidad.
- C. La conclusión no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados, que no tengan la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial.

La falta de racionalidad puede provenir tanto por la falta de lógica o coherencia de la inferencia: los indicios excluyan el hecho indiciado o no conduzcan naturalmente a él; como por el carácter no concluyente de la inferencia por excesivamente abierta, débil o indeterminada [ARMENTA]. Así lo tiene expuesto, por ejemplo, la STCE 229/2003, de 18 de diciembre.

Siguiendo a la casación argentina es de precisar, en primer lugar, que la relación existente entre el hecho indiciario y el indicado se debe determinar en cada caso, teniendo en cuenta las particularidades del hecho acusado y sin que se le pueda deducir categorías fijas, que establezcan a priori el valor convencional de la prueba indiciaria (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Sentencia de 17-06-99); y, finalmente, que resulta inadmisibles intentar criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio, desconociendo que evaluados en acto único y con ajuste a las reglas de la sana crítica racional pueden llevar a de la mano a una probatura acabada, plena y exenta de toda hesitación razonable (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Sentencia de 29-05-98)..

### 3. Requisitos de los indicios

Como resultado de lo anterior es de rigor fijar los requisitos de los indicios que es del caso tener presente. Se trata de los requisitos de existencia, de validez y de eficacia.

- A. Los requisitos de existencia de los indicios son: **1.** Que haya prueba plena del hecho indiciante o indiciador. **2.** Que tal hecho tenga alguna significación afirmativa respecto del hecho indiciado hecho consecuencia, por existir alguna conexión lógica o engarce entre ellos.
- B. Los requisitos de validez de los indicios son dos: **1.** Que el medio confirmatorio del hecho indiciante o indicador haya sido decretado y practicado en forma legal y realizado por medios lícitos y no prohibidos por ley. **2.** Que no haya una causa general de inutilización que vicie el

hecho indicante o indicador, ni prohibición legal de investigar el hecho indiciante o indicador o el hecho indiciado o consecuencia.

- C. Los requisitos de eficacia de los indicios son seis: **1.** Que exista conducencia entre los dos hechos y, por tanto, que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre los dos hechos sea aparente, por obra de la casualidad o el azar, así como la posibilidad de falsificación de hecho indiciante o indicador por obra de terceros o de las partes. **2.** Que parezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho o hechos indiciantes o indicadores y el o los hechos indiciados o consecuencia, y que sean varios, graves, precisos y concordantes o convergentes, cuando los hechos indiciantes o indicadores son contingentes. **3.** Que no haya conraindicios que no puedan descartarse razonablemente y que se hayan eliminado las otras posibles hipótesis y los argumentos que puedan contradecir la conclusión adoptada. **4.** Que el resultado inferido sea unívoco o inequívoco. **5.** Que no existan otros medios de confirmación que contradigan los hechos indiciales o indicadores o que demuestran la existencia de un hecho opuesto al indicado por aquellas. **6.** Que se haya llegado a una conclusión precisa y segura, basada en el pleno conocimiento o la certeza del juez [ALVARADO VELLOSO].

#### 4. Tipología de los indicios

Existe mucha literatura, y jurisprudencia, que destaca el papel de la tipología de los indicios, no obstante que se trata de una pura actividad del juez [GÓMEZ COLOMER]. El número de los indicios es prácticamente ilimitado y ninguna clasificación puede comprenderlos totalmente [DEVIS ECHANDÍA]. En nuestro país, por ejemplo, SÁNCHEZ VELARDE hace mención a siete modalidades de indicios: indicios generales y particulares; indicios manifiestos, próximos y remotos; indicios concomitantes, subsiguientes y antecedentes; indicios por móvil, por capacidad, por predisposición, por la oportunidad para delinquir, por la capacidad intelectual del delincuente; por las circunstancias propias de soledad; por las huellas materiales u objetivas; por manifestaciones anteriores y posteriores al delito; y, conraindicios.

TALAVERA ELGUERA es más limitado en su tipología; menciona dos perspectivas clasificatorias: **1.** Por la incidencia del indicio con el hecho indicado: (a) indicio necesario y (b) indicio contingente, el que a su vez se subdivide en grave y leve. **2.** Por el tiempo de su acacimiento: antecedente –capacidad y oportunidad–, concomitante –de presencia– y de participación subsiguiente –actitud sospechosa–.

Aún cuando más importantes son los últimos, que se consideran más útiles para la labor de investigación y enjuiciamiento (indicios de presencia, capacidad delictiva, participación, móvil, huida o actitud sospechosa, mala explicación o justificación, y de revelaciones posteriores), y por ello mismo han sido comúnmente utilizados por la jurisprudencia nacional. Por todas, Ejecutoria Suprema n.º 1787-1998/Lima, de 02-07-98.

Así, se tiene:

- A. Indicios de capacidad delictiva: Aptitud física o psíquica del agente para cometer el delito.
- B. Indicios de capacidad moral: Propensión al delito del reo.
- C. Indicios de oportunidad: Momento concreto, lugar, coparticipación.
- D. Indicios de manifestaciones: Lo depuesto en un primer momento y a lo largo del procedimiento, contradicciones, etc.
- E. Indicios de móvil delictivo: Odio, animosidad, peleas previas, diferencias.
- F. Indicios de huellas materiales: Objetos encontrados en poder del reo; instrumentos que aparecen en el lugar de la comisión del delito; huellas dactilares, semen, sangre.
- G. 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
- H. Indicios de realización de actos preparatorios: Procesado que realizó actos preparatorios del delito.
- I. Indicios de manifestaciones previas: Manifestaciones o conversaciones previas del procesado que revelan su intención o predisposición de cometer el hecho delictivo.
- J. Indicios de mala justificación: El imputado recurre a coartadas falsas ante circunstancias que lo incriminan.
- K. Indicios de fuga: El imputado huye, inexplicablemente, del lugar de los hechos en el momento que se realizó el delito.
- L. Indicios de intento de corrupción o soborno: Se ofrece un soborno al funcionario encargado de la persecución penal.
- M. Indicios de obstrucción o entorpecimiento de la investigación del delito: El inculcado elimina u oculta pruebas que lo incriminan.

- N. Indicios de cambio de situación económica: El incremento injustificado del patrimonio, útil para los casos de enriquecimiento ilícito, lavado de activos o delito tributario [GARCÍA CAVERO].

También puede identificarse, por su amplia utilización en la criminalística, (i) los indicios personales o subjetivos y reales o materiales, según se refieren a condiciones y modos de ser de una persona (como la capacidad intelectual, física y moral para el acto delictivo o el hecho de significación civil) o a cosas, huellas, rastros y similares; así como (ii) los indicios ordinarios y técnicos o científicos, según exijan o no conocimientos especializados para apreciarlos.

### 5. Interpretación, aproximación y valoración indiciaria

Lo esencial desde el punto de vista operacional es no solo la labor de recogida y detección de los indicios –que es una tarea propia de la investigación preparatoria y de la afirmación de la Fiscalía en su acusación–, sino las labores de interpretación, de aproximación y, finalmente, de valoración.

- A. La labor de interpretación importa, primero, dar crédito o no a un indicio, y, segundo, determinar su alcance y significado, esto es, qué dice en relación con el delito acusado.
- B. La labor de aproximación significa la agrupación o reunión de los indicios de un mismo signo, los cuales pueden alcanzar una gran probabilidad del hecho desconocido. En esta tarea es que se pueden encontrar contraindicios, y se verá su contrapeso con los indicios de cargo.
- C. La labor de valoración, una vez agrupados los indicios, no será aritmética; antes que contados, los indicios deben ser pesados y contrapesados. El poder de convicción es directamente proporcional a su precisión, unidad de especie y peso específico –proximidad a la acción delictiva–; un indicio específico será más fuerte frente a indicios genéricos, vagos o indeterminados –noción de gravedad y urgencia–.

El art. 158.3 NCPP, 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. Por consiguiente, cuando las inferencias son fiables, la prueba por indicios puede tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas [TARUFFO].



## 6. Algunas aplicaciones prácticas

### 6.1. El elemento subjetivo del delito

Hoy en día se considera a la prueba indiciaria la reina de las pruebas en el proceso penal. La casuística es abundante. Es clásico utilizar los indicios para la determinación del elemento subjetivo del delito –su naturaleza de hechos subjetivos no los priva de su condición de hechos que deben ser incluidos en la declaración de hechos probados–, el cual se ha entendido que debe deducirse de los datos externos –de los datos y circunstancias objetivas y materiales acreditadas en la causa–, que permiten revelar la intención del agente. Su presencia no se acredita, directamente, con prueba testifical o pericial, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales (STSE de 20-07-90), sino con los datos externos debidamente probados conforme a los estándares ya conocidos, con las respectivas circunstancias del caso, con la conducta observada por el agente.

Los juicios de valor sobre intenciones no son hechos en sentido estricto y, al no ser datos aprehensibles por los sentidos, no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha.

Se determinan por juicio de inferencia según las reglas de la lógica y de la experiencia a partir de datos objetivos y materiales. Se acude a un método *ad extra*, es decir, se vale de cuantos datos objetivos consten en la causa y los cuales quepa inferir hasta dónde llegó el conocimiento del agente o cuáles fueron sus verdaderas intenciones (STSE de 27-10-86).

### 6.2. Delitos de organización

En orden a determinados delitos, especialmente los de organización, la Corte Suprema, en primer lugar, ha precisado que el análisis y valoración de la prueba debe adaptarse a las características y modo de funcionamiento de las organizaciones criminales, siendo a estos efectos impropio hacerla con arreglo a las pautas de los delitos individuales (Ejecutoria Suprema n.º 1260-2004/Lima, de 21-07-04); y, en segundo, tiene expuesto precisado lo siguiente:

#### 6.2.1. Integración en organización delictiva

- A. La comisión en un lapso de dos meses de numerosos secuestros y robos, bajo una misma modalidad, con la presencia en ellos de varios individuos, permitió deducir fundadamente la existencia del delito de asociación ilícita. En la Ejecutoria Suprema n.º 4126-2006/Cusco, de 18-09-07, se señaló que el conjunto o pluralidad de hechos probados permitió colegir

los cuatro requisitos de una asociación ilícita: pluralidad de personas, organización más o menos estructurada, consistencia o permanencia de la misma durante un periodo razonable de tiempo, y finalidad de cometer delitos. “[...] la comisión reiterada de esos delitos en un espacio de dos meses permite colegir que se requirió de la formación de una organización con un mínimo de estructura jerárquica y distribución de roles y una cierta operatividad en el tiempo: a las víctimas había que identificarlas, seguirlas, detectar sus movimientos y dinero y bienes que tenían en su poder, fijar el día del ataque, ordenar un sistema eficaz de atentado y, luego, concebir unos criterios ordenados y fiables de aprovechamiento de lo robado [...]”.

- B. La comisión de un delito de secuestro, sin datos adicionales, en el que participaron varios individuos concentrando el rol que a cada uno le correspondería en su comisión, solo acredita un supuesto de coparticipación delictiva, no de asociación ilícita. (Ejecutoria Suprema n.º 5016-2006/La Libertad, de 23-04-04).
- C. La integración en una organización delictiva se advierte del aporte material, debidamente probado, que realizó el acusado. Si realizó un aporte personal específico a uno de los objetivos de la organización: liberar de cargos a uno de sus principales integrantes y garantizar su impunidad, para lo cual convalidó una pseudoinvestigación y permitió la firmeza de la decisión de archivo de actuaciones, solo explicable en los marcos de un plan preacordado, es de concluir fundadamente que esas conductas son clara expresión de su adscripción mafiosa. SCS n.º AV-17-2004, Apelación, de 20-02-06.
- D. La pertenencia a una organización dedicada al TID ha sido abordada en la Ejecutoria Suprema n.º 1234-2004/Callao, de 01-06-04. En principio, se debe establecer la realización de conductas funcionalmente vinculadas a la comercialización de drogas. Si el imputado está vinculado a los principales organizadores y financistas de la organización, si estos últimos acudían constantemente a su taller de mecánica, si en ese taller se reparó los camiones frigoríficos utilizados para trasladar la droga pese a que ese no era el giro específico del negocio –vinculado a vehículos de lujo–, si en ese local se recibían faxes sobre la importación de pescado congelado donde se ocultaba la droga –que era la modalidad utilizada por la organización para el envío de droga al extranjero–, y si constituyó con aquellos una empresa de exportaciones para consolidar el envío de droga: es forzoso concluir que integró la organización delictiva.

- \* Advertencia. El modelo típico nacional, es evidente, que no define los elementos objetivos y subjetivos de la conducta prohibida: participación criminal en una organización delictiva –lo que constituye una existencia de certeza [ZÚÑIGA]–.

Según la Ejecutoria Suprema n.º 2220-2004/Ayacucho, de 29-12-04, la asociación ilícita exige la agrupación de varias personas –siendo irrelevante la forma cómo se ponen de acuerdo– de manera relativamente organizada y duradera –no puramente transitoria–, sobre la base de una estructura jerárquica cuya división funcional de roles de sus integrantes, que tengan por objeto cometer indistintamente delitos plurales o promover su comisión.

Empero, de las exigencias procesales de esta figura, de la necesidad de prueba para dar por acreditada la adscripción del imputado en una asociación ilícita, surge, conforme al planteamiento de la Propuesta del Proyecto Común Europeo, de 2000, se requeriría lo siguiente: **1.** En lo objetivo, que la contribución del sujeto tenga carácter no ocasional, y que esa contribución se vincule tanto a la perpetración del delito comprendido dentro del programa criminal de la organización, como al funcionamiento del aparato de la misma, ya sea de tipo operativo o logístico. **2.** En lo subjetivo, que el agente se represente el carácter instrumental de su contribución, es decir, que conozca que su construcción va a servir para perpetrar los delitos del programa criminal de la organización o para coadyuvar al funcionamiento del aparato estructural de la organización [MILITELLO].

### 6.2.2. Autoría en lavado de activos

- A. La Ejecutoria Suprema n.º 2202-2003/Callao, de 26-05-04, fijó dos criterios generales, material y procesal. El primero, precisó que este delito descansa sobre un delito anterior: venta y distribución de drogas, según el caso concreto, y conocimiento del origen ilícito de los activos, el cual no debe ser preciso o exacto, basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito; el dolo puede ser directo o eventual, en tanto en este último caso el agente considere seriamente y acepte como probable que el dinero procedía de un delito [como se trata de un dato subjetivo, solo puede probarse por vía indirecta a través de la conjunción de indicios probatorios]. El segundo, aclaró que la prueba usual es la indiciaria –salvo el insólito caso de la confesión–, y sistematizó cuatro indicios comunes en esta modalidad delictiva: **1)** El incremento inusual del patrimonio de quien realiza las opera-

ciones de ingreso de dinero o bienes al mercado o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, características del negocio mercantil llevado a cabo, razonabilidad de las inversiones o por tratarse de dinero en efecto pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. 2) La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias. 3) La constancia de algún vínculo o conexión con actividades de TID o con personas o grupos relacionados con las mismas. 4) La utilización de documentos falsos para aparentar operaciones inexistentes. Se aclara, en vía de regla de seguridad, que estos indicios, y otros que puedan establecerse caso por caso, siempre que por su gravedad y fuerza conviccional permitan inferencias razonables, y en la medida que se encuentren plenamente probados, pueden enervar la presunción de inocencia.

- B.** La Ejecutoria Suprema n.º 944-2006/Lima, de 04-10-06, insistió en la senda iniciada por la Ejecutoria anterior. Los indicios utilizados para la condena fueron: **1.** Vinculación del imputado con el delito precedente, al punto que fue condenado por comercialización de drogas. **2.** Creación de empresas sin mayor nivel de funcionamiento real y de infraestructura logística y de personal, que incluso registra un movimiento inusitado de movimiento económico y de transferencias por montos muy cuantiosos, incluso incompatibles con el giro de la empresa. **3.** Apertura de cuentas a nombre de terceros. Estos elementos indiciarios –la empresa criminal se sustenta en una trama oculta bajo un aparente negocio legal que se aprovecha de la opacidad financiera en que se desenvuelve– son suficientes para tanto la transferencia de dinero cuanto la utilización de las ganancias de ese negocio en actividades comerciales con la finalidad de evitar la identificación de su origen.

## V. EL SILENCIO DEL IMPUTADO

### 1. **Ámbito constitucional del derecho**

Un derecho instrumental que integra el contenido esencial de la garantía de defensa procesal, es el derecho de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, que incluye, por cierto, el derecho al silencio: no declarar o no contestar las preguntas que se le formulen, así como las respuestas de ausencia de recuerdo sobre lo atribuido. Esta postura de pasividad constituye, sin duda, el ejercicio

de un derecho fundamental, noción de la que deben extraerse las consecuencias necesarias en sede jurisdiccional: no debe producirle ningún perjuicio. La condena no puede descansar en el grado de colaboración del acusado con el objeto de imputación (STSE de 24-07-09).

Está reconocido que el derecho a guardar silencio, en concreto, su vulneración, solo puede ser examinada en relación con las consecuencias negativas que hayan podido extraerse del mismo. De inicio debe decirse que tal vulneración de esta garantía constitucionalizada será evidente si la condena se sustenta en la valoración *contra reo* de la negativa a prestar declaración, lo que implica una lesión a la presunción de inocencia –la no declaración no puede implicar una inversión de la carga de la prueba–. Por lo demás, toda vulneración de este derecho instrumental está asociada a una regla de exclusión y la prohibición de valorar los efectos reflejos.

## 2. Valoración del silencio

El problema, sin embargo, no es tan simple. El TEDH en las sentencias MURRAY de 08-06-96 (§ 47: es incompatible basar una condena solo o principalmente en el silencio del acusado o su negativa a contestar) y CONDROM de 02-05-00 (el derecho a guardar silencio se encuentra en el núcleo del concepto de un juicio justo, pero no es un derecho absoluto, y si bien no se puede basar una condena exclusiva o esencialmente en el silencio, sí cabe tomarlo en consideración cuando se está frente a situaciones que claramente demandan de él una explicación) permitió la valoración del silencio del imputado como un elemento de corroboración, siempre que existan pruebas objetivas de cargo consistentes y suficientes. Se utiliza, llanamente, como un indicio de corroboración, complementario, para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo (STED Landrome de 02-05-00). En esos casos el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación del imputado respecto de los hechos atribuidos, cuyo silencio puede tomarse como ratificadorio del contenido incriminatorio de las pruebas copiadas, salvo que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria.

La valoración del silencio, entonces, no importaría un vacío probatorio, lesivo a la presunción de inocencia, pues el sustento de una condena estaría en las otras pruebas de cargo suficientes. Lo que interesa, en todo caso, haya silencio del imputado o una explicación inverosímil, es que con independencia de estas existan pruebas de cargo suficiente con entidad para enervar la presunción de inocencia.

Aquí se mantiene el test de la explicación [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA], en cuya virtud se permite valorar, negativamente, el silencio del imputado –incluso su declaración inverosímil– cuando las circunstancias demandan del imputado una explicación. El problema neurálgico, empero, no es tanto calificar de “indicio” el silencio o la explicación inverosímil –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en estricto sentido, no ha calificado el silencio como ‘indicio’–, pues tal posición o declaración no aporta nada a la prueba de los hechos, que deben establecerse independientemente de la posición –ausente o negativamente inverosímil– del imputado. Con mayor exactitud, podrá decirse que una explicación razonable del acusado, en todo caso, puede mermar la eficacia demostrativa de los indicios existentes disminuyendo el rigor lógico de la deducción alternativa menos beneficiosa; la ausencia de toda explicación dejaría intacto el rigor lógico que tuviera en caso una deducción incriminatoria, pero no suple la razonabilidad de lo que los indicios por sí mismos no permiten deducir (STED de 16-03-04). En consecuencia, probada una conexión espacio temporal directa del acusado con el delito, la inferencia lógica es que la participación del mismo, si este permanece en silencio, el cual no permite desvirtuar dicha inferencia incriminatoria (STSE de 21-04-09) [PASTOR ALCOY].

### 3. La versión del imputado

Como se sabe, los contraindicios consisten en una coartada que se evidencia mediante otros medios probatorios, ser falsa. Por tanto, cuando se demuestra que la coartada del causado es falsa o, en todo caso, es absolutamente imposible física o materialmente o es inverosímil, se está técnicamente ante una fuente de prueba presuntiva. Si bien esas coartadas o contraindicios, por sí solas no justifican una condena, constituyen un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Las coartadas fallidas en modo alguno se erigen en indicio de verdad de la imputación. La versión que de los hechos ofrece el acusado solo constituye un dato que el juzgador ha de tener en cuenta, no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo. Lo que hace es excluir la admisión de la tesis alternativa que podría aportar dudas a la imputación o servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad.

## VI. DECLARACIONES SUMARIALES Y PLENARIALES CONTRADICTORIAS

En principio, son pruebas hábiles y auténticas las producidas en el plenario. Rige 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', aún cuando como principio se entiende que las declaraciones plenariales traslucen, como consecuencia de la vigencia efectiva de los principios del juicio oral, mayor verosimilitud y fidelidad. Dos requisitos son necesarios para su valoración y posible reemplazo respecto de la declaración plenarial de la misma persona. **A.** Que se haya practicado en sede sumarial con todas las formalidades que la ley estipula para ese acto. Las declaraciones preliminares o sumariales –sede investigativa– requieren que se garantice el contradictorio en su actuación, siempre que sea factible (STEDH Artner, de 20-09-93), para lo que es vital el previo conocimiento de las actuaciones (STSE de 18-03-97); se debe respetar el derecho de defensa del acusado, en concreto, la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada del imputado (SSTCE 344/2006, de 11 de diciembre, y 187/2003, de 27 de octubre). **B.** Que esa declaración haya sido sometida a contradicción en el plenario [las originales declaraciones han de haber sido introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral]. De ese modo se somete a contraste su contenido y se depuran las discordancias para obtener de manera directa una conclusión válida sobre la veracidad de unas y otras.

Es evidente, por lo demás, que asumir una u otra declaración es una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba; y, como tal, el Tribunal puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total o parcialmente, asumiendo, en su caso, las precedentes al juicio en función a su mayor fiabilidad (STSE 27-10-05). Pero tal asunción debe fundamentarse debidamente, explicar y argumentar las razones, que lo han llevado a considerarlo verosímil y fiable. Es de tener en cuenta que para

apoyarse en una versión distinta de la prestada en sede del plenario ha de invocarse hechos o indicios externos o periféricos a tal declaración que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el juicio oral. Igual sucede con la declaración extrajudicial [CALDERÓN/CHOCLÁN].

Las declaraciones constituyen un elemento de juicio que el Tribunal debe examinar, ponderar y valorar en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. La presencia del testigo aporta no solo una declaración, coincidente o no con la sumarial, sino también unos signos –lenguaje corporal, silencios, explicaciones, etc.– que son aspectos muy importantes de la función judicial, y deben analizarse conforme a las reglas científicas de la psicología del testimonio y a los criterios de experiencia.

## VII. TESTIGOS DE REFERENCIA

Son aquellos que tienen conocimiento de la noticia a través de persona o personas interpuestas: *audito proprio*: narra lo que personalmente escuchó o percibió, o *audito alieno*: narra lo que otra persona le comunicó –pero en ambos casos no han presenciado los hechos directamente–. Como tales, constituyen actos de prueba válida pues la ley no excluye su eficacia (art. 166.2 NCPP); 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 comple-



mentaria 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 la gestiones para localizarlo; si no se conocen sus datos y personalidad,

no pueden ser citado el testigo de referencia, y nunca cabe admitir tal testigo si se opone a ofrecer los datos para localizar a los directos.

## VIII. LAS DECLARACIONES ESCASAMENTE FIABLES

### 1. Planteamiento

La jurisprudencia, igualmente, ha elaborado reglas mínimas de valoración de determinados medios de prueba personales, en especial las declaraciones del coimputado y de la víctima, que presentan peculiaridades específicas en relación con el hecho y sus relaciones con el autor del mismo –propriadamente 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 –aún 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 dudar da la fiabilidad de la declaración del reo, que en la causa obra objetivada 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 comprometan 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 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 anomalías 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 incriminatorio; 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 haces tendría que ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultaría en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos (STSE de 12-05-10).

## IX. LA PRUEBA PROHIBIDA

### 1. Regulación y concepto

#### 1.1. Alcance legislativo

La Constitución no incorpora una norma procesal, con efectos generales, que consagra la regla de exclusión probatoria cuando en la obtención de fuentes de prueba o en la práctica de medios de prueba se vulneran derechos fundamentales. Empero, frente a determinados derechos fundamentales, sanciona expresamente su ineficacia probatoria. Se trata de la obtención de: **a)** documentos privados con vulneración del secreto e inviolabilidad documental (art. 2.10, § 2, Const.); y **b)** declaraciones mediante violencia moral, psíquica o física, torturas o tratos inhumanos o humillantes (art. 2.20, h, Const.). En ambos supuestos la consecuencia de la infracción lleva consigo que los documentos “no tienen efecto legal” y que las declaraciones “carezcan de valor”.

El NCPP, a su vez, incorpora en este ámbito dos normas generales; por tanto, opta por normatizar la regla de exclusión de las pruebas obtenidas o actuadas con vulneración de derechos fundamentales mediante normas de carácter prohibitivo [MIRANDA ESTAMPES]. 1. El art. VIII TP NCPP, que afirma que la valoración de un medio de prueba –en verdad, fuente de prueba– está condicionado a su obtención e incorporación –aquí sí es correcto calificar de medio de prueba al acto de aportación– por un procedimiento constitucionalmente legítimo; que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de un derecho fundamental –en esos términos, la STC Salas Guevara Schultz de 05-04-07, recaída en el Exp. n.º 1014-2007-PHC/TC–; y que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a

favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. 2. El art. 159 NCPP, que igualmente dispone que el juez no podrá utilizar –noción proveniente del derecho italiano, art. 191 del Código de Procedimiento Penal Italiano–, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental de la persona.

Una tercera norma, prevista en el art. 157 NCPP, está referida a la utilización de métodos o técnicas para influir sobre la libertad de autodeterminación del órgano de prueba o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos. Es obvio que en este supuesto normativo se protege la libertad y dignidad de la persona y, como tal, al prohibir la utilización de métodos o técnicas invasivas, la sanción será la inutilizabilidad de su actuación y, en su caso, de sus resultados.

La proscripción de aceptar pruebas que infringen derechos fundamentales es, en todo caso, una regla jurídica objetiva que se desprende de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales, que, en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de derecho y en particular de los judiciales, les impone su debida observancia –SSTCE 81/1998, de 2 de abril y 239/1999, de 20 de diciembre–.

Estas reglas jurídicas no son propiamente garantías epistemológicas, es decir, limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, rechazan o minusvaloran pruebas con bajo valor gnoseológico (v. gr.: escrito anónimo, testimonio de referencia, incluso la tortura, más allá de garantizar la integridad corporal). Las reglas arriba enunciadas no tienen como objetivo propiciar la averiguación de la verdad; están destinadas a garantizar otros valores jurídicos, que eventualmente pueden mermar la averiguación de la verdad. Entre estos últimos se tiene: (i) los valores prácticos (v. gr: reglas de limitación temporal, cosa juzgada, las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre), y (ii) los valores ideológicos o extraprocesales que se consideran especialmente relevantes (v.gr.: interés público, privacidad de ciertas relaciones, dignidad humana, derechos y libertades fundamentales). La mayoría de estas reglas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir, reglas que impiden o limitan el uso de ciertos fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia de la información aportada por ellas. Hacen prevalecer la tutela de estos valores frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad [GASCÓN].

En la famosa sentencia Miranda, de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, el juez OLIVER WENDELL HOLMES, en voto singular que expresa la necesidad de esta institución procesal de relevancia constitucional, precisó: “Es en

verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquellos, y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno”.

## 1.2. Estatuto jurídico inicial

### 1.2.1. Definición

Es posible definir la prueba prohibida –prueba inconstitucional la denominó la Corte Constitucional Italiana en su Sentencia n.º 34/1973 para referirse a este tipo de prueba– como aquella prueba obtenida (fuente de prueba) o practicada (medio de prueba) vulnerando el contenido esencial de derechos fundamentales de la persona, que determina la inutilización de la prueba originaria en cuestión, de imposible corrección subsiguiente, esto es, da lugar a la prohibición de valoración del resultado probatorio –la exclusión de la prueba prohibida supone la imposibilidad de admitirla y valorarla–. En los mismos términos la STSE de 29-03-90. La prueba inconstitucional no produce efecto alguno; su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias.

De otro lado, la infracción de normas procesales –de rango ordinario o infraconstitucional– que regulan la obtención y práctica o incorporación de la prueba, en principio, comporta una simple irregularidad procesal, sancionada en casos graves: naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades –en tanto supere el test de proporcionalidad o *balancing approach* y sobre todo si causa indefensión material– con la nulidad del acto pero que puede subsanarse en determinados casos a través de otras diligencias en la investigación preparatoria o en el juicio oral [MORENO CATENA] y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia (STSE de 10-02-11). A esto último es lo que denomina prueba ilegal o ilícita: su contenido y sus efectos son distintos, pues los defectos originales de estas pruebas –también denominadas irregulares– pueden ser subsanadas a lo largo del proceso y pueden por ello ser utilizados para formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre el hecho a que se refieren (SSTSE de 29-12-10 y de 10-02-11). Cabe puntualizar, empero, que si la norma procesal ordinaria sirve de garantía de un derecho fundamental, su vulneración importa la lesión de un derecho fundamental y, con ello, se habría producido una inconstitucionalidad probatoria [ARMENTA].

Un concepto clave que define el alcance de la vulneración que se proscribe es la noción de “contenido esencial del derecho constitucional”. Dos caminos interpretativos son posibles, incluso combinándolos como parece más adecuado. El primero está referido a la naturaleza jurídica del derecho en cuestión que permite identificar aquellas facultades o posibilidades de actuación que lo hacen reconocibles como tal y sin las cuales quedaría desnaturalizado. El segundo está referido a los intereses que jurídicamente protege, que le dan vida; en consecuencia, se rebasa el contenido esencial cuando se lo limita de tal manera que queda impracticable, más allá de lo razonable o despojado de la necesaria protección [TORRES DEL MORAL]. Afiliándose al segundo camino interpretativo está la STC n.º 1100-2000-AA/TC, de 30-11-00.

Tres ámbitos tiene esta institución procesal constitucionalizada, derivada de la garantía de la presunción de inocencia (art. II.1, § I, del NCPP) y, por ende, del valor supremo que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales: aquí en particular, al del presunto inocente a no ser condenado sino en virtud de prueba válidamente obtenida:

- A. Las pruebas deben ser obtenidas –búsqueda, identificación y recogida o incautación de fuentes de prueba– con respeto absoluto del contenido esencial de los derechos constitucionales de las personas.
- B. Las pruebas deben ser practicadas con observancia del principio procesal de contradicción y los principios procedimentales de inmediación, publicidad y oralidad.
- C. Respeto de las normas procedimentales que disciplinan la actividad probatoria, siempre y cuando cumplan una función de garantía para el protegido con ella y sirvan de garantía a un derecho fundamental.

Esos límites, primero, demuestran que no se está ante un mero problema jurídico-procesal penal, sino ante una cuestión que responde a la comprensión general de las relaciones entre el Estado y el ciudadano [GÖSSEL]; y, segundo, no hacen sino confirmar que la meta del proceso penal es la obtención formalizada de la verdad [HASSEMER]. La averiguación de la verdad no es un valor absoluto ni debe ser averiguada a cualquier precio, existen límites que dimanan del Estado de derecho.

Esta institución, al perseguir la protección de los derechos fundamentales y al adoptar la función de protección de los ciudadanos o las personas frente al Estado, igualmente se constituye en un límite para el Estado, en aras de materializar su legitimidad y un orden social justo [MAIER].



### 1.2.2. Consecuencias de la infracción constitucional

La consecuencia jurídica o sanción procesal que deriva de la infracción del contenido esencial de un derecho constitucional consiste en su inutilizabilidad, esto es, su ineficacia o carencia de efectos legales. Ello ocurre en dos momentos distintos: **a)** en la admisión del medio de prueba, y **b)** en el momento de su valoración. Se discute si el análisis de la ilegitimidad se deba realizar al momento de su ofrecimiento –rechazando su admisión si correspondiere, aunque el NCPP no regula expresamente este supuesto, como se ve del art. 352.5b, que solo recoge la pertinencia, conducencia y utilidad del acto probatorio propuesto–; y, en el de su valoración, con la sentencia. No obstante ello, es posible invocar la norma indeterminada o abierta prevista en el art. 350.1 h) NCPP, de suerte que en sede de la etapa intermedia puede rechazarse liminarmente la prueba prohibida por el peligro de contaminación que importa, rechazo que en todo caso no causa estado, pues puede revisarse en el periodo inicial del juicio oral con arreglo al art. 373.2 NCPP. Es obvio que la exclusión o expulsión del procedimiento no procede en la investigación preparatoria –salvo que se trate de una lesión grave, patente y decisoria de un derecho fundamental, como por ejemplo las torturas en la confesión–, solo puede ignorársela o tomar alguna decisión. Lo importante, sin embargo, es la constatación de la violación de algún derecho fundamental.

La noción ‘inutilizabilidad’ abarca todo el *iter* del proceso, incluso la etapa de investigación preparatoria –comprende, entonces, los actos de investigación, lo que impide que estas evidencias se utilicen como fundamento de resoluciones provisionales–. Esta ha de ser reclamada en cualquier estado y grado del procedimiento.

Este tipo de invalidez, en cuanto límite al libre convencimiento del juez, actúa específicamente sobre el valor probatorio del acto de prueba, a su admisión y valoración –regula la consecuencia derivada del quehacer judicial al adquirir una prueba usando un poder que la ley le prohíbe–, lo que por cierto difiere de la nulidad procesal [ARMENTA DEU].

La jurisprudencia de los Tribunales peruanos ha recogido este principio de exclusión de la valoración de aquellos medios de prueba obtenidos en contravención de derechos fundamentales. La Corte Suprema de justicia en la Ejecutoria Suprema RN n.º 1589-2013/Lima ha establecido, primero, que el incumplimiento de un requisito legal en una actuación probatoria le resta credibilidad o fiabilidad probatoria, mientras que el incumplimiento de un presupuesto constitucional le resta legitimidad; segundo, que una regla de prueba de la presunción de inocencia es que en la obtención de fuentes de prueba o en la actuación de medios de

prueba no se vulnere el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; y, tercero, que su incumplimiento determina la imposibilidad de su valoración, la imposibilidad de su utilización y su carencia del valor legal de prueba. La STC n.º 655-2010-PHC/TC, señaló: “en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada [...]”.

### 1.2.3. Fundamentos de la regla de exclusión

El fundamento de la existencia de la prueba prohibida es el valor de inviolables y el carácter preferente de las normas referidas a los derechos fundamentales sobre todas las demás, de suerte que todo acto que las vulnere carece de eficacia probatoria en el proceso. Dos efectos alcanza esta institución, siempre fundados en consideraciones de política pública *—policy—*: **a)** efecto garantista: su aplicación contribuye eficazmente a una protección de los derechos fundamentales (*judicial integrity*, que tiene en su base la idea de correlación entre fines y medios, esto es, la idea de que un fin ilícito como es la sanción de los delitos no puede ser perseguido por cualquier medio); y, **b)** efecto disuasorio: asegura que las conductas de las autoridades de la persecución penal, en especial en sede de investigación preparatoria, serán sujetas a la misma Constitución (*deterrent effect*, que tiene un fundamento utilitarista, que apunta al mayor goce general de las libertades individuales) [GÓMEZ COLOMER]. La opción por esta última, en su efecto más fuerte, se encuentra en la sentencia Hudson vs. Michigan de 2000, que convierte la regla de exclusión en un último recurso o remedio de carácter excepcional, puesto que si se llega a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz o inoperante para el logro de la finalidad disuasoria perseguida al existir otros remedios alternativos más adecuados y eficaces, su razón de ser desaparecería y dejaría de ser aplicada —la finalidad disuasoria requiere de un juicio adicional de ponderación respecto del coste social que genera su aplicación [MIRANDA ESTRAMPES]—.

Se discute, desde los derechos procesales constitucionalizados, cuál de ellos sirve para apreciar el canon de validez de las pruebas. Pareciera que este se encontraría en el derecho al debido proceso (art. 139.3 Const.), aunque el NCPP permitiría ubicarlo más bien en el derecho a la presunción de inocencia (art. 2.24e Const.).

Así las cosas, “toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental; es decir, todo dato de su cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con la vulneración, solo puede ser procesal y penalmente ilegítima” [STSE 1/2006, del 9 de enero; voto singular: ANDRÉS IBAÑEZ]. La STCE n.º 49/1999, de 05-04-99, llegó a decir siguiendo esta última tesis que la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas sí se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (debido proceso: art. 139.3 Const.), en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica una ignorancia de las garantías propias del proceso, comportando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procesado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro.

La vulneración de un derecho constitucional sustantivo derechamente violenta el derecho al proceso debido y lo hará también a la garantía de presunción de inocencia solo si prescindiendo de las pruebas inconstitucionales no existen otras pruebas de cargo válidas con las que sustentar la condena, esto es, cuando se produce un vacío probatorio y pese a ello se dicta sentencia condenatoria [LÓPEZ/DEL RÍO]. Si se sigue la escasa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no existe una regla específica sobre la materia, al igual que en nuestra Constitución– la cláusula del proceso justo es el referente de apreciación –y lo hace desde una perspectiva de conjunto–, a partir del cual no cabe una declaración de inadmisibilidad de la prueba si esta fue conocida por el afectado y pudo contradecirla o discutirla, así como –en especial– si la evidencia reputada ilegítima no fue la única prueba en que se fundó la condena (Sentencias Scheichelbauer vs. Austria de 12-06-88, Schenk vs. Suiza de 12-07-88, Khan vs. Reino Unido de 12-05-00, y P. G. y J. H. vs. Reino Unido de 25-09-01 y Prado Bugallo vs. España de 18-02-03). Asimismo, la imposibilidad de la utilización recae sobre efectos indirectos, donde se debe entender a la imposibilidad de que sobre la base de una fuente ilícitamente obtenida se puedan obtener nuevas fuentes probatorias válidas para el proceso. Esta ha sido la doctrina mantenida por el TCE desde la Sentencia 84/94, de 14 de marzo, cuando sostiene que “esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida”.

Otro ámbito de aplicación de la regla, en función a sus fundamentos, es si la afectación de los derechos fundamentales proviene de un particular, donde no

es posible imputar al Estado, en su origen, la vulneración de los derechos conculcados. El rechazo de la regla de exclusión proviene de la jurisprudencia estadounidense (sentencia *Budeau vs. McDowell*), que consideró que el origen e historia de esta institución muestra que estuvo dirigida a constreñir las actividades de la autoridad soberana y no ser una limitación sobre otros distintos de la agencias gubernamentales, siempre que los privados no actúen a instancias del gobierno o en cooperación con este, ni que los agentes estatales de no han intervenido, de uno u otro modo, en su comisión. Empero, si se opta por el fundamento de la exclusión sustentado en la integridad judicial es difícil no rechazar una evidencia ilegítima obtenida por un particular. Así lo prescribe el artículo VVIII.3.3 TP NCPP, que consagra la admisión de prueba prohibida *in bonam partem* [MIRANDA ESTRAMPES].

#### 1.2.4. Bases históricas

La prueba prohibida, como institución jurídica procesal constitucionalmente relevante, fue creada por la jurisprudencia estadounidense a partir del caso *Weeks vs. USA* en 1914 –con antecedentes en el caso *Boyd vs. USA* en 1886–, y consolidada en sus actual configuración en ese país por la sentencia *Silverthorne Lumber Company vs. USA* en 1920 y *Nardone vs. USA* en 1937 (extendido en las sentencias *Wolf vs. Colorado* en 1949, *Rochin vs. California* en 1952, *Elkins vs. USA* en 1960, *Mapp vs. Ohio* en 1961, y *Linkletter vs. Walker* en 1965); regla jurisprudencial –*exclusionary rule*– que luego fue incorporada en la legislación procesal federal –en especial, la *Federal Rules of Evidencie*, de 2004– y estatal estadounidense, pero que desde su inicio fue considerada como un remedio judicial creado para disuadir de vulneraciones constitucionales, no un derecho constitucional personal, según precisara en 1984 la sentencia *USA vs. Jones*, con antecedentes en las sentencias *USA vs. Calandra* en 1974 y *USA vs. Janis* en 1976.

La evolución y concreción de la regla de exclusión –que prohíbe convertir el hecho en objeto de la acusación y del procedimiento y, con ello, en constituirlo en objeto del juicio oral– está asociada a la jurisprudencia estadounidense. Ella ha marcado su orientación, y su influencia es decisiva en todos los países que, de uno u otro modo, han avanzado en su incorporación, por lo que es de rigor anotar su dinámica y vicisitudes para entender lo que significa y los criterios para su aplicación práctica en nuestro proceso penal.

Pareciera que, advirtiendo la configuración de una larga red de excepciones que la jurisprudencia estadounidense ha ido construyendo en su andadura de cerca de 100 años –y que no es más que la asunción del principio de la relativización de la prueba prohibida [URBANO CASTRILLO]–, no sería de recibo sancionar automáticamente

la inutilización o exclusión de evidencia atento a un espacio de discrecionalidad en su valoración que ya se advierte con gran fuerza en los tribunales del mundo. Sería del caso considerar –por ejemplo, así lo hace la jurisprudencia canadiense–: la magnitud de la violación, la gravedad de los delitos, la importancia probatoria de lo que se excluiría, la buena fe del agente oficial, el impacto sobre la seguridad pública, el nivel de injusticia que se produciría al excluir la prueba, la claridad de la ley conforme a la cual el policía actuó, hasta qué punto el agente público debía haber tenido conocimiento de la ilicitud de su conducta o pesaron consideraciones relativas a la seguridad pública en la valoración de buena fe que hizo este para tomar su decisión [SALAS CALERO].

Se resalta, entonces, la necesidad de ponderar los derechos con las demandas sociales de justicia y seguridad –con el serio riesgo de mitigar la trascendencia de los derechos fundamentales como elemento básico del orden político–. Así, se tendría en cuenta la gravedad o entidad objetiva de la infracción, la intencionalidad del infractor, la dificultad probatoria, la naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental afectado, la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos y las consecuencias de la aplicación de las reglas de exclusión sobre otros bienes y valores dignos de protección [GÁLVEZ MUÑOZ]. El contexto constitucional, de algún modo respaldaría esta posición, en tanto no existe un sistema de prioridades absolutas entre los distintos bienes y derechos constitucionales, por lo que los eventuales conflictos entre los mismos habrían de ser resueltos mediante un juicio de ponderación a la luz de las circunstancias reales de los casos, aunque una entrada extensiva del interés público en la represión de la criminalidad y en el mantenimiento de la paz social puede afectar el modelo procesal-constitucional en virtud del cual la verdad no puede perseguirse a cualquier precio [GASCÓN].

En esta perspectiva, una prueba calificada de prohibida no afecta todo el proceso, sino exclusivamente la prueba viciada. Además, para excluir una prueba en su admisión o valoración ha de acudirse al concepto de irregularidad menor, es decir, no afecten el contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental y, por ende, impiden asegurar la confiabilidad de la prueba y su valor para desvirtuar la verdad real dentro del proceso penal; los errores inofensivos que no tienen el potencial para sacrificar el derecho fundamental concernido no provocan la exclusión probatoria.

### **1.3. La prueba originaria y prueba derivada**

#### **1.3.1. Planteamiento**

A partir de lo dispuesto en el art. VIII.2 TP NCPP –que sanciona la regla de exclusión de la prueba prohibida o inconstitucional–, relativo a las pruebas directas

e indirectas que carecen de efecto legal como consecuencia de una vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental de la persona en la búsqueda, obtención y práctica de las pruebas, es posible diferenciar la prueba originaria de la prueba derivada. La primera –conocida como prueba primaria u originaria– es aquella que se obtiene directamente como consecuencia de haberse vulnerado el derecho fundamental del imputado.

La segunda –concebida como una extensión de la regla de exclusión probatoria, denominada prueba derivada–, es aquella que consiste en la adquisición lícita de materiales probatorios pero como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios obtenidos previamente en violación de los derechos fundamentales del imputado –sin esa información previa no hubieran podido obtenerse–; supone no solo un nexo causal naturalístico o genético entre ambas evidencias, sino también un nexo jurídico, lo que ha permitido a la jurisprudencia de todos los países, en especial la estadounidense, oscilar en su apreciación, extensión y efectos de exclusión. Así, entonces, se considerará pruebas derivadas inconstitucionales las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilegítima –prueba originaria–; no se excluirán las pruebas derivadas que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba originaria se encuentra muy atenuado (sentencia SU-159, de 2002, salvamento de voto. Corte Constitucional de Colombia). La sentencia *Nardone vs. USA* en 1937 inició esta doctrina, y se consolidó con las sentencias *Wong Sun vs. USA* en 1963 y *Brown vs. Illinois* en 1975. La desconexión causal de unas y otras pruebas, impide que la prueba restante no resulte viciada [STSE de 17-02-11].

### 1.3.2. Prueba originaria: excepciones

De la acreditación de un derecho fundamental no sigue, automáticamente, aunque sí generalmente, la exclusión de la evidencia. La jurisprudencia estadounidense, sobre la base del efecto disuasorio, tiene previstas tres excepciones: buena fe, excepción de tacha y error inocuo.

- A. Buena fe –*good faith exception*–. Se inició con la sentencia *USA vs. León* (1984). Sucede, en este caso inaugural, cuando las autorizaciones judiciales, entregadas sobre la base de la información razonable policial, luego son revocadas o anuladas por un Tribunal Superior. Se debe demostrar que el agente actuó razonablemente al creer que la orden judicial era válida, en función a una información dada al juez completa

y no oculta o dolosamente falsa. Esta regla también funciona cuando el agente oficial procede sin orden judicial conforme a una legislación que luego es declarada inconstitucional, salvo si esta es groseramente inconstitucional (sentencia *Illinois vs. Krull* en 1987). Asimismo, se aplica cuando se detiene e incauta material delictivo a un individuo por un error del registro de requisitorias, error del personal de apoyo del Poder Judicial (sentencia *Arizona vs. Evans* en 1995). La sentencia *Herring vs. USA* en el 2009 amplió la aplicación de la excepción a supuestos errores policiales siempre y cuando se trate de un episodio aislado de negligencia y no un error sistemático o deliberado o una negligencia grave. Esta opción no opera cuando la policía oculta información o distorsiona la información de que dispone al solicitar del juez la orden limitativa de derechos respectiva (Sentencia *Franks vs. Delaware*, 1978), Por último, al socaire de esta excepción se incorporó la regla de “public safety exception” –razones de seguridad pública– (Sentencia *New York vs. Quarles*, 1984), aplicable cuando se advierte una situación de riesgo inminente para la seguridad.

- B. Excepción de tacha. Se inició con la sentencia *Walter vs. USA* en 1954 y se ratificó en la sentencia *USA vs. Havens* en 1990. Se permite utilizar pruebas obtenidas inconstitucionalmente en otro juicio –pero no en el mismo juicio– para establecer la falta de credibilidad o para demostrar la falsedad de los hechos que el acusado había declarado originalmente, pues la regla de exclusión no puede ser utilizada para permitir el perjurio; el interés para prevenir pruebas falsas es superior al de prevención de futuros abusos policiales. Esta excepción no se aplica para el caso de los testigos (sentencia *James vs. Illinois* en 1990).
- C. Error inocuo. Los errores y defectos no tienen relevancia en el procedimiento judicial si hubiera certeza de que el resultado habría sido el mismo de no haberse producido el error en cuestión [GÓMEZ-JARA DÍEZ].

### 1.3.3. Prueba derivada: excepciones

Desde el comienzo de la regla de exclusión la Corte Suprema de Estados Unidos fue estableciendo ciertos límites, que han dado lugar a tres excepciones consolidadas: fuente independiente, conexión atenuada y descubrimiento inevitable. Se reconoce que el carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales ha hecho posible que se admita la validez y aptitud de las pruebas derivadas para enervar la presunción de inocencia, cuando las pruebas de cargo

sean jurídicamente independientes del hecho constitutivo de la vulneración [RIVES SEVA].

En vía paralela, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España, mediante la Sentencia 81/1998, de 2 de abril, instituyó como pauta metodológica de apreciación, amén del vínculo causal natural o genérico, la conexión de anti-juricidad –como juicio de experiencia–, cuya efectiva presencia ha de verificarse operando en una doble perspectiva, interna y externa; por la primera, se advertirá si la prueba refleja se adquirió con medios distintos y autónomos de los que la determinaron, y por la segunda, se comprobará si la prohibición de valoración viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental afectado. Con anterioridad a ese vuelco jurisprudencial, sin embargo, la doctrina procesalista española vino a plantear la necesidad de prestar atención a un triple factor: **a)** de carácter temporal, cifrado en el tiempo transcurrido entre la producción del acto conculcador del derecho y una segunda o nueva fuente de prueba; **b)** el relativo a la intencionalidad del agente que lo lleva a cabo, esto es, la apreciación de si la inadmisión probatoria genera o no este un efecto disuasorio; y **c)** la naturaleza e intensidad de la lesión del derecho, y la naturaleza y entidad de su resultado [LÓPEZ/DEL RÍO]. En la República Federal Alemana la prueba prohibida, se la considera un instrumento para lograr la justicia y la consecución de los intereses públicos a partir del criterio material de verdad [BOLAÑOS ARIAS]. Para la prohibición de pruebas de carácter independientes –dentro de las que se incluye las derivadas de vulneración de preceptos legales, entre ellas, las de jerarquía constitucional, sin que se requiera que exista error en la obtención de la prueba por parte del Estado–, el Tribunal Constitucional Federal Alemán elaboró la teoría de los tres círculos o esferas (*rechtskreis-theori*) en atención al agrado de afectación en ámbito de los derechos de la personalidad, según se vulnere la privacidad personal – primera esfera o esfera íntima–, que exige exclusión absoluta; otros ámbitos que están sujetos a una ponderación entre el derecho a la privacidad y el interés público –segunda esfera–, y no se aparte, de ningún modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad –tercera esfera–. Respecto a las prohibiciones de valoración probatorias dependientes –cuando la no utilización de la prueba se basa en un error en su obtención, error este regulado legalmente– el Tribunal Supremo Federal Alemán elaboró la doctrina del entorno o ámbito jurídico en cuya virtud se distingue, a los efectos de valoración de los resultados obtenidos, según la lesión afecte de forma esencial al ámbito de derechos del imputado o si ella es solo de una importancia secundaria o aparece de importancia para él, evaluados desde el fin de protección de la norma.



Corresponde anotar, sin embargo, que la doctrina de la conexión antijurídica importa la traslación de la teoría de la imputación objetiva propia del derecho penal de algo que es de naturaleza procesal —e interpretable solo en esta clave—, resulta como mínimo discutible. Las normas de adquisición de pruebas son garantía de los derechos fundamentales con un entendimiento, aplicación y eficacia intraprocesal. Acción y resultado, propios de la tipicidad penal, no son categorías válidas en el proceso. En materia probatoria debemos hablar de “derecho” y “carga” [MARTINEZ GARCÍA].

- A. Fuente independiente —*independent source doctrine*—. Fue marcada inicialmente en la sentencia *Silverthorne vs. USA* en 1920, pero surgió en las sentencias *Bynum vs. USA* en 1960, *Segura vs. USA* en 1984, *Murray vs. USA* en 1988, y *USA vs. Markling* en 1993. Cuando la prueba cuestionada se ha obtenido de dos fuentes, de las cuales una está viciada y la otra no, no se aplicará la regla de exclusión. Esta excepción se aplica cuando además de la prueba inconstitucional derivada de una violación de derechos anterior existen 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, no procederá aplicar la exclusión. Por tanto, si una prueba se obtiene haciendo uso de un medio independiente de una actuación inconstitucional, no puede ser excluida —supone que la adquisición de información debe estar completamente libre de vicios [GUERRERO PERALTA]—. En la sentencia *Segura*, se obtuvieron pruebas en un primer allanamiento inconstitucional, pero luego en un segundo allanamiento también se obtuvieron pruebas de cargo, pero en este último se recabó una orden basada en información distinta e independiente de lo sabido y obtenido en el primer allanamiento. En la sentencia *Bynum*, se obtuvo huellas de un sospechoso que había sido detenido inconstitucionalmente, pero las mismas huellas estaban registradas en los archivos policiales. Propiamente no se trata de una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto inconstitucional y la prueba que se cuestiona.
- B. Conexión atenuada —*attenuated connection principle o purget taint*—. Sentó las pautas la sentencia *Nardone vs. USA* en 1939, pero se inició con la sentencia *Wong Sun vs. USA* en 1963, continuó con la sentencia *Brown vs. Illinois* en 1975 y se proyectó en la sentencia *USA vs. Ceccolini* en 1978. La existencia, con posterioridad a la inconstitucionalidad en la

obtención de una evidencia, de un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la lesión inicial es la base de esta excepción [MIRANDA ESTRAMPES]. Se cifra en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente. Ello sucede cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena causal entre el inicial acto ilícito y prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones, o en el supuesto de la denominada confesión voluntaria –la voluntariedad de la declaración rompe la conexión de forma natural, situándonos ante una prueba jurídicamente independiente [ARMENTA DEU]–. La sentencia Ceccoline llega a afirmar que la disipación de la mancha pretende marcar el punto en el cual las consecuencias perjudiciales de la conducta de la policía, llegarían a ser tan atenuadas que el efecto disuasivo de la regla de exclusión no justificaría semejante costo.

Funciona, mayormente, en los casos de obtención inconstitucional de prueba material y su relación con la confesión o testimonio de los involucrados. Este debe haber sido prestado con conocimiento de sus derechos y en una situación que excluyan un ambiente de presión policial; no se puede prescindir de lo que haya declarado de manera libre y voluntaria quien tenía derecho a hacer valer sus descargos. Así lo ha reconocido, igualmente, la jurisprudencia española a partir de la STC 161/1999 de 27 de septiembre: la confesión desde una perspectiva interna permite dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con la prueba inicial ilícita y, desde la perspectiva externa, tal separación atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental que justificaría su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Según la STSE de 04-03-09 que son condiciones de la independencia o fuerza sanadora en casos de confesión ulterior a una vulneración constitucional: **i)** previa información de sus derechos constitucionales; **ii)** encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado; y **iii)** tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión. La STSE de 30-04-07 entiende que es posible valorar la confesión cuando esté desvinculada temporalmente

de la prueba inconstitucional, pero no cuando se trate de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho a cuya existencia se ha accedido mediante la prueba que luego él declara constitucionalmente ilícita [RIVES SEVA].

Un caso novedoso, por la vocación expansiva de esta excepción está contenido en la sentencia Hudson vs. Michigan en 2006, en la que se introduce el criterio del fin de protección de la norma, a cuyo efecto estableció: “la atenuación no solo puede ocurrir cuando la conexión causal es remota, sino cuando la exclusión no sirve a los intereses protegidos por la garantía constitucional vulnerada; la regla ‘llamar antes de entrar’ tutela la vida, integridad física, propiedad, intimidad y dignidad de las personas afectados por una irrupción súbita de la autoridad en un domicilio, pero no puede impedir la obtención de evidencias cuando media una orden judicial de allanamiento”.

- C. Descubrimiento inevitable –*inevitable Discovery exception*–. Se cifra en argumentar que las pruebas resultantes de la lesión del derecho, que solo por eso deberían ser excluidas del proceso, pueden ser incorporadas al mismo porque aunque no se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitables por otras vías lícitas. Se dice que la autoridad penal tenía en marcha una investigación paralela que habría conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos.

Se inició con la sentencia Nix vs. Williams en 1984, que resolvió el siguiente dilema: se interrogó ilegalmente a un detenido, quien confesó un crimen y condujo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima, hecho último que no fue excluido porque ya se había dispuesto el registro del lugar en cuestión a partir de un procedimiento policial propio en casos como estos. Se requiere de la existencia de una investigación penal regular en curso que inevitablemente conduciría a la obtención probatoria de la evidencia inconstitucional; la prueba habría de descubrirse por medios legítimos independientes de la conducta impropia; tal inevitabilidad ha de ser real y debe demostrarse el curso de los acontecimientos conforme a prácticas estandarizadas o rutinarias de susceptible aplicación, esto es, concretas, dables, en el caso en cuestión. En igual sentido se pronunció la STSE de 26-11-03.

Un supuesto derivado de esta excepción es el “registro sin orden judicial pero con causa probable”, tal como fue aplicado en la sentencia USA vs. Souza en 2000. La Corte Suprema peruana aplicó esta concepción,

agregando la noción de urgencia derivada de la situación de peligro para la integridad de los agentes oficiales y del riesgo de desaparición de las evidencias en la Ejecutoria Suprema n.º 4826-2006/Lima, caso “El Polo”, de 19-07-07.

Otra variante de esta excepción es la del “hallazgo casual”, que admite la lectura de lo encontrado casualmente aunque la prueba sea ilícita; ejemplo típico es el descubrimiento de un delito de tráfico de drogas a través de una interceptación telefónica autorizados para otro delito (así, por ejemplo, STSE 1313/2000, de 21 de julio) [ARMENTA DEU].

#### 1.3.4. Limitaciones generales a la exclusión probatoria

Es posible identificar, con un carácter general, algunas limitaciones a la aplicación de la regla. Serían tres, referentes al sujeto de la violación, a la legitimación procesal y a la extensión a los procesos no penales.

- A. Sujeto de la violación constitucional. La jurisprudencia USA estima, como principio básico, que están excluidas las pruebas obtenidas inconstitucionalmente por agentes de las fuerzas del orden público, por oficiales o agentes públicos en general, no solo policías (incluye, inspectores de ordenanzas administrativas, directivos de escuelas públicas, bomberos, etc.), así como también aquellos casos de registros realizados por particulares como instrumentos de agentes del orden público. Esta posición debe aceptarse solo en principio, pues las disposiciones sobre el procedimiento en la adquisición de fuentes de prueba y práctica de medios de prueba están dirigidas a los órganos de la persecución penal, salvo que se trate de casos de extrema violación de los derechos humanos [ROXIN].
- B. Legitimación procesal –*Standing*–. Se refiere a la capacidad legal que tiene el sujeto de oponerse a la presentación de pruebas inconstitucionales en su contra, y solo puede hacerlo si sus propios derechos constitucionales han sido violados (sentencias USA vs. Salvucci en 1980 y Rakas vs. Illinois en 1978), sin que sea suficiente que la prueba obtenida le sea perjudicial. Así, en los supuestos de registros e incautaciones consiguientes, solo pueden alegar legitimación aquellos que tienen una expectativa real de intimidad en el lugar del registro, siempre que esta sea razonable –quienes son solo pasajeros pero no dueños de un vehículo sujeto al registro no tienen expectativa de intimidad en las áreas del vehículo revisado–. En la

sentencia *Rawling vs. Kentucky* en 1980 precisó que debía determinarse no si el afectado era o no dueño del bien delictivo sino si tenía una expectativa de privacidad respecto del local intervenido. En la sentencia *Minnesota vs. Carter* en 1980 se dijo que quien se hospeda en una casa para preparar droga no puede alegar ilicitud del registro domiciliario porque no viola su derecho a la intimidad. En la sentencia *USA vs. Payner* no se aceptó legitimación en quien alegó que la evidencia en su contra se utilizó como consecuencia de una incautación ilegal de un maletín que contenía información relevante a un funcionario bancario extranjero porque este no tenía expectativa de privacidad en el maletín de dicho oficial bancario. El TSE, sin embargo, luego de aceptar esta postura hasta el año 1998, al año siguiente señaló que las declaraciones o diligencias realizadas u obtenidas violentando los derechos fundamentales pueden ser utilizados para condenar al tercero o afectarlo en sus derechos y lesionar su derecho a la presunción de inocencia (SSTSE de 01-06-01, de 18-12-09; así como, SSTC n.º 239/1999, de 20 de diciembre, y 220/2006, de 3 de julio).

- C. Procesos no penales. Son relevantes las sentencias dictadas en los casos *Pennsylvania Board of Probation vs. Scott* en 1998, *INS vs. López-Mendoza* en 1984, *USA vs. Janis* en 1976 y *One Plymouth Sedan vs. Pennsylvania* en 1965. Esta excepción se sustenta en el mismo razonamiento de la excepción de buena fe. Si el propósito de la regla de exclusión consiste en disuadir las conductas impropias de los agentes oficiales en la investigación del delito, resultaría exagerado o excesivamente costoso aplicar esta regla pues sobrepasaría el beneficio obtenido por su utilización. Así, se ha permitido el uso de pruebas inconstitucionales en procedimientos de ejecución penitenciaria, en procedimientos de inmigración y en procesos civiles, salvo en procesos de decomiso o pérdida de dominio (el beneficio de la autoridad con la sustracción de los bienes como resultado de una acción en violación de derechos fundamentales afectaría el propósito disciplinario, de disuasión que es el núcleo de la regla de exclusión).



*PARTE OCTAVA*

**IMPUGNACIÓN PENAL**





## ***LECCIÓN VIGÉSIMA TERCERA***

### **IMPUGNACIÓN PENAL**

#### **I. ASPECTOS GENERALES**

##### **1. Regulación**

El NCPP 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: arts. 404-412 (nueve artículos).
- B. Sección II. Recursos: arts. 413-414 (dos artículos).
- C. Sección III. Recurso de reposición: art. 415 (un artículo).
- D. Sección IV. Recurso de apelación: arts. 416-426 (once artículos). Se subdivide en tres títulos:
  - (i) Título I. Preceptos Generales: arts. 416-419 (cuatro artículos).
  - (ii) Título II. Apelación de autos: art. 420 (un artículo).
  - (iii) Título III. Apelación de sentencias: arts. 421-426 (seis artículos).
- E. Sección V. Recurso de casación: arts. 427-436 (diez artículos).
- F. Sección VI. Recurso de queja: arts. 437-438 (dos artículos).
- G. Sección VII. Acción de revisión: arts. 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 NCPP); **(ii)** acción de tutela del imputado contra la conducta del fiscal instructor (art. 71.4 NC PP); **(iii)** oposición a la exhibición de bienes (art. 224.2 NCPP); **(iv)** reexamen de pruebas, de medidas de búsqueda de pruebas, de intervención de comunicaciones, de incautación de bienes (arts. 155, 204, 231.3 y 319.2 NCPP); **(v)** reposición del plazo (art. 145 NCPP), **(vi)** examen judicial de disposición fiscal sobre medidas de protección (art. 251 NCPP); **(vii)** instancia de elevación de la disposición de archivo al Fiscal Superior (334.5 NCPP); **(viii)** aclaración y corrección de resoluciones (arts. 406 y 407 CPC) y, finalmente, **(ix)** el incidente de nulidad de actuaciones (arts. 149-154 NCPP).

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 art. 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 decidido 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 (*legitimatío 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 Cíviles 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 (arts. 439-445 NCPP) –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 (art. 413 NCPP): 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 judicia-

les 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 art. 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 art. 1.4 TP NCPP: “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 art. 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 (art. 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 (art. 139.3 Const.), a partir de la cual se aplica el principio hermenéutico *pro accione*, que veda aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que preservan y los intereses que sacrifican. Establecido un recurso por la Ley Procesal, el ciudadano tiene derecho a que no se le prive de ese recurso previsto por el ordenamiento jurídico [BANACLOCHE].

Más allá de estas consideraciones, el fundamento de la impugnación se encuentra (i) en el reconocimiento de falibilidad humana –posibilidad de errores en

la aplicación de las normas jurídicas y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar—; y (ii) en la necesidad que la certeza alcance su plenitud cuando la parte gravada por una resolución judicial la estime no adecuada a derecho —insatisfacción subjetiva de la parte perjudicada por la resolución judicial—, cuyo ejercicio incrementa el nivel de acierto en aquella [GIMENO]. Precede a todo, sin embargo, como presupuesto del fundamento del medio de impugnación, la injusticia en la decisión [GUARIGLIA].

Si la falibilidad humana es el fundamento de la impugnación, parece lógico que, teniendo la materia judicial una importancia central para la paz social, es de rigor disponer la posibilidad de impugnación de las resoluciones judiciales a cargo de alguien ajeno al Poder Judicial: los litigantes, a partir del cual el enjuiciamiento gana en reflexión, en control externo y, por tanto, en razonabilidad y perfección [NIEVA].

La impugnación, entonces, persigue:

- A. Ofrecer a las partes la posibilidad de poder combatir los errores en que pudieran haber incurrido los jueces al enjuiciar por primera vez un determinado asunto.
- B. Además, desde una perspectiva meramente objetiva, constituye una garantía que acrecienta indiscutiblemente el nivel de acierto en la decisión final.
- C. En los medios de impugnación devolutivos se estimula, incluso, el celo y la diligencia de los jueces que hayan de resolver por primera vez la cuestión. Opera como una medida de prevención general al voluntarismo judicial [GARBERÍ].

### 3.5. Notas esenciales

Son cinco:

- A. La regla general —con cargo a su mayor desarrollo en otro epígrafe— es que solo la parte perjudicada con una resolución judicial tiene legitimación para recurrirla.
- B. La interposición de un recurso no afecta la subsistencia de los efectos procesales de la litis, permaneciendo durante su tramitación los efectos de la litispendencia —el efecto más importante es, entonces, impedir que la resolución recurrida adquiera firmeza—. Si el recurso es devolutivo la jurisdicción pasa a ostentarla el Tribunal Ad Quem, sin perjuicio que el

juez *a quo* mantenga su competencia para la adopción de determinadas medidas provisionales.

- C. La posibilidad de utilización de los recursos es independiente de la posición procesal de las partes, en tanto en experimenten un gravamen. Pueden ser recurrentes tanto el acusado como el fiscal, la persona jurídica, el actor civil y el responsable civil.
- D. El recurso no permite alterar el objeto procesal; impide resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente en la etapa correspondiente. La impugnación recursal determina, por tanto, la prolongación del proceso a través de un nuevo procedimiento, que sucede a aquel, que ha conducido a la decisión impugnada [CARNELUTTI].
- E. Los recursos han de ser interpuestos en los plazos y con las formalidades legalmente previstas [GIMENO].

## II. RECURSOS PENALES Y CLASIFICACIÓN

### 1. Clasificación

Los recursos penales son de dos clases: impugnación en sentido estricto y medios de gravamen [CORTÉS].

- A. Medios de impugnación en sentido estricto. Recursos que están dirigidos a alcanzar la nulidad o rescisión de la resolución, ya sea por vicios de actividad o por defectos de juicio. Por ejemplo, recurso de apelación contra sentencias y recurso de casación. Los vicios y defectos son [GORSO]:
  - (i) Vicios de actividad (*in procedendo*). Es la violación de normas procesales. El juez se encuentra frente a la ley procesal en una posición de destinatario de las normas. Ellas regulan su conducta y le imponen actuar de un modo determinado en el proceso. Su inobservancia origina error *in procedendo*, esto es, irregularidades en alguno de los actos externos que componen la resolución y el procedimiento que la antecede—la resolución carece de alguno de los presupuestos de su formación procesal que vician su origen o forma [FENECH]—. Son de dos tipos.
    - Defecto de tramitación o vicio de procedimiento. Inobservancia del rito establecido para llegar a la sentencia. Afecta la regularidad

del juicio. Así, denegación ilegal de prueba, omisión de citación o emplazamiento, no suspensión del juicio.

- Defecto estructural de resolución o vicio por defecto del fallo. Inobservancia de las reglas de conformación de la resolución, sea en los antecedentes fácticos de la misma, en la motivación —por ausencia o por defecto—, o en la decisión —incongruencia—. Así, contradicción de hechos probados, incongruencia *extra petita, citra petita*.

Estos defectos inciden en los requisitos que debe cumplir un acto procesal: modo, contenido, tiempo u oportunidad en que debe producirse, así como al lugar, a los actos que deben precederlo o rodearlo o seguirlo, y a su compatibilidad con las conductas procesales anteriores. Este error, en suma, se traduce en la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso, la comisión de irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso [VESCOVI]:

- (ii) Defectos de juicio. Es la violación de normas de derecho material. El juez se encuentra frente a las normas materiales en una posición diversa. El juez interpreta, declara, aplica el derecho a los hechos. El defecto de juicio importa una desviación o equivocación lógica del fallo, una vulneración de los presupuestos que determinan la corrección de su contenido. Son de dos tipos.
- Vicio *in iuris*. Error en la inteligencia de la norma aplicable al hecho fijado. Puede ser: **1.** Error por inobservancia de la ley: omite el cumplimiento de lo que la ley manda en un caso concreto. **2.** Error en la aplicación de la ley: inexacta valoración jurídica del caso por defecto de selección de la ley aplicable o por defecto de interpretación.
  - Vicio *in factum*. Error que versa sobre una fijación de los hechos que difiere de la verdad histórica. Es decir, sobre el mérito de los elementos probatorios tenidos en cuenta para determinar el núcleo fáctico del caso —supuesto fáctico equivocado o incorrecta interpretación de la situación de hecho—.

**B.** Medios de gravamen. Recursos que están ordenados simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir a la primera que perjudica los intereses del recurrente, pero que no necesariamente debe ser ilegal o lícita. Sustenta la vigencia de la garantía del doble grado de jurisdicción penal.



Por ejemplo, recursos contra resoluciones judiciales de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia (reposición, apelación y queja).

## 2. Condiciones constitucionales del sistema de recursos

### 2.1. Exigencias constitucionales

Son cuatro las exigencias constitucionales del sistema recursal:

- A. Control de legalidad de las resoluciones, tanto de las leyes de fondo como las de rito.
- B. Garantizar el valor justicia, a través del doble grado de jurisdicción.
- C. Formación de la doctrina jurisprudencial y búsqueda de la unidad del derecho.
- D. Tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los jueces.

Así, corresponde a la Corte Suprema, a través del recurso de casación, la misión de uniformizar la jurisprudencia y tutelar los derechos fundamentales. Por su parte, corresponde a la Corte Superior, a través del recurso de apelación –entendido como un recurso ordinario y generalizado–, garantizar la justicia del caso concreto y tutelar la legalidad ordinaria.

### 2.2. Directivas en materia de recursos

Antes de ingresar a mencionar las directivas, es preciso hacer un breve resumen de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CIDH– dictada en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

#### 2.2.1. Antecedentes: SCIDH de 02-07-04: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

El caso se refiere a violaciones cometidas por el Estado, al haber emitido el 12-11-99 una sentencia condenatoria, como consecuencia de que los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre, todos de 1995, se publicaron en el periódico *La Nación* diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa. Su contenido consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves. La mencionada sentencia, emitida por el Tri-

bunal 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 querrellados, y que estableciera una liga en *La Nación digital*, entre los artículos querrellados y la parte resolutive de la sentencia.

El defensor del querrellado 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 art. 8.2h de la Convención Americana dispone que durante el proceso toda persona tenga derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. En este sentido la Corte considera que el derecho de recurrir es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Con ello se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. La Corte precisa que el derecho a recurrir el fallo consagrado por la Convención no se satisface con la mera existencia de un órgano superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Una verdadera revisión requiere que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Es de acotar que el proceso penal es uno solo a través de diversas etapas que incluye la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

En este sentido, el recurso que contempla el art. 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 art. 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 (art. 408.1 NCPP). 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 (art. 405.1a NCPP). **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 (arts. 409.1 y 150 NCPP), 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, aún cuando advierta errores no planteados por este (art. 409.1 NCPP). 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 art. 409.3 NCPP establece que la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio —la interdicción de la *reformatio in peius* proviene de un célebre pasaje de Ulpiano: *licet enim 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). 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 las que exista recurso 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 desfavorable al recurrente (Casación civil, Sentencias n.º 674-96/Lima, y 1829-96/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 la misma,– 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 [LOBET].

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 (art. 409.3 NCPP). 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 art. 426.2 NCPP precisa que no se podrá aplicar una pena superior a la im-

puesta 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 subsanarla, porque ese hecho no ha sido elevado a su conocimiento. Si el Tribunal *A Quo* juzgó un hecho sin acusación, el Tribunal *Ad Quem* debe sobreseer. No cabe acusación suplementaria con motivo del recurso o en sede recursiva, pues ello perturbaría el desarrollo de la instancia recursiva.

### 3.6. Renuncia, desistimiento e irretractabilidad

#### 3.6.1. Regla general

Las manifestaciones acerca del recurso que haga la parte —como actos procesales—, en principio, son incondicionales, irretractables e irrecurribles. El recurrente solo puede desistirse de la interposición de un recurso ya formulado (art. 406 NCPP).

#### 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 art. 406 NCPP, 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, aún 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 (arts. 423.2 y 431.2 NCPP).

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 impugnabile. **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 (art. 405.1a NCPP).

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 aún 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 absolucón 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 posibili-

dades 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 coen-causado 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 dictado, 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 (art. 404.2 NCPP): son las partes procesales, y estas solo pueden hacerlo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley (apdo. 1, art. 404 NCPP). 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– (art. 84.10 NCPP). 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 art. 407 NCPP 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 (art. 11.1 NCPP). El actor civil solo podrá hacerlo respecto del objeto civil. El tercero civil, por imperio del art. 113.1 NCPP, en lo que es su ámbito de responsabilidad –civil–, también tiene derecho de impugnar. El querellante particular tiene potestad impugnatoria por expresa disposición del art. 109.1 NCPP; y, también la persona jurídica, que en este aspecto ha sido homologado, en lo pertinente, al imputado (art. 93.1 NCPP).

### 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 NCPP es la del art. 404.1: la ley identifica las resoluciones recurribles –y las irrecurribles en determinados casos (por ejemplo: art. 373.3 NCPP– (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 NCPP son reposición, apelación, casación y queja (art. 413 NCPP) –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 (art. 415 NCPP); la apelación contra los autos interlocutorios, definitivos y sentencias dictadas en primera instancia (art. 416.1 NCPP); 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– (art. 427.1 y 2 NCPP); y la queja contra los autos de inadmisión de los recursos de apelación y casación (art. 437.1 y 2 NCPP).

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 NCPP 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 art. 414 NCPP, 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 y recurso de queja. **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 (art. 124 NCPP), por lo que el día inicial del cómputo será el día siguiente hábil de conocida o notificada la resolución que recaiga en ese pedido (art. 143.2 NCPP). 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 (art. 144.1 NCPP) [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 art. 404.1 *in fine* NCPP 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 (art. 437.3 NCPP).

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 (art. 405.3 NCPP). 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 NCPP 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 art. 405.1b NCPP 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 (art. 405.2 NCPP).

El elemento lógico o expresión de agravios está regulado puntualmente por el art. 405.1b NCPP. 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 gramati-

cal 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

En 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 art. 412 NCPP 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 (art. 418.1 NCPP). 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 art. 402 NCPP. 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 (arts. 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 (art. 288 NCPP).

#### 5.4. Efecto extensivo

En 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 art. 408 NCPP 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 [CLARÍA] –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 art. 410 NCPP. 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 art. 410 NCPP reconoce a la parte afectada el derecho de plantear recurso de queja para cuestionar la decisión del Tribunal *A Quo* de reservar la elevación del recurso hasta la expedición de la sentencia.

El fundamento del efecto diferido reside en la conveniencia de evitar las frecuentes interrupciones que, en desmedro de la celeridad procesal, sufre el procedimiento sometido exclusivamente a un régimen de impugnaciones inmediatas. Evita el recurso de apelación con fines meramente dilatorios, por lo que cumple una importante función preventiva [DE SANTO].

## 6. Adhesión al recurso

El art. 404.4 NCPP 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 condicionado 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 art. 373 *in fine* CPC, el desistimiento del recurso principal no afecta la adhesión, lo cual se justifica porque esta institución se ha configurado 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 ejercitarlo ya ha caducado; además, no pueden confundirse las posiciones procesales y, por consiguiente, el que pretende una condena no puede adherirse al recurso del que pretende una absolución y viceversa [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA].

Empero, frente a esta posición doctrinaria existe otra, que considera, de un lado, que el fundamento de la adhesión se encuentra en el principio de igualdad procesal, pues contempla la situación de quien no dedujo el recurso tempestivamente al suponer que la contraria no lo haría; y, de otro, que la ley no limita su procedencia a las partes opuestas, en cuyo caso no rige la regla de la interdicción de la reforma peyorativa [D'ALBORA]. Esta posición tiene un franco apoyo en la jurisprudencia argentina, de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Casación Penal.

## 7. Clasificación de los recursos

El NCPP no contiene una pauta clasificatoria preestablecida. Empero, del análisis del Libro Cuarto NCPP 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 NCPP es el de reposición (arts. 413.1 y 415 NCPP).

### 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 (art. 121, § I CPC). El único recurso previsto es el de reposición (arts. 413.1 y 415 NCPP).

- 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 (art. 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 art. 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 NCPP 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 art. 415 NCPP 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 art. 415 NCPP. La regla general, con lo que se homologa en este extremo con el proceso civil (art. 362 CPC), es que se trata de un recurso enderezado contra los decretos.

Enipero, 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 sis-

tema 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 arts. 420.4 y 421.2 NCPP. 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 (art. 414.2 NCPP), 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 art. 415 NCPP 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 art. 415 NCPP, es inimpugnable. No cabe apelación contra la decisión que emite el juez o tribunal absolviendo el grado, lo que se explica por la simplicidad, vigencia del principio de concentración y relativa o poca trascendencia del mismo. Esto último permitirá sostener que tal decisión no produce cosa juzgada formal, lo que a su vez importa admitir que la cuestión decidida puede ser replanteada al interponerse el recurso contra la decisión final.

## II. EL RECURSO DE APELACIÓN

### 1. Concepto

Es el recurso clásico y de uso más común; es, además, el más eficaz en cuanto lleva a un segundo examen, más o menos completo, de la causa. Es un medio de impugnación ordinario, devolutivo y suspensivo –de raíces muy antiguas, ya bien definido en el proceso penal romano de la época imperial [FLORIÁN]– que procede frente a sentencias y autos equivalentes, así como otras resoluciones interlocutorias –incluso las que causan gravamen irreparable–, cuya finalidad consiste, de un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida, y, de otro, provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de normas o garantías procesales invocadas. La apelación determina la prolongación del proceso a través de un nuevo procedimiento, que sucede a aquel que ha conducido a la decisión impugnada, que se realiza ante un Tribunal superior en la estructura orgánica de la justicia [CARNELUTTI]. En ella se repite el debate, pero solo muy limitadamente las pruebas, y solo aquellas defectuosas y las que por su pertinencia, necesidad y utilidad debieron actuarse en primera instancia. La apelación reconstruye, no constituye, aun cuando para hacerlo se valga de los mismos materiales, salvo las excepciones derivadas del *ius novorum* [CARNELUTTI].

En cuanto medio de gravamen la apelación está destinada simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir la de primera instancia que perjudica los intereses del recurrente, pero no necesariamente debe ser ilegal o ilícita. Esto último –en tanto se apela de una sentencia definitiva– permite hablar de doble grado de jurisdicción; su cometido es integralmente el examen y resolución de las pretensiones deducidas por los litigantes y no simplemente la revisión del procedimiento y de la sentencia de instancia. Pero, por otro lado, la apelación también funciona como medio impugnatorio en sentido estricto pues se limita a la anulación de la sentencia cuando se denuncie y advierta 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 Austriaca 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 prueba 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*— [ALVAREZ 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 [art. 419.1 NCPP]. 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 NCPP (arts. 416 al 426 NCPP). Comprende tres títulos: preceptos generales, apelación de autos y apelación de sentencias.

Cabe diferenciar entre segunda instancia o doble grado de jurisdicción y recurso de apelación. La distinción correcta depende de la diferente naturaleza de las resoluciones apelables, no de los motivos que se hagan valer. La segunda instancia es una etapa del proceso de declaración que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación contra la sentencia final de la primera instancia [ORTELLS]. Esto es, que el recurso de apelación genera la segunda instancia por tanto no existe segunda instancia sin un recurso de apelación. En consecuencia, la apelación es un recurso y la segunda instancia es una actividad jurisdiccional que se genera a partir de la interposición del recurso, esto es, el recurso es la causa y la segunda instancia es el efecto. La apelación no deja de ser exclusivamente el mecanismo de inicio y planteamiento de la segunda posibilidad de pronunciamiento jurisdiccional sobre un determinado caso [DE LA OLIVA].

## 2. Notas esenciales

Tres son las notas esenciales del recurso de apelación. Se expresan, en primer lugar, en el ámbito de aplicación y en las resoluciones recurribles; en segundo lugar, en su naturaleza jurídica; y, en tercer lugar, en sus efectos.

### 2.1. Ámbito de aplicación y resoluciones recurribles

Está regulado en la Sección IV de Libro Cuarto del NCPP. A tono con el principio de taxatividad, el art. 416.1 NCPP 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 (art. 419 NCPP). 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 (art. 419 NCPP). 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 pueda ser subsana en segunda instancia [DE PRADA BENGÓA].

### 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 NCPP establece que en materia de apelación el órgano competente es la Sala Penal Superior (arts. 27 1 y 416.2 NCPP); 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 (art. 402 NCPP). 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 art. 418 NCPP 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 art. 408 NCPP: 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 contradiccio-



nes lógicas entre decisiones jurisdiccionales y situaciones procesales que puedan contraponerse a otra.

### 3. Modelo de la apelación en el NCPP

#### 3.1. Planteamiento

Desde el punto de vista de las garantías del imputado, el modelo asumido por el NCPP, aún cuando no existe una forma pura de apelación, es el ‘medio’ [DOIG]. La apelación es integral, en tanto se cumplan las formalidades previstas por la ley: el Tribunal Ad Quem tiene plena jurisdicción sobre el caso, está en idéntica situación que el juez *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. Ahora bien, tendencialmente se optó por un modelo de apelación restringido: *revisio prioris instantiae*, que importa un control de lo ya resuelto en primera instancia, en depurar la actividad jurisdiccional del juez de primera instancia al dictar su sentencia (modelo austriaco), pero con modulaciones frente al modelo pleno, que en lo esencial postula la reproducción del juicio oral –no de la instrucción o investigación preparatoria–, una segunda primera instancia –modelo alemán, *novum iudicium*–.

Una construcción intermedia es la que acoge nuestro NCPP porque el tribunal de segunda instancia puede revisar el juicio de primera instancia, tanto en sus aspectos fácticos como en los jurídicos, pero de ordinario, solo sobre la base de los materiales de primera instancia y sin que se admita un cambio sustancial en el planteamiento del concreto caso [DE LA OLIVA].

En el modelo pleno germano, por ejemplo, la idea dominante es la de que tendrá efecto un nuevo examen y una nueva resolución, 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 inmediatez, 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 impugna sentencias absolutorias, en el que se aplica la regla básica: que en caso de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella se funda 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 (art. 323.4 NCPP). 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 (art. 79.5 NCPP).

## 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 (art. 414.1 b y c NCPP). Cuando se trata de una apelación en el curso de una audiencia judicial, específicamente de sentencia, el art. 401.1 NCPP prescribe que puede apelarse por escrito, pero la fundamentación o formalización puede hacerse en acto aparte y por escrito. El art. 405.2 NCPP señala que el plazo de formalización es de cinco días. La apelación, con indicación precisa de las alegaciones –art. 405.1c NCPP– 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 (art. 405.3 NCPP). 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 (art. 416.2 NCPP).

### 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 (art. 405.3 NCPP): este es el paso de “elevación de las actuaciones”. No existe en el NCPP 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 (arts. 405.3 y 421.1 NCPP). 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 reposición (arts. 420.4 y 421.2 NCPP). Este se tramita conforme al art. 415.2 NCPP: 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 [CLARÍA].

### **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 art. 420.2 NCPP, declarado bien concedido el aludido recurso, se cita a las partes a la audiencia de apelación, que se llevará a cabo con las que concurran. Es una simple audiencia de alegaciones orales del fiscal y de la defensa de las partes, además se escuchará al imputado siempre que decida asistir. El interrogatorio del Tribunal de Alzada se concentra en los informantes y su objeto es el esclarecimiento de su posición técnica (art. 420.6 NCPP).

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 (art. 420.3 NCPP).

El plazo general para la absolución del grado es de veinte días (art. 420.7 NCPP). 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 regulado —a nivel genérico— por lo dispuesto en el art. 155.2 NCPP: pertinente y no prohibida por la ley. Los literales a y b del apdo. 5 del art. 352 NCPP exige, además, indicación del probable aporte a obtener con el medio de prueba ofrecido, la conducencia y utilidad del mismo. El art. 422.1 NCPP destaca en lo especial el aporte que se espera de la prueba ofrecida, lo que no niega las demás exigencias, aunque expresamente sanciona con la inadmisibilidad su incumplimiento.

Solo se admiten, en atención a la clásica prohibición del *ius novurum*, la petición de práctica en la segunda instancia de las siguientes pruebas:

- A. *Pruebas de hechos cuya existencia se desconocía.* La razón para la admisión de nueva prueba es objetiva: importa el desconocimiento, no las razones del mismo. Se trata de pruebas de hechos relevantes cuya existencia no conocía el recurrente y, por tanto, no pudo solicitar se practicaran, o bien aquellas otras que, conociendo su existencia, no pudo proponerla, por carecer de disponibilidad sobre la misma; en tanto en cuanto tenga relación o guarden conexión con las afirmaciones de hechos efectuados en las alegaciones finales de las partes, de lo contrario se estaría posibilitando la facultad de introducir en el proceso nuevas pretensiones. Se excluyen los medios probatorios que estaban disponibles en el momento del juicio. Se trata de supuestos de imposibilidad de proposición de prueba debido únicamente, bien a la aparición de hechos nuevos acaecidos con posterioridad al trámite procesal de prueba en el juicio (*nova producto*: hechos nuevos), bien a la existencia de hechos que, no obstante ser de fecha anterior a dicho trámite preclusivo, hubieren llegado a conocimiento del recurrente en un momento posterior, lo que debe ser justificado por la parte (*nova reperta*: hechos desconocidos o hechos de nuevo conocimiento) —este último exige un criterio de admisión más restringido que los *nova producto* por la posibilidad de fraude— [GIMENO]. Lo relevante, en todo caso, es la novedad del hecho, no la novedad del medio de prueba.

Las pruebas ofrecidas deben referirse básicamente a los mismos hechos que ya constituyeron el objeto de la acusación en la primera instancia y deben tener relevancia para poder determinar, en su caso, una sentencia de contenido diferente [DE PRADA].

- B. *Pruebas indebidamente denegadas.* Se deben cumplir cuatro requisitos: a) que dichos medios de prueba hayan sido propuestos en tiempo y forma; b) que inmediatamente después de la denegación se formalice

la oportuna protesta por esa decisión –la falta de protesta no puede suplirse por la Sala de Apelación, pues la protesta debe cumplirla la parte interesada, en consecuencia, debe recaer sobre el propio recurrente la responsabilidad de sus errores procesales, los que no están amparados por la tutela jurisdiccional ni la proscripción de la indefensión–; c) que no haya existido durante la tramitación del procedimiento en primera instancia ningún otro momento para proponer el medio de prueba indebidamente rechazado; y, d) que el Tribunal Ad Quem lo estime pertinente y relevante para la decisión del recurso la práctica de la prueba propuesta. Son tres 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 [YAÑEZ].

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 están condicionadas 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 art. 422 NCPP 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”, enraizado 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 inóperante (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 (art. 422.3 NCPP).

Una excepción general a la limitación de actuación probatoria en segunda instancia se encuentra en el art. 422.5 NCPP. 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 art. 422.5 NCPP, 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 recogido 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 NCPP, 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 NCPP 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 NCPP 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 (art. 423 NCPP)

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 inasistencia de acusados recurridos no impide la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declaración de reos contumaces de los inasistentes. Lo último significaría que habrá una segunda oportunidad ante la incomparecencia de los acusados recurridos, y en la cual la audiencia siempre se realizará.

Respecto de las partes privadas, la obligatoriedad solo se da cuando ellas son las recurrentes, bajo sanción de inadmisibilidad del recurso que promovieran.

Si la apelación se refiere al objeto civil, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

##### 4.4.2. La posición del Tribunal Constitucional

La STC n.º 2984-2011/PHC-TC, de 16-07-13, fijó un criterio interpretativo respecto del art. 423.3 NCPP. 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 concurrencia 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 art. 424.3 NCPP 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 comparecencia 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: art. 367º.2 y 3 NCPP–, 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 (art. 79.5-6 NCPP).

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 (art. 424 NCPP)

La base normativa general es la del juicio oral en primera instancia. Las reglas de instalación están ya definidas por el art. 423 NCPP. Cabe puntualizar que existen dos modalidades de audiencia, siempre preceptiva: con actuación probatoria o sin ella. La primera modalidad está condicionada a la impugnación del juicio de culpabilidad o inocencia, o de la cuantía de la pena o de la reparación civil, y siempre que en apelación se inste la revisión de un aspecto de la valoración de las pruebas personales, que es su credibilidad. Si la esencia de la controversia radica, no en error en la valoración de la prueba –diferente ponderación acerca de la credibilidad de determinadas declaraciones–, sino en una inadecuada calificación jurídica de los hechos que el órgano *a quo* declaró probados; si no se discute la veracidad de específicas declaraciones asumidas por el *iudex a quo* sino se estima su impropiedad o relevancia exculpatoria, en esos casos, no cabe una audiencia con actuación de pruebas.

Evidentemente no habrá actuación y examen probatorio –no se requiere examen directo y personal de la prueba– cuando el núcleo de la discrepancia es una cuestión jurídica –sobre la base de hechos coincidentes–; la reproducción del debate, aquí, no añade nada al juicio público. Así sería el caso, por ejemplo, de la prueba indiciaria, cuando se cuestione el juicio de inferencia sobre la base de las reglas de la lógica y experiencia, más allá que los indicios por separado se hubieran obtenido como el fruto de la práctica de pruebas necesitadas de intermediación [GARBERÍ].

Cabe puntualizar que la jurisprudencia del TEDH es constante en el sentido de exigir, únicamente, la necesaria audiencia en apelación del acusado absuelto sin que contenga la exigencia de repetición de la práctica de la prueba que en el recurso se hubiera impugnado por considerar errónea la valoración del juez *a quo*. Exigir, en estos casos, que se vuelva a interrogar a los acusados, a los testigos o a pedir a los peritos que informen –sean objeto de un nuevo examen– lo estarán haciendo de nuevo aportando una prueba nueva y diferente a la que valoró el juez

de primera instancia. Se trataría de testigos y peritos cuya declaración o informe en la alzada serán valorados por primera vez por tratarse de una declaración distinta de la que tuvo lugar en la primera instancia. Todo ello con el agravante de tratarse de declaraciones sospechosas en tanto que los que comparezcan en segunda instancia lo harán prevenidos por las partes sobre las dudas y contradicciones que pudiera haber suscitado su declaración en primera instancia. De ser así la vía de recurso sería interminable pues siempre cabría un nuevo recurso en tanto que la sentencia de vista se habría pronunciado sobre un objeto procesal renovado con la repetición de la prueba [RICHARD].

#### 4.4.4. Periodos de la audiencia

Tres son los periodos de la audiencia de apelación con actuación de pruebas. Así:

A. *Periodo inicial.* Consta de dos pasos. En primer lugar, el auxiliar jurisdiccional hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones contra ella, objeto de la audiencia. En segundo, se corre traslado a las partes recurrentes para que se pronuncien si se desisten total o parcialmente del recurso 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 art. 383 NCPP, 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 art. 393 NCPP, aunque por razones de supletoriedad rige, además y más propiamente, el art. 392 NCPP. 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 art. 392 NCPP, esto es, si transcurre ese plazo ¿debe repetirse la audiencia de apelación? En principio, tal posibilidad solo abarca los casos de audiencia de pruebas —en las audiencias de apelación sin actuación probatoria se tratará de un plazo impropio, cuya vulneración no genera nulidad de actuaciones—; y, como el proceso es único y las reglas vinculadas a la inmediación son las mismas (art. 424.1 NCPP), en ese caso las actuaciones probatorias del juicio de apelación, quedan sin efecto.
- C. Finalmente, para que exista resolución, basta dos votos conformes; solo se requiere mayoría de votos. ¿Qué pasa si no hay mayoría?, ¿Cada vocal mantiene un voto distinto (anulación, confirmación y revocatoria)? Se procederá conforme a las reglas de la discordia, y el vocal discordante tendrá que repetir la audiencia de apelación.

##### 4.5.2. Valoración de la prueba

Se presenta, en este paso, una doble posición del Tribunal Ad Quem respecto del tratamiento de la prueba actuada en segunda instancia y su relación con la prueba actuada en primera instancia. En principio, como se trata de un recurso de apelación que instaura el doble grado de jurisdicción y otorga una potestad de revisión total de lo actuado, el Tribunal Ad Quem realizará una valoración integral del conjunto de la prueba actuada, en primera y en segunda instancia.

El recurso de apelación conlleva que el *iudex ad quem* asuma plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el *iudex a quo* no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (STCE 172/1997, de 14 de octubre).

- A. Los criterios básicos de valoración están previstos en el art. 393 NCPP. Así:
- i. Solo se valoran los medios de prueba incorporados legítimamente al juicio.
  - ii. El examen de los medios probatorios se inicia individualmente por cada uno de ellos y, a continuación, globalmente, en su conjunto.
  - iii. Se abordarán los temas objeto de la pretensión impugnativa.
- B. Las especialidades que se reconocen a la valoración de la prueba en segunda instancia son dos:
- i. Valoración independiente de la prueba actuada en la audiencia, así como de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. Se reconoce en este punto el carácter 'documental' del aporte de esos medios de prueba y, por tanto, el ser ajenos a la inmediación o, por lo menos, una clara excepción por razones de no repetibilidad o disponibilidad de la prueba (preconstitución y anticipación de prueba).
  - ii. Respeto de la valoración realizada por el *Iudex Ad Quo* de la prueba personal: declaraciones en general (declaración del imputado y testificales). Se estima que el principio de inmediación permite al *iudex a quo* el contacto directo con el material probatorio, por lo cual puede llevar a cabo una más objetiva valoración crítica de los hechos enjuiciados –se entiende que la inmediación es una técnica que sirve para obtener de la fuente de prueba todas las informaciones relevantes [LACAVIELLO]–. La posición de imparcialidad e inmediación del juez determina una especie de presunción de acierto, sobre la que vienen razonando uniformemente los órganos jurisdiccionales, en el sentido que entienden que han de reputarse acertadas las conclusiones fácticas a las que llegue, salvo que se demuestre manifiesto error, incongruencia, contradicción o cualquier otro defecto de análoga entidad [SOSPEDRA] –por ende, es claro enfatizar que la oralidad–inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez–. Así lo entiende el NCPP, aunque contemporáneamente con arreglo a las reflexiones más modernas de la psicología, del testimonio, que se basan en que lo que hay que valorar no es la persona del declarante, sino su declaración, para lo que la inmediación dice poco, de suerte que es posible examinar otro ángulo del testimonio: su racionalidad, coherencia, precisión, y su

relación con las demás pruebas actuadas. El juez, en esta perspectiva, ha tenido por probado un hecho que en realidad no ha sucedido, o viceversa; o bien ha tenido por correctamente probado un hecho, pero ha deducido de su existencia unas consecuencias fácticas que en realidad no han acaecido, creando de forma indebida, de ese modo, una presunción, al errar en el uso del razonamiento lógico deductivo [NIEVA].

La posibilidad que tiene el *iudex ad quem* de apartarse de las conclusiones probatorias del *iudex a quo* en relación a las mencionadas pruebas personales está en función a las actuaciones probatorias realizadas en segunda instancia y a las pruebas documentales, preconstituídas 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 art. 422 NCPP- (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 como 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 *index 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 ‘Martinez Areco’ (Sentencia n.º 3792, de 25-10-05), 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 ilógico 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).

Están excluidas de las exigencias derivadas de la inmediación la prueba documental en atención a su propia naturaleza (STCE 46/2011, de 11 de abril). También está excluida la prueba pericial, cuando en el informe pericial estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que ese informe llegue, esto es, cuando el Tribunal de Apelación valore la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que documenta (STCE 120/2009, de 21 de mayo).

#### 4.5.3. Alcances de la sentencia de vista (art. 425 NCPP)

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 debe 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 (art. 426.1 NCPP). 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].

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 art. 409 del NCPP 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 pureza, 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 art. 409 en la segunda parte del n.º 1 del NCPP, 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, referido 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 prohíbe 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 quién dichas leyes excluyen de la sanción [BERMÚDEZ].

Dos órdenes, genéricos, 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 NCPP), por lo que le reconoce, en los marcos de un derecho a la justa indemnización (art. 98 NCPP) 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 (art. 104 NCPP). 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 (art. 425.4 NCPP). Por tanto, efectuada la deliberación y existiendo el número de votos suficientes, se cita fecha a una audiencia para su lectura. 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 (art. 425.5 NCPP). Vencido el plazo para recurrir se remite al juez de la investigación preparatoria para su ejecución. Si el recurso de casación no es suspensivo (art. 402.1 NCPP), 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 art. 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 elevaría 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 Supre-

ma 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 art. 8.2.h de la Convención Americana, y el deber dispuesto en el art. 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 art. 8.4 de la Convención. Además, se infringió el derecho de defensa, en relación con el derecho a ser oído y el deber de motivar.

## 5.2. Análisis de la Corte

La Corte entiende que el derecho de recurrir una sentencia es una garantía primordial que se debe respetar en un debido proceso, con la finalidad de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Igualmente, la Corte indica que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. En este sentido, los Estados tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas frente a actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. Las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente. Lo expuesto significa que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación con que designen al medio de impugnación de una sentencia condenatoria, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente,

las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

En este sentido, la Corte considera que el Sr. Mohamed tenía derecho a recurrir el fallo emitido en segunda instancia, toda vez que se le condenó como autor del delito de homicidio culposo. Precisa que el sistema procesal argentino, que fue aplicado al caso que es materia de análisis, no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria; además constata que los demás recursos que interpuso el señor Mohamed no constituyeron recursos eficaces para garantizar el derecho a recurrir.

En cuanto a los argumentos de Argentina sobre la evolución jurisprudencial y legal en materia de garantizar el derecho a recurrir del fallo, la Corte anota que no se pronunciará al respecto puesto que se trata de medidas supuestamente adoptadas con posterioridad a los hechos del presente caso y se refieren a normas jurídicas que regulan el recurso de casación que no fueron aplicadas en el proceso penal contra el Sr. Mohamed. En este caso, la inexistencia de un recurso judicial que garantice la revisión de la sentencia condenatoria y la aplicación de recursos judiciales que tampoco garantizaron el derecho a recurrir el fallo implicaron incumplimiento del Estado, en tanto en cuanto, debió adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida a el art. 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 art. 8.2h de la Convención Americana en perjuicio del señor Mohamed.

### 5.3. Algunas atenciones 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 art. 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 al 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 (art. 81 y ss.), ni los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia (art. 25) y para Ruanda (art. 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 art. 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.

### III. RECURSO DE CASACIÓN PENAL

#### 1. Aspectos generales

##### 1.1. Introducción

La casación, institución de origen francés —nació en la Revolución de 1789 y en 1790, mediante Decreto de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 1790, se creó el Tribunal de Casación, pero luego el 18 de mayo de 1803 se transformó en Corte de Casación—, está plenamente incorporada en la Constitución. Los arts. 141 y 143 expresamente reconocen el recurso de casación y otorga a la Corte Suprema una importante función casacional, exclusiva y excluyente. La casación es concebida, pues, como una garantía institucional destinada a asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad —realiza un control constitucional y legal de determinadas resoluciones de segunda instancia—. Tiene como función inmanente u objetivo jurídico esencial la interpretación única de la norma jurídica que favorezca su aplicación uniforme por los demás órganos jurisdiccionales, de acuerdo con esa función protectora de la norma o nomofiláctica que tradicionalmente se le atribuye —se hace un juicio *in iure* a la sentencia de segunda instancia, esto es, se realiza un juicio técnico jurídico, de puro derecho, sobre la legalidad de la sentencia o sobre el procedimiento que la precedió—. Sus fines constitucionalmente protegidos están vinculados a la afirmación del principio de seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley como valor superior del ordenamiento jurídico o como derecho fundamental de las personas [GONZÁLES GARCÍA].

Bajo esas dos premisas, siguiendo a CALAMANDREI, es de entender que la casación es un instituto complejo que resulta de la combinación de dos elementos recíprocamente complementarios, uno de los cuales pertenece al ordenamiento judicial, a su vértice: la Corte Suprema, mientras que el otro pertenece al derecho procesal y debe ser estudiado en el sistema de los medios de impugnación: el recurso de casación. Esta complementariedad o binomio configura al recurso de casación como un medio de impugnación cuyas condiciones están establecidas por la ley procesal de modo que provoquen de parte de la Corte Suprema un cierto reexamen limitado, correspondiente a sus fines constitucionales, muy diversa a los demás órganos jurisdiccionales. La unificación de la interpretación del derecho objetivo, por razones de esencias, tiene que ser confiada a un órgano jurisdiccional, único y último [GUASP].

El recurso de casación, como instrumento procesal, ocupa una posición esencial en el sistema de garantías constitucionales. Por ello no solo está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en derecho del obrar judicial —protección del interés público, presente en la unificación de la jurisprudencia, que se patentiza en la su función nomofiláctica y en la protección del *ius constitutionis*—, sino que, al desenvolver 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 nomofilaquia ha de sumarse la igualdad y seguridad jurídica; a la defensa de la legalidad en la interpretación de la ley ha de asociarse el valor, por lo menos tendencial, de la igualdad de trato sobre los casos iguales frente a 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 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: art. 412 NCPP– 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 RUA].



Como se sabe, el rasgo distintivo de la apelación consiste en la competencia para penetrar incluso en la valoración realizada por el juez de primer grado, parcela que escapa a la casación. En lo que toca a la *quaestio facti*, la apelación y la casación se diferencian tanto por el objeto cuanto por los efectos de su respectivo control. Si, como corresponde, se diferencia entre valoración de las pruebas, tomada en sí misma, y la justificación de la valoración, resulta que la primera se colocaría perpendicular al punto de mira de la apelación, mientras que la casación podría fiscalizar la segunda nada más; de manera que el Tribunal de Apelación tendría en su mano revocar la valoración recurrida por errónea (sustituyéndola por otra si fuere preciso) en tanto que el Tribunal de casación solo estaría facultado para anular la decisión valorativa por infundada (no por incorrecta, en eso no debería entrar) y, en su caso, reenviarla al órgano judicial de instancia a fin de que subsane la deficiencia [IGARTUA].

### 1.3. Notas esenciales

Cuatro son las notas esenciales del recurso de casación:

- A. Su carácter extraordinario. De un lado, los motivos o causas susceptibles de hacerse valer mediante su interposición aparecen tasados (art. 429 NCPP). De otro lado, el ámbito de conocimiento está limitado exclusivamente a las cuestiones suscitadas en los motivos de oposición formulados (art. 432.1 NCPP): 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 (arts. 421 y 26.1 NCPP). 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 por 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: art. 412 NCPP; 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 art.

408 NCPP. 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 idén-

ticas 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].

## 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]: art. 432.2 NCCP). Todo ello dentro de las causales o motivos de casación expresamente invocados por el recurrente (art. 432.1 NCCP). 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 indi-

ca 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 causan 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 (art. 432.3 NCPP).

Una amplitud a la cuestión de hecho sería, el control de logicidad y control por infracción de presunción de inocencia (art. 429.4 y 1 NCPP), 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 31-07-98); 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 disparo 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 intermediación 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 ra-

cional 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 NCPP 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 –art. 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 RUA].

## 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 adecuada 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 constituciones que puedan ocasionar materialmente indefensión, o cuando se trate de normas materiales cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional.

### 3. **Carácter del recurso de casación**

El art. 433.1 y 2 NCPP, bajo la decisión de la Sala Penal Suprema, concederá a la casación estimada carácter rescindente y, cuando corresponda, rescisorio, “en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate”.

El recurso de casación por infracción de norma material y, en determinados casos, por quebrantamiento de norma procesal en la modalidad de defecto estructural de resolución, tiene un carácter rescindente y rescisorio, de modo tal que si la Corte Suprema estimara el recurso anulará la resolución impugnada y dictará otra ajustada a derecho. El criterio finalista de apreciación será si no resulte necesario un nuevo debate, vinculado a la actuación de pruebas ante un tribunal objetivo e imparcial; si los elementos de juicio permitan a la Sala de Casación poder resolver adecuadamente; o si debido a lo resuelto por la casación el ordenar el reenvío no tendría ningún sentido práctico, llevando simplemente a un alargamiento innecesario del proceso [LLOBET].

El recurso de casación por quebrantamiento de forma en la modalidad de vicio de procedimiento tiene un carácter únicamente rescindente. Se anulará la decisión impugnada y se reenviará de nuevo la causa al conocimiento del órgano de instancia.

### 4. **Objeto impugnable**

- A. El criterio general de admisibilidad objetiva, conforme al art. 427 NCPP, se circunscribe a: **1.** Las sentencias definitivas; **2.** Los autos de sobreseimiento; **3.** Los autos que ponen fin al procedimiento o extingan 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 art. 427 NCPP, 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 (art. 430.3 NCPP), 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 18-03-94, en el que precisó que la discrecionalidad del Tribunal de aceptar la casación excepcional no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o de mera contingencias, 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 art. 428 NCPP. 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 (art. 429.1 NCPP), 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. El interés 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 art. 428.1 NCPP 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 [CLARÍA].

## 6.2. Motivos de inadmisión excepcional

**A.** *Falta de fundamento.* Su fuente es la ley alemana de 08-07-22. Es un supuesto de desestimación prematura del recurso cuando el mismo, tras una primera lectura del escrito de interposición, se revela como manifiestamente infundado. Esto último se presenta cuando adolece de una evidente falta de razón jurídica de los motivos alegados, o una falta de contenido casacional, al no tener el objeto convencional de una casación. La carencia de fundamentación se presenta por la falta de un mínimo de presupuestos fácticos o de lógica jurídica en su desarrollo.

Esta causal, de recurso fatuo o indigno, permite identificar tres supuestos, según SARSTEDT/HAMM: **1.** El que adoleciendo de un razonamiento abstracto suficiente, se limita prácticamente a decir que existe violación de derecho, sin argumento serio alguno. **2.** El que es fruto de una deficiente lectura de la sentencia o de los autos, denunciando vicios que realmente no existen. **3.** El que revela un desconocimiento por parte del recurrente de las cuestiones jurídicas más básicas, en especial relacionados con la casación (MANZINI diría: se pretendiera desconocer la evidencia, se supusiera una norma jurídica inexistente, se supusiera la analogía en casos que no la consienten, o en general, se fundara el recurso en un indiscutible error de derecho).

**B.** *Presencia de precedente establecido.* El literal b del apdo. 2 del art. 428 NCPP 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.

## 7. Motivos de casación: artículo 429 NCPP

### 7.1. Planteamiento general

Como el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que tiene tasados tanto las resoluciones recurribles como los vicios que el recurrente puede alegar, ello significa que la fundamentación del recurso no es libre, sino vinculada a los motivos previstos legalmente [GIMENO]. La causa de pedir se identifica con los motivos del recurso –vicio o vicios que integran el supuesto de hecho al que la Ley vincula la casación–.

La exigencia de la concreta individualización del agravio jurídico, concretado en un motivo preestablecido en la Ley procesal, proyecta importantes consecuencias. Son las siguientes: **1.** Circunscribe infranqueablemente la competencia funcional del Tribunal de Casación a los puntos del agravio sin más excepción que las referidas a las nulidades absolutas. **2.** Hace inaplicable el generalizado principio *iura curia novit*, por cuanto no está permitido suplir de oficio las omisiones –en todo caso esenciales, con las excepciones que impone la supremacía de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional– en que hubiere incurrido el recurrente. **3.** Impide toda posibilidad de ampliar el agravio a otros puntos de la decisión, salvo aquellos que puedan ser resueltos de oficio por el Tribunal. **4.** Es posible que el recurso sea concedido parcialmente con relación a los motivos regularmente invocados, al no admitirse los que fueron propuestos de manera insuficiente [CLARIÁ].

Desde el reconocimiento de que la casación también cumple con la función de velar por la garantía de tutela jurisdiccional, que obliga a una concepción menos formal y rigorista de la naturaleza de este recurso, se ha admitido la denominada teoría de la voluntad impugnativa, de origen española (SSTSE n.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 fá 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.

Existen cuatro modalidades de casación y siete variedades, siempre en régimen de *numerus clausus*. En efecto:

- A. Vulneración de preceptos constitucionales materiales o procesales, que presenta, a su vez, tres variedades: por inobservancia, por indebida o errónea aplicación, y por ausencia o ilogicidad de la motivación.
- B. Quebrantamiento de forma, que presenta, a su vez, dos variedades implícitas: vicios por defecto de tramitación y vicios por defectos estructurales de la resolución.
- C. Infracción de ley material, que presenta, a su vez, dos variedades de vicios *in iuris*: inobservancia de ley y errores en la aplicación de la ley.
- D. Infracción de doctrina jurisprudencial.

Inobservancia es no solo no aplicación, sino también aplicación errónea: la diversa formulación de los n.ºs 1 y 2 con el 3 (inobservancia, indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación) es meramente casual [LEONE]. Todos ellos, como dice DE LA RUA, quedan comprendidos en el concepto de violación de la ley. Comprende, por tanto: falta de aplicación de la norma jurídica, aplicación de una norma a una hipótesis no contempladas en ella, abierta desobediencia o trasgresión a la norma, en general todos los errores de derecho que constituyan el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado [CLARIÁ]. En materia procesal la inobservancia se traduce en una contravención al comportamiento exterior que el juez o las partes debían observar al cumplir su actividad.

## 7.2. Casación Constitucional: vulneración de precepto constitucional

### 7.2.1. Alcance

El art. 429.1 NCPP utiliza la expresión “garantías constitucionales”, que debe 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 NCPP, 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: art. 429.4 NCPP, y está comprendida en la garantía genérica de tutela jurisdiccional y en un precepto propio: arts. 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 encomendado —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.

La presunción de inocencia incluye cinco reglas probatorias y una regla de juicio.

- A. Las cinco primeras —reglas de prueba—, están integradas por la existencia de una mínima o suficiente actividad probatoria, presencia de pruebas de cargo —aptitud de la prueba para suministrar al Tribunal de mérito la

‘certeza’ de la culpabilidad del acusado–, actividad probatoria de cuenta de la acusación, prueba practicada en el juicio oral –salvo prueba anticipada y preconstituida–, y prueba practicada con respeto a garantías procesales y derechos fundamentales –inutilización de la prueba prohibida–. (STSE n.º 804/2006, de 20 de julio). En cuanto a la suficiencia, al Tribunal de Casación le corresponde vigilar si la sala de apelación ha justificado suficientemente que las pruebas eran suficientes (o no lo eran) para condenar al imputado. Esa decisión casacional debe estar, a su vez, suficientemente motivada [IGARTUA].

No es de recibo, por consiguiente, la invocación de la vulneración de la presunción de inocencia cuando, a través de ella, se pretenda sustituir, por el propio, el criterio valorativo de la prueba aplicada por el Tribunal de Apelación. Lo que se controla, en el ámbito de la apreciación de la prueba, y en un primer nivel, es la interpretación de cada uno de los medios de prueba que han sido practicadas a fin de hallar su auténtico significado [VECINA]. Cabe acotar que la ponderación de la credibilidad de las declaraciones que testigos o acusados han formulado ante el Tribunal de los hechos no es revisable en casación, mientras el contenido de tales declaraciones 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 03-05-06). Prima aquí la interdicción de la arbitrariedad (STSE de 02 -07-94). Las declaraciones personales, en cuanto al juicio de credibilidad, no solo se aprecian desde el principio de inmediación –percepción del juez– sino también desde su racionalidad (STSE de 07-03-98).

- B.** La última regla –la regla de juicio–, relacionada con la libre apreciación de la prueba, conduce a absolver cuando la culpabilidad del imputado no ha sido demostrada más allá de toda duda razonable, y está delimitada, en aras del control casatorio, al cumplimiento de determinados criterios, legal o jurisprudencialmente estipulados, a fin de evitar la arbitrariedad en el juicio de valoración (STCE n.º 63/1993, de 01-03-93), con la consiguiente conculcación de valores, principios o derechos constitucionales (ejemplo: prueba indiciaria, testigos de referencia, declaración de la víctima, coimputados y arrepentidos). Este canon de certeza ha sido exigido por la STEDH *Tahsin vs. Turquía*, de 08-04-04. Cabe aclarar que, siempre es la valoración de las pruebas el espacio donde se asienta el in dubio. La duda,



en todo caso, no es dato psicológico o individual del juez, sino un asunto racional y universalizable [IGARTUA].

La función casacional en el ámbito de la presunción de inocencia, por consiguiente, fuera de la valoración de las pruebas –de la que está impedito por la naturaleza extraordinaria del recurso–, pero no de la justificación del discurso sobre ella, se limita a la comprobación de: **1.** Que el órgano de instancia contó con material probatorio con aptitud para la valoración –este además ha de ser cargo e introducido por la acusación–. **2.** La ilicitud y validez del citado material probatorio. **3.** La suficiencia del material probatorio para justificar la convicción desde parámetros racionales y lógicos, frente a las alternativas que pudieran beneficiar al condenado. **4.** El debido razonamiento que justifique la convicción del juzgador para considerar concurrente los hechos, las circunstancias y su atribución al recurrente [BONET NAVARRO]. El imputado, antes de serlo, mientras lo es, y absuelto, posee la misma presunción de inocencia, con la diferencia que cuando existe una sentencia firme, su inocencia ya no puede ser discutida legalmente. Es de precisar que el juez va considerando la culpabilidad de una persona mientras observa la prueba, y la decide definitivamente en el momento de dictar sentencia [NIEVA].

El control casacional de la garantía de presunción de inocencia se extenderá, entonces, a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo legal, con examen de la denominada disciplina de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su actuación de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad. Además, el proceso racional expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo (SSTSE 299/2004, de 4 de marzo, y 804/2006, de 20 de julio).

### 7.2.3. Motivación

La sentencia es la decisión que pone fin al proceso, por tanto se exige, como requisito formal, una fundamentación sólida y reflexiva, en la que se debe poner en conocimiento la norma y los criterios de razonabilidad destinadas a valorar el conjunto de pruebas. Si ello no es así, constituye una denegación a la justicia [MORENO RIVERA]. Por tanto, se exige que el Tribunal resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, razonadamente, pero no solo de forma interna, sino expresando externamente el razonamiento. No basta que exista actividad

probatoria. En sede de casación, por tanto, corresponde realizar un control sobre la suficiencia cuantitativa y, también, cualitativa de la motivación fáctica.

La motivación debe abarcar: **a)** la fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; **b)** la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, **c)** la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. La motivación puede ser escueta siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico (STSE 509/2005, de 22 de abril). La extensión de la motivación dependerá de las circunstancias del caso concreto (STSE 59/2003, de 22 de enero). La mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo, no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas (STSE 1192/2003, de 19 de setiembre).

La motivación está sujeta a requisitos. Ha de respetar cierta forma y debe tener cierto contenido. La forma comprende lo relativo al modo de emisión de la sentencia (deliberación, votación, escritura y lectura) y al modo de emisión de los votos. El contenido importa que la resolución ha de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica [De La Rúa].

Aspectos vinculados al control de la motivación:

- A.** La ausencia total de motivación o falta de motivación es constitucionalmente relevante –falta del todo la exposición sobre los motivos sobre un punto de la decisión: carencia formal de un elemento estructural de la resolución–, en la que se incluye, por ejemplo, la mera enunciación de la prueba en la sentencia, a modo de índice, sin analizarla. Se trata, en rigor, de la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho; la cual ha de ser la no consignación de las razones que determinan al juez a declarar una concreta voluntad de la ley que aplica ni razonar sobre los elementos introducidos en el proceso; como tal, puede ser total o parcial, según que falte la motivación para todas las cuestiones relevantes o que el defecto sea atinente solo a una o alguna de ellas [DE LA RÚA, SABATINI]. También lo es la insuficiencia de la motivación, que se presenta cuando la aludida motivación no tenga en cuenta todos los extremos que la Ley obliga a tomar en consideración, no resuelve todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio; la motivación imperfecta o

defectuosa, desde luego, es ajena a este vicio. Asimismo, la incongruencia de la motivación trae su causa en ese supuesto, que tiene lugar cuando la motivación no guarda relación con la temática planteada por las partes y a la que debe referirse el fallo –mera existencia formal de argumentaciones pero realmente inexistentes para el caso concreto–. En síntesis, se presenta cuando no se exponen las razones probatorias ni los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión de la sentencia [MORENO RIVERA].

Así, por ejemplo, para que la narración histórica de una sentencia absolutoria se ajuste a las exigencias de plena motivación debe declararse probada una resultancia que constituya adecuado soporte fáctico, bien de la atipicidad de dichos hechos, bien de la concurrencia de alguna causa de exclusión del injusto, bien de la ausencia de participación en tales hechos por parte del imputado, o bien, finalmente, de la no deducción de la culpabilidad de ellos.

- B.** La motivación también ha de ser lógica o razonable. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está en cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El Tribunal de Casación, en este caso, custodia la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se ha observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

El juez debe expresar no solo el *iter* lógico seguido por el juez, sin saltos ni lagunas, sino también debe hacerlo sin contradicciones –esto es, cuando dos o más partes de la motivación son incompatibles entre sí, o cuando la motivación es incompatible con la parte dispositiva–. La sentencia es una estructura lógica, en ella el juez arriba a una conclusión de certeza: hecho-participación-imputabilidad-culpabilidad. Los razonamientos armónicos deben estar exentos de violaciones a las leyes del pensamiento. La logicidad entraña la observación de las reglas lógicas y de la experiencia, así como los principios de la psicología; es una cuestión jurídica, referida a la naturaleza jurídica de un hecho. El control, en este caso, se refiere al procedimiento exterior que conduce a la formación del convencimiento del juez, a la coherencia lógica del razonamiento [LEONE].

En este ámbito, por consiguiente, la función de la casación penal será la de controlar el juicio de valoración en la apreciación de la prueba; si esta, expresada en la motivación, se corresponde con criterios racionales. No

comprende la revaloración del material probatorio, solo su aptitud lógica. La contradicción debe manifestarse entre dos partes del mismo hecho probado, de manera que la contradicción no permita conocer el razonamiento judicial sobre los hechos esenciales [NIEVA].

La logicidad debe respetar las leyes del pensamiento: coherencia y derivación (concordancia o conveniencia entre sus elementos, y que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado), y los principios lógicos de identidad, contradicción, tercio excluido –deducidos de la ley de coherencia–, y razón suficiente –deducido de la ley de derivación–.

- Identidad: cuando en un juicio el concepto sujeto es idéntico al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero.
- Contradicción: los juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos.
- Tercio excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos: uno es verdadero y ninguno otro es posible.
- Razón suficiente: que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad.

C. Más allá de las reglas de la lógica formal, en la selección de las pruebas incorporadas debe aplicarse los principios de la psicología: los testigos no se cuentan, se pesan. También deben aplicarse las reglas de la experiencia, que son nociones de dominio común, verdades indiscutibles, que incluye el hecho notorio [GONZÁLES /FIGUEROA].

Se trata, entonces, de controlar la racionalidad del juicio histórico del Tribunal de Apelación, que debe hacer su juicio histórico fundándose en la razón, las pautas normales del comportamiento humano y el manejo de las máximas de experiencia [CORTÉS].

D. Se discute si constituye un vicio de ilogicidad de motivación si existe una notoria y manifiesta –sin lugar a dudas ni a interpretaciones diversas– contradicción, no ya entre varias partes de la motivación, sino entre la motivación y la clara y no opinable realidad procesal, referida a un hecho decisivo para el juicio. La desviación absoluta entre resultancias procesales y reconstrucción del hecho no constituye una prohibida indagación de hecho sino un supuesto de contradicción interna del fallo.

Constituyen requisitos necesarios de una contradicción en el relato fáctico de la sentencia:

- i. La contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre el hecho que se afirme y otro que también se sostenga. Se trata de una contradicción en sentido propio, gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implica necesariamente la negación del otro de modo irreconciliable y antitético. No es una mera contradicción ideológica o conceptual.
- ii. La contradicción debe ser insubsanable, pues aun a pesar de la contradicción material, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia. Es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.
- iii. La contradicción debe ser interna, en el hecho probado. No cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. La contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos.
- iv. La contradicción ha de producirse respecto de algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma –con relevancia constitucional–.
- v. La contradicción debe ser esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío que determine la falta de idoneidad del relato para llevar de soporte a la calificación jurídica debatida (STSE 408/2006, de 12 de abril).

Un precepto constitucional puede ser lesionado por:

- Inobservancia: omisión en su aplicación. No aplicación del precepto en los casos en que debiera aplicarse. El juez no lo considera aplicable al caso juzgado.
- Indébita 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.

### **7.3. 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 la lesión 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 puede 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 art. 150 NCPP, 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 citadas 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 produzcan 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 -jurídicos no pertinentes al lenguaje común, sino reservados para la comunidad jurídica [MARTÍNEZ]. La descripción del hecho se reemplaza por su significación, se utiliza 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).
- B. *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).

- C. *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.
- D. *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 art. 392.4 NCPP, y, de otro lado, las normas pertinentes de la LOPJ, entre ellas, los arts. 38.2 141, 144 y 145. Se trata de respetar un requisito trascendental, cuyo momento procesal se ve materializada al dictarse la sentencia. Es un defecto en los presupuestos procesales y en la composición del órgano sentenciador [MONTON 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 NCPP: 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 art. 229.3 NCPP 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 en 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 art. 524.1 del Código Italiano de 1930, que incluyó en el término tanto aquellas normas que sirven para la aplicación de la ley penal –y principalmente, las que, aun teniendo carácter civil o administrativo, integran normas penales que son en sí mismas incompletas y, por ello, inaplicables sin la integración: “normas penales en blanco”–, como aquellas otras que deben observarse con ocasión de la aplicación de la ley penal –principalmente, a causa de la acumulación fundada en la conexión de la acción civil: las normas del derecho civil que regulan las obligaciones *ex delicto*– [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

La denuncia de este motivo casacional requiere que exista una adecuada correlación entre el precepto procesal que se alegue para amparar este recurso, el precepto sustantivo infringido y el fundamento que se exponga para defenderla tesis que se argumenta, todo lo cual implica además la necesidad de explicitar y fundamentar suficientemente la mencionada correlación.

Por lo demás, en este apartado resulta imprescindible el respeto a tres criterios básicos: **1.** El recurso debe dirigirse contra el fallo, y no contra los fundamentos de derecho; **2.** No debe entremezclarse la aplicación indebida de un precepto sustantivo con la interpretación errónea, pues son cuestiones diversas que precisan de formulación separada; **3.** No cabe plantear cuestiones nuevas no aducidas en segunda instancia, pues de lo contrario se quebrantarían los principios de igualdad, contradicción, lealtad y buena fe [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO], salvo que los presupuestos de la impugnación novedosa consten entre los hechos probados en la sentencia cuestionada, de modo que pueda considerarse que forma parte de la voluntad impugnativa expresada por la parte recurrente (STSE de 30-03-00).

Es de referirse a una posible causa de desestimación aún 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 *index 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 art. 433.3 NCPP 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 arts. 22, 80.4 y 116 LOPJ, y el art. 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 art. 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 art. 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 13-02-01 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 autorizado 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 (art. 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 art. 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 aplica 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 revisar, es decir, por emplear todos los medios para revisar de lo que sea posible examinar. El único límite de lo no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación.

La jurisprudencia española, por su lado, ha señalado que en todo lo relacionado con las pruebas practicadas y su valoración, el recurso de casación tiene la función de declarar la correcta aplicación de la ley y solo puede tener por objeto: **a)** problemas de interpretación de la ley; **b)** problemas de subsunción del hecho; **c)** problemas de determinación del hecho que no requieran una repetición de la prueba bajo la aplicación de los principios de oralidad e inmediación. Las cuestiones de hecho solo pueden objetarse en casación **a)** que el Tribunal de instancia en su razonamiento ha infringido las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, o ha desconocido los conocimientos científicos; y, **b)** exponiendo de qué manera el razonamiento infringe o se aparta de lo antedicho [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA].

Lo expuesto permite afirmar que la casación penal, así entendida, cumple con las exigencias del derecho al recurrir el fallo condenatorio de segunda instancia que revocó el absolutorio de la primera instancia, ya que instituye un recurso efectivo, eficiente y adecuado que garantiza la doble conformidad, siempre y cuando se invoque para su admisibilidad y procedencia, a partir del Caso Mohamed, la casación excepcional (art. 427.4 del NCPP), 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 (art. 429.1 y 4 del NCPP). 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 ca-



sación; 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 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: inmediatez [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 revisarse por carecer del principio de inmediatez [ALCÁZAR].

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 –mas 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 art. 14.5 del PIDCP. Frente a esa omisión del legislador del NCPP, 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 art. 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 dejado 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 aún 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. Tramitación**

### **9.1. Aspecto básico**

El procedimiento casatorio aparece estructurado en torno a tres grandes fases: interposición, sustanciación y decisión.

### **9.2. Fase de interposición**

Consta de tres pasos: acto de interposición, calificación y elevación.

#### **9.2.1. Acto de interposición**

Presenta tres notas: el recurso puede interponerse por escrito y en el plazo de 10 días (arts. 405.1b y 414.1a NCPP). También puede interponerse oralmente

en la audiencia (arts. 401.1, 405.1 b y 425.6 NCPP), 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 art. 414.1a NCPP; como se trata de un plazo más lato se impone al de cinco días fijado en el art. 405.2 NCPP, que lo condiciona a “disposición distinta de la Ley”.

Las formalidades son las generales de todo recurso impugnatorio, previstas en el art. 405 NCPP. En lo específico, el art. 430.1 NCPP 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 art. 405 NCPP, puede ser subsanada dentro del plazo judicial que fije el Tribunal.

Rige, por consiguiente, el principio de unidad de alegaciones, en cuya virtud se debe invocar con precisión el motivo de casación. El planteamiento de la pretensión casacional exige una exposición razonada de la argumentación correspondiente en el escrito de interposición o de formalización en su caso. Sin embargo, si se apreciare una falta de mención específica a un motivo que puede derivarse de la argumentación propuesta, para evitar caer en desproporción entre el aludido principio y la sanción de inadmisión, es posible –según los casos– disponer que el recurrente subsane la omisión o entender, derivado de su texto, que un motivo concreto ha sido invocado y tratarlo como tal [CONDE PUMPIDO].

### 9.2.2. Acto de calificación

La calificación por la Sala Penal Superior, conforme al art. 430.2 NCPP está condicionada al cumplimiento de dos tipos de presupuestos: **1.** Los fijados en el art. 405 NCPP: legitimación para recurrir, gravamen, plazo, modo, lugar, objeto impugnado (art. 404.1 NCPP), y motivación genérica (precisión de los puntos objetados, motivación del recurso y pretensión impugnativa); **2.** Invocación de los motivos previstos por la ley: art. 429 NCPP. Cuando se invoque el apdo. 4 del art. 427 NCPP 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 “co-partes” podrán adherirse al recurso de casación interpuesto, cumpliendo con las formalidades correspondientes: art. 404.4 NCPP. 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, aún 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 fundamen-

tos, 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.

### **9.2.3. 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.

## **9.3. Fase de sustanciación**

Consta de cuatro pasos: traslado, juicio de admisión, alegatos ampliatorios y audiencia.

### **9.3.1. 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 (art. 430.5 CPP).

### **9.3.2. 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 art. 428 NCPP. En esa norma constan supuestos a los que no puede referirse el Tribunal Superior en su calificación (art. 430.2 NCPP): 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 art. 428.3 NCPP. Esta segunda resolución se expide sin trámite previo: no requiere vista de la causa, ni se aceptan por consiguiente informes orales.

### 9.3.3. 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].

### 9.3.4. 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, art. 449, por ejemplo, se permite ofrecer y actuar pruebas para determinar el quebranto a la ley procesal o demostrar un vicio procesal.

## 9.4. Fase de decisión

Consta de tres pasos: deliberación, audiencia de lectura de la sentencia de casación y la sentencia casatoria propiamente dicha.

### 9.4.1. 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 (arts. 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 (art. 409.1 NCPP).



### 9.4.2. 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.*

### 9.4.3. 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 art. 396.2 CPC (Casación Civil, Sentencia n.º 148-94/Lima).

A veces puede dictarse una sentencia de rectificación (art. 432.3 NCPP). 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 alcanzarse la nulidad cuando el vicio se concreta al daño material [DE LA RUA].

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 (art. 435 NCPP).

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 ela-

borarse 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 art. 426.2 NCPP). 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].

## 10. 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 art. 433.3 NCPP. 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.

## 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 (art. 437 NCPP). 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 art. 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 inadmisibles el recurso, no cabe tal recurso (Casación Civil, Queja n.º 198-95), sino el recurso de reposición.

## 2. Tramitación

### 2.1. Acto de interposición

El art. 438 NCPP, implícitamente, estipula que el recurso se interpone por escrito: esa es su forma, según la regla general del art. 405.1b NCPP. 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 art. 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 art. 414.1c NCPP 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 (art. 403, § 2 y 3, CPC; art. 438.2 NCPP). 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 art. 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 art. 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 art. 410.2 NCPP. 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 art. 410 NCPP.

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 NCPP, siguiendo la línea tradicional del proceso penal nacional, aceptó la revisión de sentencias firmes de condena a favor del reo (art. 439 NCPP). Como se sabe, la cosa juzgada prioriza el valor seguridad jurídica –que da pie al principio de verdad formal– al excluir un ulterior proceso penal cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo. Empero, atendiendo al valor justicia material –que se deriva de la verdad histórica de los hechos enjuiciados y



de la rectitud de su enjuiciamiento [CALDERÓN/CHOCLÁN]– reconoce la posibilidad de impugnar una sentencia firme, de eliminar su eficacia y posibilitar un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto procesal, a partir de un entendimiento de su carácter excepcional y restrictivo.

## **1.2. Fundamento, definición, notas esenciales y principios**

### **1.2.1. Fundamento**

La revisión –en tanto medio de rescisión de sentencias firmes– no se sustenta en la existencia de nulidades procesales en la sentencia o en el procedimiento que la precedió. Tampoco se basa en errores en el acto del juzgar, en el fallo, a partir de los materiales probatorios aportados al proceso; no entra a discutir si la sentencia fue correcta o incorrecta.

Su fundamento radica en la necesidad de reforzar la consolidación y preservación de derechos y principios tales como los de defensa, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva [DÍAZ]. A partir de allí, mediante la revisión, se procura, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, que la sentencia pueda rescindirse por ser esencialmente injusta [CORTÉS], pero ha de basarse en otros hechos, actos o elementos de prueba –distintos del material de conocimiento apreciado por el Tribunal–, de tal entidad que, de haber constado en la causa, el resultado habría sido distinto [GÓMEZ ORBANEJA].

### **1.2.2. Definición**

Es una acción de impugnación autónoma, que se puede interponer sin limitación de plazo y da lugar a un proceso especial, de naturaleza excepcional y restrictiva, sustentada exclusivamente en motivos específicamente tasados por la ley que evidencien la injusticia de una sentencia firme de condena y tiende, por ello, a que prevalezca sobre ella la verdad material –apunta, en consecuencia, a rescindir sentencias condenatorias firmes –formal y materialmente válidas–, pero injustas.

El art. 444.1 NCPP, 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 conse-

cuencia 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 NCPP 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 50-2004/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– (art. 439, § I, NCPP). 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 (art. 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 [CLARÍA] 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 art. 440 NCPP reconoce a los que están legitimados para instar al órgano jurisdiccional la demanda de revisión –promoción es equivalente a interposición–. El NCPP 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 legítimo 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 art. 440 del NCPP 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 art. 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. (N CPP) N° 150-2014/Ancash].

## 2.2. Órgano judicial

El sujeto de la decisión varía según se trate del juicio rescindente o del juicio rescisorio. En el primer caso, es la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 441.1 NCPP). En estos casos el NCPP –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 art. 439 NCPP 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 NCPP 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 un determinada interpretación de la ley– (art. 439.6 NCPP). 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 (art. 439.3 y 5 NCPP); y *ex capite novorum o propter nova*: nuevos hechos o pruebas favorables al condenado (art. 439.1, 2 y 4 NCPP); 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 perjuro, documento falso o adulterado, acta inválida que contiene datos inexistentes, etc.). Ahora bien, lo central es que se trata de un elemento de prueba que fue decisivo para la condena, esto es, comprende todos los casos en que, mediante un juicio razonable de probabilidad, puede afirmarse que, de no haberse producido tales situaciones –falsedad, falsificación, invalidez o adulteración– la condena anterior no habría tenido lugar [GIMENO]. No hace falta, como en otros Códigos, que esta situación haya merecido una condena firme; la falsedad, adulteración, etcétera, determinante del fallo condenatorio, puede y debe demostrarse en el procedimiento de revisión.

El art. 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. NCPP (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. NCPP (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. NCPP (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, coaccio-

nes) 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 NCPP, debe cumplir –en tanto aporte técnico presentado con la intervención de un abogado– un conjunto de requisitos legales, que han sido establecidos en el art. 441 NCPP. 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 art. 441 NCPP 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 NCPP.

## 4.2. Acto de calificación

### 4.2.1. Juicio de admisibilidad y de procedencia

El art. 443, apdo. 1, del NCPP, 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 arts. 426 y 427 del Código Procesal Civil, por ser la Ley procesal común [Rev. Sent. (N 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 art. 443.1 NCPP, 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 art. 4414 NCPP 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 art. 146 NCPP—. El incumplimiento de este requerimiento, determina el rechazo de la demanda por inadmisibilidad y el archivo de las actuaciones (art. 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. (NCP) 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 salvado 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 art. 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 expuestos en la demanda no guarda relación o son incompatibles 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 art. 442 NCP 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 art. 443 NCPP 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, auto-suficiente 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 art. 120 NCPP.

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 (art. 443.3 NCPP), 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 (art. 443.5 NCPP).

#### 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 art. 444.2 NCPP, 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 art. 444.3 NCPP, 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 art. 487 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

## VI. LA NULIDAD DE ACTOS Y DE ACTUACIONES

### 1. Aspectos generales

#### 1.1. Definición y vías procesales

##### 1.1.1. Definición

La nulidad es un remedio procesal, distinto del recurso impugnatorio o de la acción de impugnación, que tiene por objeto la revisión de la actividad procesal cuando presenta irregularidades estructurales determinantes de su ineficacia —por eso es que se sostiene que cumple la misma finalidad esencial que un medio de impugnación— [VESCOVI].



Desde otra perspectiva, es de concebir la nulidad como una sanción procesal que priva de eficacia o efectos un acto procesal por no haber observado los presupuestos —circunstancias fácticas o jurídicas, independientes, anteriores y externas al acto mismo— o los requisitos —circunstancias coetáneas al acto, también trascendentes en el orden jurídico— que lo regulan y que constituyen garantía de los derechos de los justiciables. Los elementos estructurales que pueden ser afectados por vicios causantes de pérdida de sus efectos legales, están referidos a:

- A. Los *sujetos*, que actúan procesalmente. Su actuación se aprecia dos ejes relevantes: (i) la aptitud: capacidad y legitimación procesal, de un lado, y competencia, de otro; y (ii) la voluntad de actuar—.
- B. El *objeto*, desde su idoneidad para producir efectos, su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia entre contenido y forma.
- C. La *actividad*. Comprende la forma, el tiempo y lugar de realización del acto procesal.

### 1.1.2. Vías procesales

El problema inicial que presenta esta institución procesal, sin embargo, son las vías o los modos tendientes a obtener la nulidad de actos procesales.

El art. 382 CPC precisa que la nulidad de actuaciones se puede intentar mediante un recurso ordinario —en tanto la resolución impugnada contenga vicios referidos a la formalidad correspondiente—, como sería el de apelación. Obviamente, también se puede proponer a través del recurso de casación. Fuera de los recursos, solo es posible hacerlo, en vía incidental, de oficio para las nulidades absolutas o insubsanables, y a instancia de parte mediante una solicitud de nulidad de actuaciones procesales por defectos absolutos o relativos (arts. 149 y 151.2 NCPP).

El límite para la nulidad de actos procesales, en tanto nuestro ordenamiento solo acepta la vía incidental, se encuentra en la expedición de la sentencia definitiva, siendo de incluir, analógicamente los autos equivalentes, esto es, los que ponen fin a la instancia, como el de sobreseimiento. El cuestionamiento de nulidad, en este último caso, como estipula el art. 176 CPC, solo podrá realizarse a través del recurso de apelación o del recurso de casación, según se trate de sentencia de primera instancia o de vista.

El NCPP sigue esta misma vía legal. El art. 151.4, último extremo, NCPP establece que la nulidad no podrá ser alegada “luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia, o si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de

la sentencia de la instancia sucesiva”. El NCPP, entonces, clausura la posibilidad de presentación de la demanda incidental y la propia anulación *ex officio* una vez que la causa está expedita para resolver, con el llamamiento correspondiente o el paso a la deliberación. Se entenderá que si la causa está en segunda instancia o en casación, la demanda de nulidad se circunscribe a lo sucedido en el procedimiento recursal en la sede del Tribunal Ad Quem. Iniciado el paso de deliberación solo cabe reclamar la nulidad mediante el recurso impugnativo legalmente previsto.

### 1.1.3. Límite definitivo

Existe, en consecuencia, una regla en esta materia, sustentada en la preclusión: expedida sentencia –en rigor, clausurado el debate y abierta la subfase de deliberación– no puede intentarse –deducibilidad y denunciabilidad– artículos o incidentes de nulidad de actuaciones. Tras la expedición de la sentencia –se entiende, ‘definitiva’, que es aquella que pone fin a una instancia– quedan, en principio, subsanados todos los posibles defectos que puedan existir en el proceso [GIMENO/DIAZ].

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].

## 1.2. Regulación

La nulidad de actuaciones está regulada en el Libro Segundo “La actividad procesal”, concretamente en la Sección I “Preceptos Generales”, Título III “La nulidad”: arts. 149/154 NCPP.

El NCPP reconoce el principio o presupuesto de taxatividad o especificidad de la nulidad procesal (art. 149 NCPP). Define el concepto de nulidad

absoluta, identificando los supuestos de su declaración *ex officio* (art. 150 NCPP). Precisa el alcance de la nulidad relativa y de los defectos que la rigen: son los defectos no absolutos, a la vez que determina la petición de parte a través de la formación de un incidente de nulidad de actuaciones (art. 151 NCPP). Detalla los casos de convalidación y saneamiento de los defectos de las actuaciones procesales (art. 152 NCPP). Incorpora las reglas del saneamiento de los defectos procedimentales y precisa los efectos de la nulidad (arts. 153 y 154 NCPP).

Cabe insistir, de un lado, que en estas normas no se regula la anulación y rescisión de las resoluciones judiciales que dan lugar normalmente a los recursos impugnativos ordinarios y extraordinarios estatuidos en el NCPP y cuyo objeto es decidir si fundamentalmente la resolución se adapta o no a la ley y, en consecuencia, si debe ser o no anulada o rescindida por una violación de las normas jurídicas aplicables; y, por otro lado, que las normas en cuestión se circunscriben a lo que puede ser entendido como nulidad formal de los actos procesales y por las causas que ellas contemplan [CORTÉS].

## 2. Supuestos de ineficacia de actuaciones

### 2.1. El principio de taxatividad

El art. 149 NCPP establece que toda inobservancia de las disposiciones formales, que guían la estructura de los actos procesales, es causal de nulidad “solo en los casos previstos por la Ley”. Esta norma consagra el principio de taxatividad o, mejor dicho, 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 un prohibición o condición legal, por lo que carece de valor legal todo acto que ofenda la Ley imperativa o prohibitiva [LEDESMA NARUDEZ].

El NCPP utiliza el sistema de nulidades específicas y genéricas —la diferencia solo radica en el modo como se expresa la nulidad [LEONE]—. La nulidad específica está referida a aquellos actos cuya irregularidad obedezca a vicios que expresamente se encuentran amenazados por la ley con dicha sanción o cuando expresamente menciona, como efecto, su pérdida de eficacia —que es la consecuencia jurídica de la nulidad—. Así tenemos, por ejemplo, en los casos del acta de diligencias (art. 121.1 NCPP), de la notificación defectuosa (art. 131.1 NCPP),

del auto sobre medidas de coerción que omite determinadas exigencias (art. 254.2 NCPP), del plazo para emitir la sentencia conformada (art. 372.2 NCPP). La nulidad genérica está reglada en los arts. 150 y 151.1 NCPP e importa una flexibilización del principio en cuestión, pues se hace referencia a determinadas infracciones, puntualmente enumeradas, que por su entidad producen la ineficacia de los actos procesales; se trata de grandes directrices generales en las cuales el juez debe encuadrar el caso concreto.

## 2.2. Clasificación de las nulidades

De los arts. 150 y 151 NCPP se advierte que el legislador procesal ha reconocido dos clases de nulidades: absolutas y relativas, bajo el criterio de la entidad del defecto estructural que presente el acto procesal en cuestión. Se distingue, pues, dos grados de ineficacia. Tienen en común ser fenómenos de antijuridicidad de actos o actuaciones de carácter procesal.

Si bien la doctrina procesalista agrega los supuestos de inexistencia y de anulabilidad, es posible sostener que la última se confunde con la nulidad relativa, y la primera está asociada a las mismas consecuencias que la nulidad absoluta.

- A. La *inexistencia* se produce cuando faltan los presupuestos esenciales para el nacimiento del propio acto procesal, que por consiguiente no ha llegado a formarse, dándose una simple apariencia del acto. Sus supuestos son sumamente limitados. Así, afectan al titular del órgano jurisdiccional: proceso seguido ante un particular; al objeto del proceso –sentencia dictada sin audiencia de las partes–; a la forma esencial de realización del acto –acto de parte realizado fuera de la presencia del juez–; entre otros ejemplos.
- B. La *anulabilidad* se produce cuando pese a su realización defectuosa, el acto produce plenamente sus efectos mientras no sea impugnado dentro de un plazo preclusivo determinado. El ejemplo típico es la incompetencia territorial, recusación, incongruencia, actas defectuosas, los que permiten el consentimiento de las partes, sea expreso o tácito [SERRA].

## 2.3. Nulidad absoluta o insubsanable

### 2.3.1. Concepto

Es un fenómeno de ineficacia ligado a la antijuridicidad consistente en la ausencia de presupuestos o en el incumplimiento de requisitos jurídicos de espe-

cial relevancia –se refieren a actos fundamentales del proceso y a la intervención de sujetos esenciales [CREUS]–. La ineficacia que le es propia afecta no solo el acto defectuoso, sino que se eliminan los efectos hayan podido producirse desde el momento en que el acto se llevó a cabo hasta la declaración de nulidad absoluta. Es la denominada eficacia *ex tunc* de esta declaración. Esta nulidad comporta, en principio, su declaración de oficio y no solo a instancia de parte –deducibilidad de quien quiera que participe en el proceso–, así como la inexistencia del plazo para declararla o, a lo sumo, en aras de la seguridad jurídica, la prescripción de algún plazo amplio [DE LA OLIVA]. Esto último se explica porque está en correspondencia con una norma de derecho necesario, es una fuerza tutelar que actúa mientras dura el proceso y cuida de que las normas esenciales no se violen [FLORIÁN].

### 2.3.2. Motivos de nulidad absoluta

El art. 150 NCPP, de fuente italiana, en primer lugar, precisa que la denuncia de defectos insubsanables procede de oficio o a solicitud de parte. El principio de bilateralidad exige, si el órgano jurisdiccional advierte la presencia de un defecto insubsanable debe, previamente, anunciarlo a las partes y otorgarles la oportunidad para que se pronuncien al respecto, luego de lo cual –a la luz de las alegaciones de estas– dictará el auto que corresponda.

Son cuatro las causas o motivos de nulidad absoluta. Se trata de los defectos concernientes:

- A. A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia. Todos aquellos actos procesales que imperativamente demanden o en los que intervenga el imputado y su defensor necesitan, bajo sanción de nulidad, de su presencia. Este apartado se refiere, en primer lugar, al pleno ejercicio del derecho de defensa y tiende a materializar en forma efectiva la garantía de defensa procesal; rechaza que el imputado se vea limitado en el ejercicio de actos de presencia, notificación, o imputación, y pueda conocer el cargo que se le hace –la nulidad se verifica, no por la falta de intervención del imputado, sino por la no observancia de las disposiciones que tienden a asegurar dicha intervención [LEONE]–, a la vez que tener la posibilidad de ser oído y de poder alegar en su defensa. En segundo lugar, a la participación del defensor en los actos en que la ley lo autoriza: estar junto al imputado cuando esté presente o actuar en lugar de él cuando está ausente. En tercer lugar, a la representación del imputado legalmente

necesaria y para casos legalmente determinados, en la cual la norma la autoriza o la impone. La prestación de asistencia tiene lugar frente a un imputado presente, la representación cuando el defensor interviene en determinados actos procesales sin estar presente el imputado [FLORIÁN].

- B.** Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o salas. En cuanto al nombramiento, la norma se refiere al procedimiento que regula la designación de los jueces: requisitos para ser juez y procedimiento de nombramiento –regulado por la Constitución, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y la Ley de la Carrera Judicial–. En lo atinente a la capacidad del juez o de la sala, se relaciona con la aptitud para el ejercicio de la función, esto es, con los aspectos formales que hacen a la habilitación del legal desempeño en general, con la vinculada a su posibilidad de actuación en el caso concreto o con las condiciones mínimamente exigibles para el desempeño de aquella (Cámara Nacional Penal Económica, Argentina, Sala B, Sentencia de 22-05-98).

En lo concerniente a la constitución del órgano jurisdiccional, se circunscribe a las normas que regulan, por un lado, todo lo relacionado a su integración como órgano jurisdiccional –o composición, número de integrantes, forma de sustitución, intervención en la deliberación, grado e identidad física– y, por otro, a las que contienen disposiciones dirigidas a consolidar su adecuado funcionamiento: presencia e integración de los jueces en órganos colegiados, debida competencia –objetiva y funcional– y necesaria imparcialidad de los mismos, aunque en los dos últimos supuestos ejemplificativos el NCPP prevé mecanismos procesales propios para hacerlos valer: cuestiones de competencia y recusación, en cuyo ámbito normativo se fijan los efectos de su incumplimiento, de suerte que solo en vía supletoria será del caso acudir a las disposiciones comentadas y solo para la determinación de la ineficacia de los actos realizados.

La nulidad se produce solo cuando la violación del conjunto de disposiciones aludidos, se haya verificado por obra del oficio judicial [LEONE].

- C.** A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria. La correcta persecución procesal de los delitos determina que la infracción de las normas que prescriben los casos en que debe intervenir el fiscal o no debe hacerlo –delitos privados y delitos semipúblicos, siempre que no se haya recabado la autorización del ofendido–, se sancione con la nulidad

de las actuaciones –el NCPP regula la cuestión previa, precisamente, para controlar el correcto ejercicio o promoción de la acción penal, de suerte que las normas sobre nulidades se aplican supletoriamente para determinar el efecto de la infracción detectada–. Asimismo, las normas que regulan la intervención del Ministerio Público se refieren, por un lado, a las reglas que rigen la constitución y organización del Ministerio Público; y, por otro, las disposiciones singulares acerca de la intervención del fiscal en los actos procesales, cuando reclaman su participación obligatoria [DESIMONI/TARANTINI].

- D. A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución. Se refiere al desconocimiento por el órgano jurisdiccional en los casos que haya actuado de las normas que integran la legalidad constitucional y repercuten directamente en el proceso –desde luego, por existir motivos expresos de nulidad en la norma analizada (art. 150, a, b y c NCPP), con exclusión de aquellas estipuladas en la Ley Procesal Penal, aunque tampoco puede descartarse su relevancia constitucional–. Los preceptos constitucionales con relevancia procesal tienen la naturaleza de normas de garantía, tanto para las partes como para el propio proceso, por tanto no puede faltar la sanción procesal cuando se infringen esas normas-garantías [PELLEGRINI]. Funcionan como pautas normativas de contralor de validez o invalidez de actos del proceso penal [PESSOA].

La apreciación de este motivo de nulidad requiere: 1. Individualizar las normas constitucionales concernidas, que son aquellas que regulan en definitiva, de un lado, un derecho fundamental y, de otro, un principio o garantía constitucional del proceso (debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia). 2. Acreditar, como consecuencia de la vulneración constitucional, la producción de una efectiva indefensión en alguna de las partes; esto es, la inobservancia del precepto constitucional ha de menoscabar el derecho a intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto concernido, así como el derecho a realizar alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el juez la situación que se cree preferible, y el derecho de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones. Sin indefensión, prevalece el principio de la conservación de los actos o el de la convalidación de ellos. La casación civil ha precisado, al respecto, que

los vicios que violan el debido proceso y generan indefensión deben ser de tal trascendencia, que de no haberse producido, el resultado habría sido otro (Sentencia n.º 163-98/Lambayeque).

La nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones, complementado con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos (STSE de 02-10-98).

#### 2.4. Nulidad relativa o subsanable

No existe un precepto específico que delimite expresamente los motivos o causas que pueden dar lugar a la nulidad relativa. En todo caso, ha de tenerse en cuenta, para determinar su ámbito, y por exclusión, los motivos o causas del art. 150 NCPP y las previsiones de las normas que incorporan nulidades específicas. De esta manera, se trata de preceptos –bajo una vaga referencia incorporada en el apdo. 1 del art. 151 NCPP– que pretenden finalidades no esenciales o que protegen bienes jurídicos e intereses legítimos de importancia menor [DE LA OLIVA], en tanto importen vulneración de cláusulas prohibitivas de la ley. Se han establecido principalmente en interés de las partes, a los fines de evitar los perjuicios que podría ocasionarles la irregularidad procesal [CLARIÁ]. Con las reservas del caso, se podrá sostener: (i) que el incumplimiento del requisito del tiempo puede generar solo nulidad relativa en atención a la no esencialidad del requisito en cada caso, condicionándolo por tanto a la naturaleza del término o plazo; y (ii) que los actos de parte que carezcan genéricamente de los requisitos legales, siempre que no envuelvan garantías básicas o que su finalidad sea accidental o secundaria y según determinen, o no, indefensión.

A la nulidad relativa se asocia, en primer lugar, el incumplimiento de aquellos requisitos del acto procesal sobre los que las partes tienen facultades dispositivas; y, en segundo lugar, tres características derivadas: (i) no se pueden apreciar de oficio, (ii) es necesario una solicitud de nulidad de la parte perjudicada –lo que da lugar a un incidente de nulidad–, y (iii) puede perderse la posibilidad de pedir la anulación por preclusión o por consentimiento [ORTELLS].

La declaración de nulidad relativa surte efectos *ex nunc*, lo que significa que la ineficacia se produce únicamente desde el momento de la declaración; se trata de una anulación y no de la declaración de una preexistente nulidad [DE LA OLIVA].



## 2.5. Presupuestos de la nulidad

Constatada la existencia de una irregularidad estructural en la formación de un acto procesal –situación de hecho– y sobre la base de la ya abordada regla de especificidad –de interpretación estricta–, inherente a toda nulidad –y salvo el sistema de nulidad expresa–, se agregan cuatro reglas adicionales, necesarias para su declaración: **1.** Trascendencia. **2.** Protección. **3.** Subsanción. **4.** Conservación.

### 2.5.1. Trascendencia

El acto procesal que se aparta del derecho objetivo ha de haber ocasionado un concreto perjuicio de indefensión, afectado un interés tutelable –*pas de nullité sans grief*–. Las nulidades no existen en el mero interés de la ley, deben acarrear un perjuicio concreto y evidenciado. Por causa de la inobservancia de la ley debe aparecer perjudicado un interés jurídico o facultad de quien la alega [CLARÍA]. Así se pronuncia el art. 151.4 NCPP: “La nulidad no podrá ser alegada por quien [...] no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada”. Esa misma línea recoge el art. 174 CPC, lo que ha permitido afirmar a la casación civil que quien formula el pedido de nulidad debe acreditar estar perjudicado con el acto viciado, señalando claramente el daño sufrido y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia del acto procesal cuestionado (Sentencia n.º 576-2000/Lima).

En consecuencia, la parte que lo invoque, como requisito de admisibilidad, no solo debe indicar las disposiciones vulneradas sino, fundamentalmente, la existencia de un perjuicio concreto –cierto e irreparable–, que se traduce en defensas efectivas que no pudo utilizar –la legitimación corresponde a las partes y en función a sus propios intereses–. La exigencia de indefensión viene recogida como presupuesto material de la nulidad, por ejemplo, por la STEDH de 06-12-88. Se busca, a través de la nulidad, subsanar perjuicios efectivos ocasionados a las partes, no satisfacer pruritos formales. Sin agravios probados no hay nulidad. Esta sirve para corregir o remediar ese menoscabo (Casación Civil 5131-2007/Lima, de 10-04-08).

Las nulidades de oficio presuponen, en principio, un interés afectado, de ahí su calidad de tal y su expresa mención en la ley. Empero, será del caso analizar, caso por caso, si su declaración representa, o no, una ventaja para el reconocimiento de derechos para las partes intervinientes, o sirven para salvar un error procesal que tiene repercusión directa en el proceso (Sen-

tencia, Sala Constitucional de Costa Rica, n.º 3169-93, de 06-07-93). Con la declaración de nulidad, incluso las que presentan defectos absolutos, no puede afectarse el interés de la parte cuya garantía se ha vulnerado: ese es su límite constitucionalmente razonable.

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).

### 2.5.2. Protección

Es una regla de carácter negativa. El afectado no ha de haber ocasionado la nulidad o concurrido a causarla (art. 151.4 NCPP), de suerte que se 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].

Esta regla se sustenta, según se ha dejado sentado, en el principio de moralidad procesal. En su sentido amplio esta regla significa que quien alega el vicio puso en existencia los elementos indispensables o concurrentes para que se verifique la nulidad [LEONE].

La jurisprudencia constitucional española, asumiendo este presupuesto, tiene expuesto que aún 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 negligente (STCE 57/1998); (ii) cuando se deba a una actuación desacertada, equívoca, errónea u omisiva de quien pretende la declaración de nulidad (STCE 101/1990); (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].

### 2.5.3. Subsanación

Esta regla, también de carácter negativa, implica la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto [ALVARADO VELLOSO]; está orientada a subsanar los vicios de los actos procesales sea por el transcurso del tiempo, por voluntad de las partes, o por una decisión judicial [LEDESMA NARVAEZ]. Comprende todas aquellas situaciones en las cuales la nulidad, pese a la existencia del vicio, no puede ser declarada [CREUS]. Es, además, una consecuencia del carácter excepcional y de interpretación estricta de las nulidades del procedimiento, a partir de la cual se admite el saneamiento por la concurrencia de la voluntad de las partes, cuya convalidación abarca las nulidades provocadas por un defecto del acto o en su incorrecta ubicación en las secuencias preordenadas del proceso [VILELA].

La subsanación se efectúa de varias maneras, según las referencias contempladas en los arts. 152 y 153 NCPP, y está residenciada mayormente en las nulidades relativas [DI GIULIO].

- A. *Revalidación del acto.* Las partes afectadas —aquellas en cuyo interés se exige la observancia de una determinada formalidad—, conocedoras de la existencia del vicio, lo consienten o aceptan expresa o tácitamente —aquiescencia—, a cuyo efecto se deja precluir el plazo para impugnarlo o no insten su saneamiento. Así lo dispone el art. 152.1a NCPP. Es de carácter omisiva, pues opera al producirse la preclusión por inactividad o renuncia del legitimado para deducirla.
- B. *Actuación de conformidad con el acto viciado.* Respecto del anterior, es una expresión positiva de esta regla, que reconoce las exigencias de firmeza y efectividad en los actos procesales, a la vez que propende a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos [CONDORELLI]. Importa, de parte del afectado, algo más que el cumplimiento o acatamiento del acto viciado, sino la realización de una determinada conducta en acatamiento a lo dispuesto o actuando con vicio. Así lo prescribe el art. 152.1b NCPP.
- C. *Finalidad cumplida del acto viciado.* Es un concepto que, propiamente, hace a la utilidad de la declaración de nulidad del acto procesal, no al concepto de la misma. Como prima el resultado sobre el medio, no cabe la declaración de nulidad de un acto defectuoso cuando, pese a la infracción que entraña, ha cumplido acabadamente con su finalidad —todo acto procesal tiene una finalidad, y si esta finalidad se ha conseguido en cuanto a todos los interesados, es evidente que la irregularidad carece de importancia [MANZINI]; así ha sido estipulado por el art.

152.1c NCPP, criterio de convalidación legal que debe entenderse con carácter general y, por tanto, generalizable [BERTOLINO]-. Es así que la casación civil tiene establecido que la validez de los actos procesales debe juzgarse atendiendo a la finalidad que en cada caso concreto estén destinados a conseguir, por lo que no procede la nulidad cuando aún siendo defectuosos hayan logrado cumplir su objeto; sin embargo, debe cuidarse además que la forma infringida no afecte el derecho de defensa de la otra parte, pues de infringirse este, el acto procesal, pese a haber cumplido su finalidad, no podría convalidarse y sería irremediable la solución de nulidad (Ejecutoria Suprema 1363-1999/Lima, *El Peruano*, de 23-12-99).

Un acto cumple su finalidad cuando, pese a las infracciones formales en que incurrió, no ha obstaculizado el ejercicio de los derechos y facultades procesales de los intervinientes en el proceso [CREUS], la funcionalidad del acto permanece incólume. Se trata, por último, de un supuesto de saneamiento del vicio que opera también con respecto a los defectos absolutos, ya que incluso existiría una falta de interés en su declaratoria [LLOBET].

- D. *Infracciones indiferentes a los fines del proceso.* En estricto derecho no es un supuesto de subsanación [ALVARADO VELLOSO]. Si lo que se exige es que el acto irregular ocasione un perjuicio concreto al proceso y a los intereses de las partes procesales –existencia de indefensión–, cuando este, causalmente, no está en condiciones de hacerlo, no es de recibo anularlo. Así consta en el art. 152.2 NCPP.
- E. *Sustitución del acto viciado.* No es un supuesto de subsanación. Se trata, en verdad, de un verdadero remedio de la nulidad en cuanto sirve para reparar los vicios de los actos y para eliminar las consecuencias nocivas [CARNELUTTI]. En esa virtud, para asegurar la continuidad del proceso, el art. 154.2 NCPP establece que –como es obvio, de oficio o a instancia de parte– los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto –cumplir nuevamente el acto en su integridad–, rectificando el error –corregir las irregularidades incurridas, sustituyendo o completando el mismo– o cumpliendo con el acto omitido.

El respeto a “la tutela jurisdiccional autoriza esta posibilidad de subsanación de defectos procesales, por omisión o por defectuoso cumplimiento; que lo subsanable se subsane es un principio jurídico. En esta perspectiva, es evidente, en primer lugar, que la omisión es

un caso típico de subsanación –se trata de defectos de actos y, como tal, es posible, en principio, su realización ulterior, llevando a cabo los comportamientos omitidos–; en segundo lugar, que los defectos relativos al tiempo de los actos fijado por una norma que establezca término o plazo para realizarlos, son insubsanables, a no ser que puedan realizarse dentro del requisito temporal de plazo o de término; y, en tercer lugar, que fuera de lo anterior, los demás defectos resultan subsanables, determinados en atención a la materia de que se trate y a la importancia tanto del acto en el conjunto del proceso, como del requisito que se establezca, siempre que revele voluntad de cumplimiento del requisito inobservado [DE LA OLIVA].

La realización del acto omitido, y la renovación o rectificación del acto defectuoso se realizará siempre y cuando el acto sea necesario e importante para el proceso, a la vez que sea posible jurídica –por lo general, problemas de caducidad– y materialmente –imposibilidad de presencia de un órgano de prueba o desaparición de una sustancia para realizar la pericia– [CLARÍA].

La renovación del acto, en los casos en que es posible, conforme al art. 153.2 NCPP, tiene un límite infranqueable en la preclusión. Las etapas procesales clausuradas no pueden reabrirse, la preclusión es definitiva. La noción de imposibilidad jurídica es central en este ámbito. La excepción de esta regla está en las anulaciones acordadas como consecuencia de aceptarse los motivos por infracción procesal en los recursos de apelación y casación contra sentencias o autos de sobreseimiento, que disponen el reenvío de las actuaciones.

De otro lado, conforme al art. 172, § 3, del CPC, existe la denominada “convalidación tácita”. 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 (Casación Civil n.º 733-2008/Moquegua, de 02-04-08).

Finalmente, el principio de convalidación, en lo pertinente, no opera para actos inexistentes, ni tampoco se encuentran afectados por vicios sustanciales, como violencia, fraude, simulación, incapacidad, entre otros. Si el acto no ha existido, no hay nada que sanear. En el caso de los vicios sustanciales (por ejemplo, juez sin título para ejercer la función jurisdiccional), es de recordar que la nulidad no solo está limitada a un solo acto en el proceso, sino a todo el proceso [LEDESMA NARVAEZ].

#### 2.5.4. Conservación

Como 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 acredite 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 en 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 n.ºs 48/1986 y 145/1986]—. Su base se encuentra en el art. VII.3 del Título Preliminar NCPP, en cuanto prescribe que la ley que establezca sanciones procesales será interpretada restrictivamente.

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].

### 2.6. Efectos de la nulidad

#### 2.6.1. Planteamiento

El art. 154 NCPP establece, respecto a los efectos de la nulidad, una regla general y una limitación específica. En primer lugar, estipula que la declaración de nulidad anula todos los efectos del acto en cuestión y de los actos consecutivos que dependen de él (apdo. 1). En segundo lugar, prescribe que la retrogradación de actuaciones tiene como límite la preclusión de las etapas procesales ya cumplidas; así, las nulidades realizadas durante la etapa de investigación preparatoria no pueden reabrir la, y las declaradas en sede de enjuiciamiento no pueden retrotraer el procedimiento a las etapas de investigación preparatoria o intermedia (apdos. 3 y 4).

#### 2.6.2. Declaración y extensión

Debe diferenciarse la anulación del acto o diligencia procesal, del acta que lo documenta. Indudablemente, la anulación del primero tiene la posibilidad de general efectos extensivos hacia otros actos, que individualmente considerados son regulares.

Ahora bien, como el proceso es una concatenación de actos —estos no tienen existencia aislada e independiente, por constituir una cadena lógica y objetiva—, la nulidad —que hace carente de efectos jurídicos el acto viciado— puede comunicarse a los sucesivos que dependan del acto nulo. El carácter difusor o la capacidad difusiva de las nulidades —o su efecto expansivo— se anuda a lo que se denomina “dependencia causal” entre el acto nulo y los demás, es decir, a todos aquellos actos que son consecuencia directa del acto nulo —es lo que se llama “nexo directo e inmediato”: el acto posterior trae su origen exclusivamente del acto nulo y tiene en él su necesario presupuesto lógico o su única razón determinante [MANZINI]—. Solo se excluyen de este efecto los actos procesales independientes —el art. 173 CPC es preciso al respecto: “La declaración de nulidad [...] no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquel”; asimismo, “La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resultan independientes de ella[...]”—. La citada norma, empero, no incluye una disposición como la prevista en el § 2 del art. 172 del Código Argentino que extiende la nulidad a los actos anteriores o contemporáneos conexos con el acto anulado, aunque por la propia naturaleza de las cosas es obvio que el juez está en la disposición de hacerlo. El factor para los actos posteriores es la dependencia, y para los anteriores y contemporáneos es la conexión —significa que la anulación impide que aquellos actos alcancen su finalidad o que el acto anulado consiste en la específica finalidad perseguida por los conexos [CLARIÁ]—.

La declaración de nulidad no se queda en el acto declarativo de la anulación del acto procesal —que es el núcleo de la decisión— y de los que están influidos por él. Para evitar lagunas, y con la finalidad de garantizar la regular marcha del proceso o para proveer la defensa de los intereses comprometidos el órgano jurisdiccional también ordenar —en tanto acto positivo— la renovación o la rectificación del acto, siempre que sea necesario y posible.

### 2.6.3. Límites

Los efectos expansivos de la nulidad tienen un límite preciso: no pueden extenderse a etapas procesales vencidas. La única excepción a este límite general corresponde al poder de anulación por los Tribunales Superiores o Supremo en vía de recurso jerárquico, cuando así corresponda. La legitimidad del reenvío que da lugar a un nuevo juzgamiento, por cierto, está asociada a la vulneración de una forma sustancial del proceso, y al interés constitucional lesionado en relación con su titular o garantizado; en consecuencia, no cabe extender las facultades anulatorias del Tribunal cuando no ha existido culpa del procesado [CARRIÓ]

La regla analizada tiene su fundamento en el respeto de los principios de progresividad y de interdicción de la dilación indebida, basados en el respeto a la seguridad jurídica y a la necesidad de una pronta decisión del conflicto penal, que incluye el derecho del imputado de liberarse del estado de sospecha como consecuencia del procesamiento que padece. En consecuencia, la existencia de un vicio del acto procesal tiene que plantearse antes de que la causa supere la etapa de la que procede; así de clara es la norma del apdo. 4 del art. 154.4 NCPP.

La vulneración de esta regla vulneraría incluso la garantía del *ne bis in idem*.

### **3. Tratamiento procesal de la nulidad**

Tres son las vías que el NCPP reconoce para hacer valer la ineficacia de las actuaciones procesales. Como ya se ha expuesto, existe un límite preclusivo general: la firmeza de las sentencias; o, mejor dicho, “luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, i se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva”: art. 151.4, última frase, NCPP.

#### **3.1. Control de oficio**

La primera vía es el control de oficio, aplicable a las nulidades con defectos absolutos: art. 150, primera frase, NCPP. Incluye actos judiciales como de parte. Para su declaración, según se tiene indicado, se requiere que el juez inste con carácter previo la intervención de las partes frente al posible vicio absoluto detectado, luego de lo cual puede decidir. Constituye una regla fundamental o principio general del derecho en el ámbito del derecho procesal que lo que un tribunal pueda hacer de oficio, siempre ha de poder ponérselo de manifiesto a cualquiera de las partes, aunque no exista trámite expresamente previsto en la ley [DE LA OLIVA].

#### **3.2. Medio de impugnación**

La segunda vía corresponde a la utilización, por la parte afectada, del medio de impugnación correspondiente, tanto cuando la ineficacia se produzca directamente en la resolución impugnada, como cuando la resolución ha reconocido indebidamente eficacia a actos de parte, de modo que ese defecto es el que funda la impugnación [ORTELLS]. El recurso de apelación es la vía regular, en cuyo caso funciona como medio de impugnación estricta. Asimismo, será del caso plantear, cuando corresponda, el recurso de casación por vulneración de precepto procesal, constitucional u ordinario.



Esta capacidad de nulidad del órgano de revisión de la impugnación no puede trascender a resoluciones que no fueron objeto de controversia o impugnación oportunamente o cuando se trata de resoluciones firmes [Casación n.º 300-2014-Lima, de 13-11-14].

### 3.3. Incidente de nulidad

La tercera vía es el cauce específico de la solicitud de nulidad de actuaciones, que abre un incidente y se interpone ante el juez de la causa. Está reconocida por el art. 151.1 NCPP. Instar una nulidad no solo es posible cuando se trata de defectos relativos, sino también cuando se denuncia defectos absolutos —lo que se puede hacer de oficio, puede ser demandado por cualquiera de las partes—.

Cuando se trata de la denuncia de defectos relativos, la solicitud de nulidad tiene un límite preclusivo, previsto obviamente bajo sanción de inadmisibilidad: ha de intentarse dentro del quinto días de conocido el defecto (art. 151.3 NCPP). Será del caso tener presente para la determinación del plazo las notificaciones judiciales correspondientes o, en su defecto, una circunstancia procesal indubitable que permita advertir el momento del conocimiento del defecto relativo denunciado.

La solicitud incidental, con arreglo al art. 151.2 NCPP, debe ser autosuficiente: ha de contener la descripción del defecto y proponer la solución correspondiente, lo que implica identificar el perjuicio, precisar el interés invocado y concretar su pretensión fijando los efectos que postula y el ámbito de la renovación o rectificación de los vicios denunciados.

La solicitud puede desestimarse de plano en los supuestos previstos en el art. 175 CPC. Los motivos de rechazo liminar están vinculados a la ausencia manifiesta de los presupuestos que condicionan la nulidad de actuaciones, así como cuando se trata de una cuestión anteriormente resuelta o la invalidez ha sido saneada, convalidada o subsanada. El rechazo liminar también podrá adoptarse en los supuestos de interposición extemporánea, por vulneración del art. 151.3 NCPP. La doctrina es uniforme, de suerte que todos esos motivos pueden reducirse a uno genérico: ausencia de interés y planteamiento manifiestamente infundado o improcedente.

Si la solicitud no es rechazada, el trámite será el previsto en el art. 176 NCPP. En los supuestos de trámite escrito, con arreglo a esa norma, se corre traslado por tres días a las demás partes. Si se deduce en una audiencia, rige lo dispuesto en el art. 362 NCPP: se discuten en un solo acto y se resuelven inmediatamente, para lo cual se concede la palabra a las partes para que se pronuncien

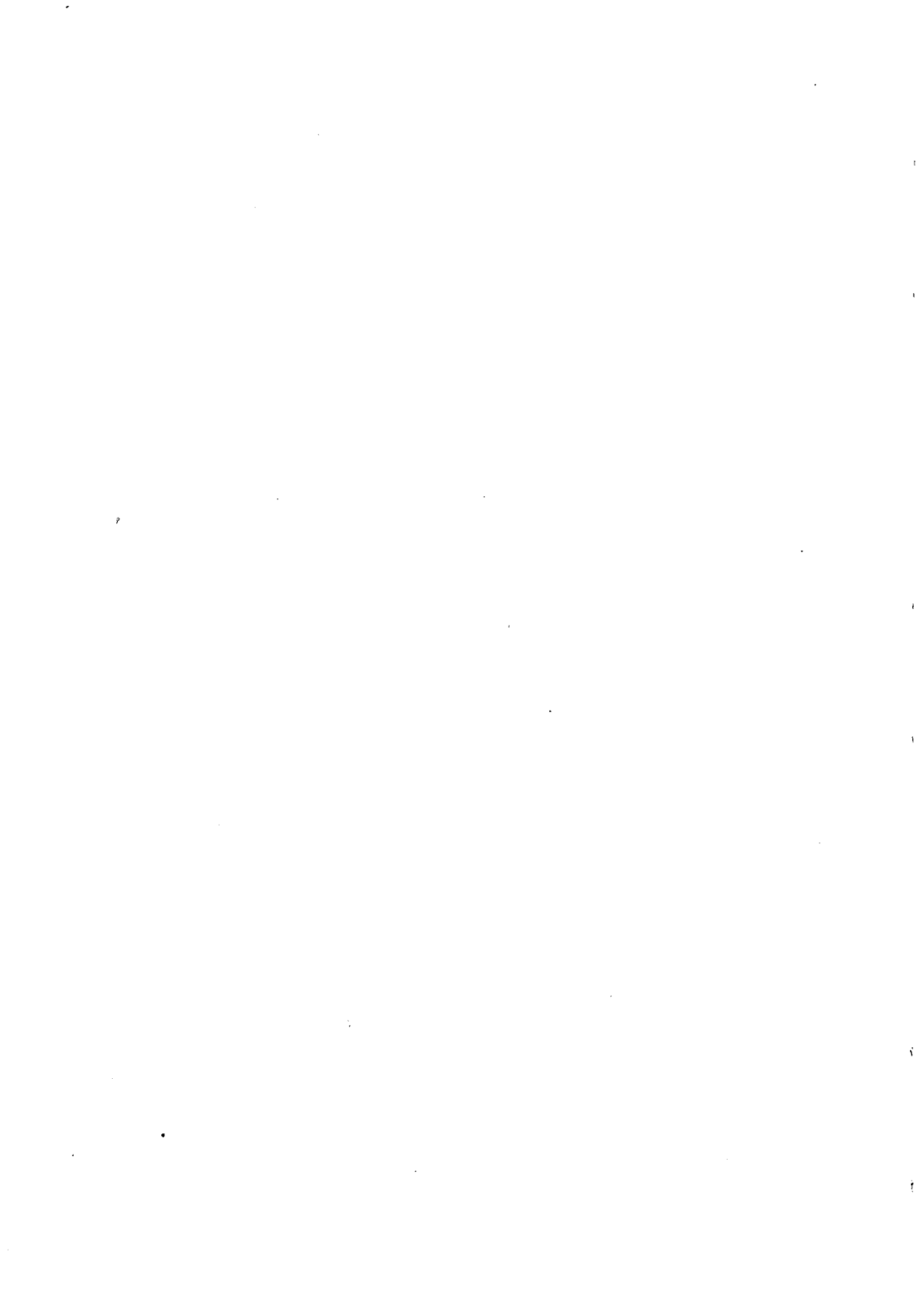
sobre su mérito. La posibilidad de resolver de plano solo procede si la solicitud se plantea en segunda instancia, aunque también puede disponer se escuche a la otra parte (art. 176, § 2, NCPP). Las normas no prevén una fase probatoria, empero no es de negar esa posibilidad si se invocan cuestiones de hecho que no resulten del expediente, en cuyo caso es obvio que quien dedujo la nulidad ha de haber ofrecido la prueba en la solicitud inicial, la cual se adaptará a las circunstancias de la causa.

La solicitud incidental será resuelta mediante auto fundado. Si es estimatorio, deberá indicar el efecto expansivo si así correspondiera (art. 154.1 NCPP) y la renovación de los actos afectados. Rige el art. 177 CPC.

Si la resolución causa gravamen irreparable –en tanto ocasionan imposible o insuficiente reparación ulterior– podrá ser impugnada en apelación, conforme al art. 416.1e NCPP. Esta posibilidad, por cierto, es de muy difícil configuración.

*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 REDÓNDO].

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**

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 ra-

zonas meramente cuantitativas, también existen diferencias cualitativas entre ambas infracciones penales, tal como ha sido insinuado por ejemplo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente la STEDH Belilos, y defendido por un sector de la doctrina penalista: Jakobs, Silva Sánchez, García Cavero, etcétera.

El NCPP, 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, determina 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 NCPP, 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 confi-

guración procedimental *sui generis*, muy distinta del procedimiento ordinario. Las reglas que introduce alteran radicalmente aspectos sensibles del procedimiento, tales como la promoción de la acción penal, la intervención del Ministerio Público y de la víctima, el consenso procesal, las reglas de prueba, etcétera. Sus normas derogan o modifican las que organizan el procedimiento común [CLARIÁ].

En un caso se establece un refuerzo de la garantía jurisdiccional —es el caso del procedimiento contra funcionarios públicos—, y en otros se aceleran los trámites —así, los procedimientos inmediato, 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 NCPP, siguiendo parcialmente el modelo Italiano, en un solo Libro, el Quinto: arts. 446-487, acometió esta tarea. En 42 artículos consolidó siete procedimientos especiales, regulados en VII Secciones. Así:

- A. Proceso Inmediato: arts. 446-448 (tres artículos).
- B. Proceso por razón de la función pública: arts. 449-455 (siete artículos). Se subdivide en tres títulos:
  - (i) Título I. Proceso por delitos de función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos: arts. 449-451 (tres artículos).

- (ii) Título II. Proceso por delitos comunes atribuidos a Congresistas y otros Altos Funcionarios: arts. 452-453 (dos artículos).
- (iii) Título II. Proceso por delitos de función atribuidos a otros Funcionarios Públicos: arts. 454-455 (dos artículos).
- C. Proceso de seguridad: arts. 456-458 (tres artículos).
- D. Proceso por ejercicio privado de la acción penal: arts. 459-467 (nueve artículos).
- E. Proceso de terminación anticipada: arts. 468-471 (cuatro artículos).
- F. Proceso por colaboración eficaz: arts. 472-481 (diez artículos).
- G. Proceso por faltas: arts. 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.ºs 1180 y 1132, de 07-07-15.

### 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 celer. 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



funcionarial, impuesta por la Constitución en este último caso, fundamentan, en el segundo supuesto, el procedimiento contra determinados funcionarios públicos –en puridad, se conforma un procedimiento con “garantía reforzada”, al exigir determinados trámites parlamentarios y/o autorizaciones y, en su caso, la intervención de tribunales penales más elevados que los ordinarios– y, en el primer supuesto, el procedimiento de seguridad.

La idea del consenso, en función a la admisión de cargos del imputado, a su voluntad de someterse a la acción de la justicia y, en su caso, ‘colaborar’ con ella, explica tanto el procedimiento de terminación anticipada cuanto el procedimiento por colaboración eficaz. Sin duda, ambos –más el último que el primero– son los más difíciles de justificar, por los problemas que entrañan a los principios de igualdad de armas y de contradicción procesal, y al eje acusación, defensa y juicio, esto es, a la concepción triádica del proceso.

Finalmente, el proceso contra la criminalidad organizada pretende maximizar la eficacia en la lucha contra delitos de singular gravedad cometidos por individuos adscritos o vinculados al crimen organizado. Las especiales características de ese fenómeno delictivo obliga 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 es 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 me-

didada 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, res-

tringir 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 subfasas. 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, aún 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 (art. 28.1 NCPP). 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 (NCPD originario y D. Leg. 1194)

### 1. Presupuestos del proceso inmediato

#### 1.1. Planteamiento

La noción de evidencia delictiva, conforme al art. 446.1 NCPD, 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 art. 259.2 NCPP —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 art. 160. 1 NCPP. 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 vá-

lido, 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 las cargos que se le atribuye [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 art. 161 NCPP, 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 –art. 446.1c NCPP–, 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 NCPP 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 anteriormente expuesto rige claramente para los procesos simples. Empero, tratándose de un procedimiento con pluralidad de imputados se requiere, conforme al art. 446.1 NCPP, 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 art. 446 NCPP contiene, en puridad, una regla de acumulación para delitos conexos (art. 31 NCPP) 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 art. 446 NCPP, sin duda, pudo incorporarse en el art. 50 NCPP porque introduce un supuesto adicional de improcedencia de la acumulación. En todo caso, rige el art. 51 NCPP 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 art. 122.5 NCPP; 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 art. 134 NCPP. Las actuaciones sumariales son esenciales porque el juez de la investigación preparatoria no solo carece de capacidad de investigación autónoma sino que su decisión no está sujeta a una posibilidad de actuación de actos de investigación o de instrucción en su presencia. El juez se limita a examinar la fundabilidad del requerimiento y la correspondencia de los presupuestos legales que informan el procedimiento de proceso inmediato con los recaudos investigativos correspondientes.

## **2.2. Trámite inicial**

El requerimiento fiscal es objeto de un trámite de traslado por el juez de la investigación preparatoria a las demás partes procesales debidamente personadas. El plazo para absolverlo es de tres días. El juez, vencido este plazo, con la contestación o no del traslado efectivamente corrido, resolverá inmediatamente. La solicitud de proceso inmediato no se decide en audiencia ni, por lo anterior, se requiere trámite de vista de la causa o informe oral.

Es evidente, en atención a los poderes regulares del juez, que el trámite de traslado puede obviarse en los supuestos de manifiesta inadmisibilidad o improcedencia del requerimiento en cuestión. Es obvio que si ya venció el plazo para incoar el procedimiento inmediato o si ostensiblemente no se cumplen con los requisitos para su instauración, el juez puede rechazar liminarmente –de plano– la solicitud fiscal.

## **2.3. Decisión judicial**

El auto, siempre motivado, que emite el juez de la investigación preparatoria es apelable. Obviamente, por la naturaleza jerárquica del recurso de apelación, el efecto es devolutivo. La pregunta es si el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo o no. La respuesta se encuentra en la regla del art. 418.1 NCPP; en consecuencia, como la resolución judicial no pone fin a la instancia, la apelación no es suspensiva. Rige también el art. 412.1 NCPP, 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 art. 349 NCPP.

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 art. 336 al 355 NCPP. 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 art. 353 NCPP, se adapta a las exigencias del proceso inmediato.

Por otro lado, es de aplicación el art. 136 NCPP, 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 (arts. 137 y 138 NCPP).

Es importante aclarar que según el art. 373 NCPP 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 art. 448.4 NCPP, 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 n.º 1194**

##### 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”.

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 NCPP. 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 NCPP, 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 art. 292 del ACP. No es posible estructurar un esquema propio del NCPP pues la organización judicial acorde con el ACP no lo permite.

## 5.2. De la definición del nuevo proceso inmediato

El nuevo art. 446 NCPP 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” (art. 447, último párrafo, NCPP), 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 art. 446 NCPP dispone que los casos complejos, según las reglas estatuidas por el art. 342.3 NCPP, 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 (arts. 149-150 y 274 CP), en los que se excluye los presupuestos de flagrancia, confesión y evidencia delictiva (art. 446.4 NCPP). En pureza, desde la propia configuración de tales delitos –salvo el caso del art. 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 (dosis 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 (art. 446.3 NCPP), 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 el primera frase de la norma comentada– la acumulación no es viable –si se produjo tal cosa es obvio que procede la separación de imputaciones (art. 51 NCPP), 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 art. 336.2 NCPP–. Por consiguiente, si se cumplen los presupuestos materiales del art. 268 NCPP, 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: 1) definir la incoación del proceso inmediato; 2) 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–; y, 3) pronunciarse ante un pedido realizado en la misma audiencia acerca de un criterio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada. 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 art. 2 NCPP, 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 art. 468 NCPP–, 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 art. 85 NCPP, si el defensor no

concurrir 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 irremediamente 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. Lo esencial, dada la intención de la norma, es el efecto no suspensivo de la apelación (art. 418 NCPP).

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 art. 447 NCPP, 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 (art. 28.1 y 2 NCPP)–. 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 (art. 447.2 NCPP)–.

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. IV del art. 448 NCPP).

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 art. 350.1 NCPP, 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.

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 (art. 7.2 NCPP) 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 necesi-

dad 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 (art. 360.1 NCPP)–¿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: art. 360.5 NCPP–. En lo demás, se aplican supletoriamente las reglas del proceso común.

### III. EL PROCESO DE SEGURIDAD

#### 1. Objeto del proceso de seguridad

##### 1.1. Proceso penal y medida de seguridad

La doble vía de nuestro derecho penal material –que además de la pena represiva también reconoce las medidas de seguridad (arts. 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 NCPP, junto al proceso común, regule un proceso especial llamado proceso de seguridad (Sección III, Libro V, arts. 456-458) [ROXIN], cuya fuente es el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica y la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

Ambas sanciones: pena y medida de seguridad –así consideradas por la Corte Suprema, Ejecutoria Suprema n.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 preventivo 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 (arts. 89 y 90 ACP)—. Es de considerar, al respecto, que el art. 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 art. 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 art. 285 ACPP.

Sin embargo, esta situación ha cambiado con el NCPP, 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 (art. 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 arts. 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 art. 456.1 NCPP 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 art. 75 NCPP, 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 art. 456 NCPP, un problema hermenéutico importante en orden a determinar si el proceso de seguridad solo es aplicable al inimputable. Al respecto, el art. 456.1 NCPP 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 art. 71 CP, siguiendo al CP brasileño, prevé dos medidas de seguridad: internación y tratamiento ambulatorio. El art. 74 CP estatuye que la internación se impone al inimputable, mientras que el art. 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 (art. 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 art. 456.1 NCPP 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 art. 75 NCPP, y este requiere de un estado de inimputabilidad, a la que está asociada, exclusivamente, la medida de internación conforme al art. 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 (art. 75 NCPP).

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 art. 349 NCPP–.

Si se trata de un proceso con pluralidad de imputados, la regla es la des-  
acumulación y la formación de un proceso autónomo con la única inclusión del imputado presuntamente inimputable. En esa misma línea, el art. 457.5 NCPP 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 arts. 343 y 349 NCPP. El juez de la investigación preparatoria, según el art. 457.4 NCPP, 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 (art. 457.1 NCPP).

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, aún cuando preliminarmente, la anomalía síquica grave –la norma erróneamente señala el n.º 2 del art. 20 CP, cuando el dispositivo pertinente es el n.º 1 de dicho artículo del CP–, luego de procederse con arreglo al art. 75 NCPP, el juez de la investigación preparatoria debe nombrar un curador procesal del acusado –arts. 61 y 66.2 CPC– o, si ya lo ha designado, la causa debe entenderse con el curador del imputado. Con el curador proce-

sal 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 art. 457.4 NCPP 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, art. 76 CP–, pues existen, al respecto, otros mecanismos que es del caso aplicar, como la transformación al proceso común (art. 458.1 NCPP).

#### 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 art. 416 NCPP 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 art. 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 art. 387.2 NCPP 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 art. 390.2 NCPP, 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 art. 393 NCPP 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 art. 374.1 NCPP, 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 art. 374.2 NCPP 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 arts. 444 a 448 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 y en el art. 37 del Código de Procedimiento Penal colombiano. Este procedimiento, sin duda, tiene una marcada influencia del *Patteggiamento* 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 procesal [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 [DORG]. 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 (art. 330 NCPP), sin que se requieran pruebas plenas 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 NCPP atribuye con carácter de exclusivo al Ministerio Público la titularidad de la acción penal [DOIG].

### **2.2. Competencia**

El conocimiento del proceso corresponde al juez de la investigación preparatoria.

## **3. Iniciación del proceso**

### **3.1. Oportunidad**

Se puede instar después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (art. 336 NCPP) y hasta de formularse acusación fiscal (arts. 343.3 y 349 NCPP).

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 art. 350.1e NCPP. 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 independiente el proceso, salvo que sea posible un acuerdo parcial que lo 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 NCPP 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 (art. 31 NCPP) 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 limi-

nar 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 art. 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 (art. 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, art. 95 NCPP; solo puede recibir información sobre estas actuaciones que incluye la propia petición de terminación anticipada, siempre que lo solicite (art. 95.1, a) NCPP)—, 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 art. 469 NCPP, 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 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 permitan 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, y 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 art. 392.2 NCPP, de suerte que la deliberación no podrá extenderse más allá de dos días —así lo dice expresamente el art. 468.5, extremo final, NCPP—, 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 art. 392.2 NCPP 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 art. 399 NCPP, que se refiere a la sentencia condenatoria; por error se citó el art. 398 NCPP, 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 art. 470 NCPP, 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 art. 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, 25-11-98, 25-03-98 y 28-05-97]. Si no concurre este requisito el juez se limitará a desaprobado 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 no se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, ni 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 art. 399 NCPP –por error se consignó el art. 398 NCPP, 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 art. 161 NCPP 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 corregirlos 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].

## 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 art. 31 NCPP. 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 NCPP 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 art. 469 NCPP utiliza el vocablo ‘indispensable’, mientras que el art. 47 NCPP 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 art. 51 NCPP 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 definitiva; 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 art. 446.1b NCPP 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 sorprendidos ni se comprenda 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 sorprendidamente 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.

## 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 NCPP. Consta de nueve arts.: 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 [HONOJOSA]. 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 condicionan 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 NCPP, 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 dispositivo 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 (art. 462.3 NCPP). 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 (art. 462.3 NCPP).
- 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 ausente durante su desarrollo también se



sobreesee le causa (art. 462.5 NCPP). El abandono, que incluso puede declararse de oficio, impide la posterior incoación de otra querrela (art. 464.1 y 3 NCPP).

- 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 (art. 461 NCPP) —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 (art. 467 NCPP) —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 (art. 459 NCPP). 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 (art. 466.2 NCPP).
- G.** 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 (art. 463 NCPP).
- H.** 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 art. 134 CP solo autoriza la *exceptio veritatis* en el delito de difamación y solo en cuatro ámbitos determinados. Por otro lado, conforme al art. 135 CP, no se admite la prueba frente a imputaciones por delitos objeto de absolucón 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—: art. 139.3 de la Constitución. Es un derecho fundamental de carácter procesal que asiste a to-

dos los sujetos del derecho —esto se aplica específicamente en los delitos privados, en los que la legitimación del Ministerio Público está excluida—, que se ejercita mediante la puesta en conocimiento al juez penal de una *noticia criminal*, de suerte que hace surgir en el órgano jurisdiccional la obligación de dictar una resolución motivada, fundada en derecho y congruente sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal. En nuestro ordenamiento a través de la querella no solo se ejercita la acción penal sino también, concurrentemente, se introduce la pretensión penal y civil. No existe investigación preparatoria ni auto de procesamiento; el juez penal se circunscribe a calificar la viabilidad de la querella para admitirla y, luego, con la posición del imputado, dictar el auto de citación a juicio.

La Ley procesal penal asume un supuesto de acción penal privada “exclusiva” o absoluta (art. 1.2 NCPP), 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, en el art. 1.3 NCPP 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 (arts. 78.3 y 85.4 CP). También puede desistirse en cualquier estado del procedimiento (art. 110 NCPP). Todas estas manifestaciones son una consecuencia directa de la ley penal de fondo; el delito privado da una plenitud de disposición al ofendido, un derecho exclusivo para intentar la acusación penal, de allí que estos delitos se hallan condicionados a la presentación de querella [VIADA/ARAGONESES].

La exacta relación entre delito privado y querella, determina, asimismo, dos consecuencias centrales: **1.** El objeto procesal se fija por la querella, de suerte que el juez solo examina y juzga el hecho descrito en ella —principio de querella formal—. **2.** Rige el principio de la divisibilidad de la querella, en cuya virtud solo

se examina el hecho en cuanto significa un ataque contra el querellante [BELING]. La 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 (arts. 138, 158 y 124, § 1, CP). La legitimación activa es especial, la posee el “ofendido por el delito” (arts. 1.2 y 107° NCPP); 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]. Distinto 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 (art. 109.2 NCPP), nombrado con las facultades especiales según el CPC –apoderado judicial según el art. 75 CPC–, y que se lleva a cabo por 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 (art. 465 NCPP). Rige, en lo pertinente, el art. 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 aún 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 (art. 465 NCPP). El art. 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 (art. 459.1 y 2 NCPP). 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 art. 108 NCPP 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 arts. 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 art. 460 NCPP –homólogo del art. 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 art. 108 NCPP) 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” (art. 460.2 NCPP); esto es, tiene efectos de una desestimación de la querrela con la autoridad de cosa juzgada (art. 344 CPC).

El auto que dispone la subsanación no es impugnabile 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 art. 50 NCPP [ROSAS].

### 3.3. El control de procedencia

El art. 460.3 NCPP 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 NCPP 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 art. 461 NCPP 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 aún 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 art. 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 (art. 462.1 NCPP). 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 querrellado. 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 querrellado 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 (art. 462.2 NCPP). 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 querellado.

#### **4. El procedimiento de enjuiciamiento**

##### **4.1. Periodos del enjuiciamiento**

El procedimiento de enjuiciamiento está sometido a las reglas del juicio oral del proceso común (art. 462.3 NCPP). 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 art. 379 NCPP.
- B.** Si el querellante no asiste injustificadamente o se ausente durante su desarrollo se sobreseerá la causa. Solo cabe ausencia, condicionada legalmente del querellado: art. 359.3 y 4 NCPP–. Es un sobreseimiento por abandono del querellante, que hace cosa juzgada.
- C.** Si el querellado no asiste, pese a estar debidamente notificado, se le declarará reo contumaz y se dispondrá su conducción compulsiva, reservándose el proceso hasta que sea habido. La captura del mismo determinará el auto de citación a juicio y el desarrollo del juicio en calidad de detenido; el art. 79.6 NCPP 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 art. 373 NCPP, solo se admite cuando se trata de prueba conocida con posterioridad a la presentación del escrito de contestación de la querella.
- E.** Se asimila el querellante a las facultades y obligaciones del Ministerio Público, con el expreso reconocimiento que puede ser interrogado.
- F.** Los medios de defensa que se aleguen con el escrito de contestación o en el curso del juicio oral –en este último caso se entienden cuestionamientos a la legalidad de la prueba o cuestiones incidentales, pero no a proposición de excepciones, cuestiones previas o prejudiciales, por prohibirlo los arts. 8.1 y 350.1b NCPP– se resolverán conjuntamente con la sentencia (art. 462.4 NCPP).

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 admisorias, solo puede dictarse comparencia, simple o restrictiva (art. 463.1 NCPP), 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 comparecencia simple. 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 (art. 463.2 NCPP).

## 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 art. 464 NCPP entiende que la pretensión es la que está comprometida con el desistimiento, por lo que, conforme al art. 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 (art. 341 CPC). La oportunidad para presentarlo es antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto (art. 342 CPC); si bien el art. 464.2 NCPP 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 art. 464 NCPP: 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 previsto: 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 (art. 503.1 NCPP).

### 5.4. Sucesión procesal

La muerte o incapacidad del querellante antes de concluir el juicio, autoriza a sus herederos a incorporarse. El art. 465 NCPP 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 art. 467 NCPP 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 (art. 466 NCPP).

Rigen las reglas comunes del recurso de apelación contra sentencias. Son aplicables, entonces, los arts. 421 al 426 NCPP.

Así:

- A. El plazo para interponer el recurso es de cinco días (art. 414.1, b NCPP).
- 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 (art. 405.3 NCPP).
- 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 (art. 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 inculpativa del agraviado [CALDERÓN/CHOCLÁN]—, y tal exigencia se cumple con la mera declaración en sentido inculpativo 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 art. 108 NCPP.

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/RIÑO], 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 arts.: 482-487 NCPP. Existe una modalidad de juicio rápido: 483.4 NCPP,

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 (art. 482.1 y 2 NCPP) –carácter residual de la intervención del juez de paz–. Para la competencia territorial rigen las reglas comunes: lugar de comisión de la infracción (art. 21.1 NCPP). En materia de competencia funcional las sentencias son recurridas ante el juez penal (art. 482.3 NCPP).

## **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 (art. 483.1 NCPP), con las facultades que le reconoce el art. 109 NCPP. 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 ha 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 (art. 336.1 NCPP)—. 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 art. 336.1 NCPP, 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 art. 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 si corresponde el juicio inmediato o rápido, y de no ser posible, el juicio común, en cuyo caso señalará la fecha más cercana posible (art. 483.5 NCPP).

El auto de citación debe ser motivado y, en lo posible, cumplir con las exigencias de los arts. 353 y 355 NCPP, 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 art. 484.2 NCPP, 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 NCPP permite, para este procedimiento, la sentencia *in voce*, cuya protocolización es obligatoria; es decir, la formulación por escrito de tenor íntegro, conforme al art. 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– [LLOVER], 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 correrá 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, intermediación y publicidad; por tanto, fuera de los supuesto de la prueba documental preconstituída 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 querrelante (art. 484.2 NCPP) 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 art. 484.5 NCPP, 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: art. 360.3 NCPP–.
- C. La suspensión solo procede ante defectos de medios probatorios: no concurrencia de órganos de prueba. En este caso, de conformidad con el art. 369.2 NCPP, 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 arts. 361.1-2 y 120 NCPP.

### 5. Impugnación

Contra la sentencia del juez de paz letrado procede recurso de apelación ante el juez penal (art. 486.1 NCPP).

El juez penal resuelve en el plazo improrrogable de diez días. Como regla no está prevista actuación probatoria, salvo expreso pedido del recurrente (art. 486.2 NCPP).

De mediar actuación probatoria, se sigue el modelo ordinario de audiencia de apelación, conforme a lo establecido por el art. 424 NCPP, 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 art. 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 (art. 486.3 NCPP).

## **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 (art. 485 NCPP). Por lo demás, no es posible obviar la declaración de contumacia, pues la ley prevé el apercibimiento de contumacia ante la inasistencia del acusado (art. 355.4 NCPP).

### **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 NCPP 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].

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 (arts. 34.4 y 41.4). Por ende, la ley ordinaria no puede instaurar nuevos aforamientos ni configurar especialidades no justificadas en la naturaleza funcional del delito atribuido ya reconocido en la LOPJ. La infracción de esta institución vulnera dos derechos fundamentales: **1.** La naturaleza objetiva o de inherencia al cargo referido a la actuación del funcionario público y no a la persona; y **2.** El derecho al juez legal.

## 1.2. Prerrogativas procesales

### 1.2.1. Inmunidad y acusación constitucional

La Constitución introduce dos prerrogativas procesales para los altos funcionarios en general y los Congresistas en particular. Se entiende por prerrogativas las sustracciones al derecho común, instituidas por la Ley Superior y demás normas que la desarrollan, conectadas a una función y, por tanto, tienen un carácter instrumental en relación a la función misma [PUNSET BLANCO]. En cuanto prerrogativas institucionales lo que buscan es proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales a causa de un interés general. En la medida en que obstaculizan el libre acceso a la justicia y suponen una restricción a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, debe realizarse una interpretación restrictiva tendente a la proporcionalidad entre el instrumento y el final que se dirigen (STCE n.º 90/1985, de 22 de julio).

Ambas prerrogativas, siempre de naturaleza penal, en tanto en cuanto tutelan al congreso –evitan la perturbación de su funcionamiento o la alteración de su composición–, no protegen a los congresistas de acciones judiciales en su contra: STCE 243/1988, de 19 de diciembre), son temporales, tienen un periodo de vigencia en función al tiempo de ejercicio del cargo. Para los congresistas, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones para el caso de la inmunidad, y desde que son elegidos hasta cinco años después de que hayan cesado en sus funciones para el caso de la acusación constitucional. Procesalmente constituye una condición de procedibilidad [JESCHECK].

Se expresan de la siguiente manera:

- A. De los congresistas. Tienen las prerrogativas de (i) inmunidad –concebida como una garantía institucional o funcional y, por ende, con un definido carácter objetivo–, que origina el desafuero del congresista y habilita la intervención de la jurisdicción penal ordinaria respecto de delitos comunes u ordinarios –siempre que se advierta que la vía penal no ha sido utilizada, injustificada y torticeramente, con la intención de perturbar el funcionamiento del Congreso o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular–; y (ii) de *acusación constitucional*, que instaura un procedimiento parlamentario previo para “todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”, que de aprobarse la resolución acusatoria de contenido penal –es, por consiguiente, una protección frente a la improcedencia o falta de fundamentación de las acciones penales– reconoce la competencia de la Corte Suprema de Justicia para su conocimiento jurisdiccional. Están previstas en los arts. 93 y 99-100 Constitucionales, que a su vez han sido desarrollados por los arts. 16 y 89 del Reglamento del Congreso, respectivamente.
- B. De los altos funcionarios públicos. Solo les corresponde la garantía funcional de *acusación constitucional*. El art. 99 Constitucional identifica taxativamente a los Altos Funcionarios concernidos: presidente, congresistas, ministros, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, jueces supremos, fiscales supremos, defensor del pueblo y contralor general de la República –no es posible extender por ley esta garantía funcional–.
- Un límite a la persecución penal está reconocido para el Presidente de la República, quien durante su periodo solo puede ser acusado por traición a la patria, impedir elecciones, disolver el congreso e impedir reunión o funcionamiento del sistema electoral (art. 117 Const.). Después del mismo, desde luego, puede ser perseguido penalmente por todo delito cometido cuando ejercía la Presidencia de la República.

### 1.2.2. Aforamiento

La LOPJ establece el aforamiento ante la Corte Suprema no solo de los altos funcionarios públicos arriba señalados en el caso de *acusación constitucional*: delitos cometidos en el ejercicio del cargo, sino también para los fiscales y

jueces superiores, los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y contra los demás funcionarios que señala la ley —es el caso de los procuradores públicos del Estado— (art. 454.1 NCPP). Asimismo, similar aforamiento existe, pero ante la Corte Superior, para los jueces especializados o mixtos, jueces de paz letrados, jueces de paz y otros funcionarios señalados por la ley aunque hayan cesado en el cargo —fiscales, por ejemplo— (art. 454.4 NCPP).

Se entiende por aforamiento aquella prerrogativa procesal que deroga las normas comunes de la competencia objetiva, en cuya virtud determinadas autoridades quedan sometidas, de conformidad con su jerarquía, a órganos superiores de los jueces de la investigación preparatoria y penales territorialmente competentes en todo lo relativo a su procesamiento, investigación preparatoria y enjuiciamiento [GIMENO].

### 1.3. Modalidades procedimentales

#### 1.3.1. Regulación legal

En atención a la base constitucional y orgánica antes citada, el NCPP instituye tres modalidades procedimentales (arts. 449-455 NCPP). 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 NCPP.
- B. El Título II consta de dos artículos: 452-453 NCPP.
- C. El Título III consta de dos artículos: 454-455 NCPP.

#### 1.3.2. Justificación

El NCPP 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 Al-



tos 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 art. 449 NCPP, con pleno respeto del art. 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 art. 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 (art. 450.10 NCPP). 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 art. 450.1 NCPP, 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*, art. 99 Const.) y presentada en sede parlamentaria por los congresistas, la 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 del congreso de contenido penal.

### 2.3. Iniciación y formalización del proceso penal

El Congreso debe remitir las actuaciones con su resolución acusatoria de contenido penal al fiscal de la Nación. Este dictará, en el plazo de cinco días, una Disposición de formalización de la investigación y acompañará la denuncia correspondiente. Es de entender que la Disposición Fiscal viabiliza la promoción de la acción penal, y la denuncia fiscal le da el curso respectivo.

La denuncia con la respectiva Disposición la dirige a la Sala Penal de la Corte Suprema. Esta se limita designar al juez supremo de la investigación preparatoria y a la Sala Penal Especial encargada del juzgamiento --a estos efectos, no es de aplicación el art. 28.1 NCPP--. La Disposición, además de promover la acción penal y solicitar la constitución del órgano jurisdiccional, designará a los fiscales supremos que conocerán de ambas etapas procesales.

#### 2.4. Resolución de imputación

La Sala Penal de la Corte Suprema, designado el juez supremo de la Investigación Preparatoria, le remitirá todas las actuaciones. Corresponde al citado juez supremo dictar, en el similar plazo de cinco días, el auto de aprobación de la formalización de la Investigación Preparatoria, con citación de las partes (art. 450.3 NCPP). El citado auto de aprobación constituye una excepcional intervención del órgano jurisdiccional tendiente a determinar si, en efecto, se cumplen los presupuestos procesales y requisitos legales determinantes del procesamiento penal, aunque limitados por lo expresamente estatuido en el art. 100 *in fine* de la Constitución.

Frente a la resolución acusatoria del Congreso, tanto el fiscal de la Nación cuanto el juez supremo de la investigación preparatoria están obligados a respetar los hechos atribuidos y, además, la tipificación señalada en dicha resolución. No se puede cuestionar la relevancia penal del hecho ni su tipificación. Todo hecho nuevo, que esencialmente implique un nuevo dato fáctico, diferente y diferenciable del que es materia de la resolución acusatoria parlamentaria, requiere de una precisa autorización del Congreso (art. 450.6 NCPP). Solo incoado el proceso cabe una nueva calificación, siempre que no importe cambio fáctico. Para ello no es necesaria la preceptiva autorización parlamentaria, cuyo carácter es solo habilitar y delimitar inicialmente el curso de la causa judicial. Dentro del concepto nuevo hecho delictivo no está incluido las denominadas circunstancias, que pueden estar referidas al autor como al hecho, pues como están vinculadas a una dimensión penológica adicional --rebaja o aumento de la pena-- no constituyen hechos nuevos (art. 450.6 NCPP).

Recién, y luego de producida la inculpación formal de carácter judicial, será posible cuestionar la naturaleza delictiva del hecho, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, y lo relativo a la extinción de la acción penal (art. 450.5 NCPP). El principio rector, por una consideración superior referida a la división de poderes y al respecto del marco institucional de funciones reconocido por la Constitución, consiste en que expedida la resolución del Congreso se

impone al Poder Judicial la incoación del proceso penal; recién, una vez abierto el proceso jurisdiccional, será posible el planteamiento de medios de defensa tendientes a cuestionar la legalidad y procedibilidad de la acción penal y, desde luego, su estimación o desestimación.

Por otro lado, cabe puntualizar, con arreglo al art. 450.9 NCPP, 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 (art. 450.9 NCPP).

## 2.5. Otras particularidades

Destacan tres:

- A. El tribunal de juicio siempre es colegiado y la sentencia que emita es objeto de recurso de apelación, concebido como medio de gravamen. No cabe recurso de casación.
- B. El sobreseimiento o la absolución, una vez firmes, devuelven al procesado sus derechos políticos. No se requiere acuerdo del Congreso.
- C. En caso de pluralidad de imputados: aforados y no aforados, la acumulación se realiza en este procedimiento. En este sentido, el fuero de alto funcionario es atrayente respecto de los no aforados.

## 2.6. Auto de conversión del procedimiento

Es posible que en el curso de un proceso común se determine que uno de los imputados está investido de la prerrogativa de acusación constitucional. El art. 451 NCPP 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 art. 451.2 NCPP será posible si con ella no se vulnera el derecho al juicio rápido —que es una garantía específica que integra el contenido esencial de la garantía genérica del debido proceso, entendida como un derecho fundamental de quien está encausado—. En consecuencia, se requerirá que tal acumulación sea procesalmente posible, es decir, que no ocasione grave retardo en la prosecución de la causa o que no tergiverse la lógica del procedimiento: la causa que prosiguió su trámite no ha de encontrarse resuelta o sea inminente el enjuiciamiento.

### **3. El proceso por delito común contra altos funcionarios públicos: Inmunidad**

#### **3.1. Ámbito de la inmunidad**

Solo está contemplada para los Congresistas, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional. Tiene un límite temporal. Rige desde su elección hasta un mes de haber cesado en sus funciones. La decisión acerca de la inmunidad, exclusivamente referida a delitos comunes atribuidos a quienes ostentan estos tres cargos, conforme al art. 93 de la Constitución, está reservada al Congreso y, en su caso, al Tribunal Constitucional respecto de sus propios Magistrados. La inmunidad comprende **(i)** la inmunidad de arresto o detención y **(ii)** la inmunidad de proceso. La primera no será necesaria en los supuestos de flagrancia delictiva. La decisión sobre la inmunidad importa el pronunciamiento del órgano constitucional concernido acerca de la politicidad de los cargos objeto de atribución judicial, no comprende el análisis acerca de la fundabilidad de la imputación —garantiza, entonces, la libertad e independencia de la institución parlamentaria y del TC—. El pronunciamiento del Congreso o del Tribunal Constitucional, en sede ordinaria, es en este sentido vinculante al órgano jurisdiccional.

El congreso, en su decisión, no debe sustituir al juez (contrastando la culpabilidad, o no, del imputado), sino debe comprobar, con criterio exquisitamente político, si tras la imputación no se oculta una persecución contra el congresista

y, de todos modos, si parece oportuno actuar el proceso o asumir la provisión requerida [BISCARETTI].

### **3.2. Autorización constitucional y proceso penal**

Conforme al art. 453.1 NCPP el proceso que se incoe, luego de la autorización constitucional, será el común; no existe variación en la causa, salvo la previa exigencia de la autorización constitucional. La especialidad que se reconoce, radicada en la etapa de enjuiciamiento, sea cual fuere el delito cometido y la pena conminada, es que intervendrá un Tribunal Penal Colegiado. Se admite, como consecuencia de lo anterior, la procedencia del recurso de apelación, que tiene un carácter ordinario y general. El recurso de casación, que es extraordinario y sujeto a una serie de regulaciones restrictivas, cuya admisibilidad está condicionada a su debido cumplimiento, tampoco es alterado en esta clase de procesos.

### **3.3. Requerimiento de levantamiento de inmunidad**

El requerimiento para el levantamiento de la inmunidad siempre es judicial; es decir, la autorización constitucional solo procede a instancia del Poder Judicial. Este se insta de oficio o a petición de parte. En cuanto a su oportunidad, tiene lugar al calificar la denuncia –ante la comunicación del fiscal según el art. 3 NCPP, el juez de la investigación preparatoria está obligado a revisar si en estos casos es posible la presencia de la prerrogativa de inmunidad– o en el curso del proceso. Como no comprende las indagaciones preliminares –fase previa a la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, art. 336 NCPP–, es desde luego posible realizar diligencias de investigación preliminar conforme a los arts. 329 y ss. NCPP, las cuales precisamente serán el sustento para justificar razonablemente la solicitud en cuestión.

La posible presencia de la prerrogativa de inmunidad en un concreto imputado se planteará de oficio o a instancia de parte. En ambos casos, previo traslado a las partes personadas y audiencia con intervención de estas últimas, se expedirá la resolución correspondiente. El juez de la investigación preparatoria es el órgano competente para tomar la iniciativa para que en su día pueda instarse formalmente la solicitud al Congreso por parte de la Corte Suprema. Es evidente que la potestad de oficio se expresa solo para instar el trámite jurisdiccional no para la decisión sobre su procedencia, que requiere la intervención de las partes y la realización de la audiencia correspondiente. Si el imputado ostenta la prerrogativa de inmunidad, existe sospecha suficiente o razonable de la comisión

de un delito común y se cumplen los demás presupuestos materiales y formales correspondientes, se requerirá al Congreso o al Tribunal Constitucional, según el caso, se expida la decisión de autorización de la privación de libertad y/o del procedimiento penal. Esta decisión se canaliza a través del Presidente de la Corte Superior respectiva, quien elevará las actuaciones formadas al efecto al Congreso o al Tribunal Constitucional.

El auto que resuelva solicitar el levantamiento de la inmunidad es apelable —un término más amplio utiliza el art. 453.2 NCPP: ‘impugnable’, pero en pureza, por las características del sistema de recursos que prevé el NCPP y los órganos competentes funcionalmente para resolverlo, no cabe duda que el recurso pertinente es el de apelación—. Expedida esta resolución, aún cuando se apele, se reserva lo actuado respecto al alto funcionario concernido, sin perjuicio de continuar la causa si existen otros procesados.

Por último, se discute si las disposiciones del NCPP han sido abrogadas por la Resolución Legislativa n.º 011-2004-CR, de 23-10-04, que modificando el Reglamento del Congreso estableció, entre otras reglas referidas a la inmunidad de arresto y proceso de los Congresistas, la formación de una Comisión —en pureza, una Sala Especial— de jueces supremos titulares encargados de presentar al Congreso la solicitud correspondiente; procedimiento que a su vez fue regulado por la Sala Plena de la Corte Suprema, mediante Resolución Administrativa n.º 009-2004-SP-CS, de 28 de diciembre de ese año. Es de recordar, desde esta perspectiva, que el NCPP fue aprobado por el D. Leg. n.º 957, publicado el 29-07-04; es decir, con anterioridad a la modificación del Reglamento del Congreso, norma última que además comprende parcialmente la materia regulada por el NCPP. Siendo así, estas normas son las que rigen el levantamiento de la inmunidad, por lo que se requiere de una resolución que puede denominarse “auto de requerimiento de levantamiento de inmunidad”, emitida por la aludida comisión y dirigida formalmente al Congreso.

La concesión de la solicitud judicial de autorización del Congreso para proceder permite la continuación del proceso jurisdiccional. Su denegación comporta el sobreseimiento de la causa [ARMENTA].

#### **4. El proceso por delitos de función contra otros funcionarios públicos**

##### **4.1. Ámbito**

Comprende, de un lado, desde la perspectiva subjetiva, a jueces superiores, fiscales superiores, jueces supremos integrantes del Tribunal Supremo Militar

Policial –Ley n.º 29182–, procurador público, jueces especializados o mixtos y de paz letrados y fiscales provinciales y adjuntos –art. 454.1 NCPP, 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 art. 454.2 NCPP, 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 art. 455 NCPP estipula que el proceso se seguirá por las reglas del proceso común. Se reconoce, igualmente, las excepciones fijadas en el artículo anterior; esto es, (i) la necesidad de una indagación preliminar y una decisión previa del fiscal de la Nación que autorice la inculpación formal el funcionario cuestionado, (ii) la intervención de fiscales y jueces de nivel superior al común, desde la perspectiva del ordenamiento judicial, (iii) el órgano jurisdiccional de enjuiciamiento siempre es colegiado, y (iv) no procede recurso de casación.

### VIII. EL PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

#### 1. Aspectos generales

##### 1.1. Regulación legal

La primera modalidad de procedimiento por colaboración eficaz se introdujo en el Perú en 1992, mediante Decreto Ley 25582, posteriormente el NCPP amplió su ámbito de aplicación. En efecto, está comprendido en la sección VI, de los arts. 472-481 NCPP, esto es, diez artículos. Su fuente próxima



es la Ley de Colombia n.º 81, de 02-11-93, inspirada en la legislación de Puerto Rico.

## 1.2. Definición

El proceso por colaboración eficaz es un mecanismo de la justicia penal negociada, incardinada en el denominado por EMILIO RESTA Derecho Penal Premial. Descansa en la figura del arrepentido, quien debe admitir o, en todo caso, no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se le atribuyen, y proporcionar información suficiente, eficaz e importante en orden a neutralizar una actividad delictiva, identificar las lógicas de actuación criminal de una organización delictiva y a sus intervinientes, y/o entregar bienes delictivos o ubicar su destino o paradero (arts. 472 y 474.1 NCPP).

Se parte del reconocimiento de dos ideas matrices para la configuración de este proceso por parte del sindicado. En primer lugar, reconocimiento y abandono de sus actividades delictivas –disociación– (art. 472.2 NCPP). En segundo lugar, proporcionar información relevante: suficiente, eficaz e importante –delación– (art. 474.1 NCPP).

## 1.3. El arrepentido o colaborador

El arrepentido o colaborador es el imputado –con cargos en curso o ya condenado– que una vez que se ha disociado de una organización criminal o apartado de toda actividad delictiva se presenta a la autoridad para proporcionar una información calificada –delación– que permita combatir con eficacia las conductas delictivas graves o cometidas a través de organizaciones delictivas o por varios individuos, a consecuencia de lo cual procura obtener determinados beneficios premiales.

El arrepentido o colaborador tiene como elementos los siguientes:

- A. Está imputado por la comisión de un delito especialmente grave, o como integrante de una organización delictiva –de una estructura criminal, debidamente organizada, jerarquizada y con vocación de permanencia para la comisión de delitos graves–, o como parte de un grupo de personas –coparticipación criminal– (art. 473 NCPP).
- B. Confiesa los delitos cometidos o no contradice los cargos formulados en su contra, bajo las premisas ya enunciadas, y proporciona una determinada información a la autoridad (art. 472.2 NCPP).

- C. La información que proporciona ha de ser relevante: suficiente, eficaz e importante, y que tenga la corroboración necesaria total o parcialmente.
- D. El contenido objetivo de la información debe permitir, alternativa o acumulativamente, evitar la continuidad o consumación del delito, disminuir sustancialmente sus consecuencias, impedir futuras acciones delictivas de la organización delictiva; conocer el modus operandi de la comisión delictiva o de la actuación y organización de una asociación delictiva; identificar a sus integrantes y permitir su desarticulación y captura de sus miembros; entregar documentos, efectos delictivos, ganancias ilícitas y bienes delictivos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva (art. 474.1 NCPP).
- E. El arrepentido ha de perseguir determinados beneficios premiales, en función al grado de eficacia o importancia de la colaboración proporcionada en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho: exención de pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, o remisión de la pena que está cumpliendo (art. 474.2 NCPP).

#### 1.4. Notas esenciales del proceso por colaboración eficaz

El proceso por colaboración eficaz es objetivo. Además tiene carácter transaccional: el arrepentido entrega información suficiente y eficaz a cambio de exención o disminución de pena.

Es hijo de una filosofía utilitarista. La función utilitaria estriba en que la autoridad obtenga determinada información –imposible de obtener de otra manera– con la finalidad de desmembrar una estructura organizativa, además de quebrar el sentimiento de cohesión interna (favorecer el abandono). Entre necesidad de pena y razones de política criminal, se opta por la segunda.

## 2. **Ámbito competencial**

### 2.1. **Ámbito del proceso de colaboración eficaz**

No todo delito puede ser objeto de este proceso especial. Por tal motivo, el art. 473 del NCPP, de manera clara, estableció qué infracciones penales pueden ser amparadas por el proceso de colaboración eficaz. Es de precisar que el acotado dispositivo separó las infracciones por la gravedad del delito (art. 473, literal a, del NCPP), por delitos cometidos como integrantes de una organización criminal (art.

473, literal b, del NCPP) y por delitos cometidos en concierto por pluralidad de personas (art. 473, literal c, del NCPP). En los primeros se encuentran los delitos de asociación ilícita para delinquir, terrorismo, lavado de activos y delitos contra la humanidad. En los segundos, delitos como secuestro agravado, robo agravado, abigeato agravado, delitos monetarios y tráfico ilícito de drogas. Por último, los delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros contra la fe pública y otros contra el orden migratorio. Puede, por otra parte, encontrarse dentro de estos supuestos los delitos conexos en concurso real o ideal.

## **2.2. Competencia objetiva**

Los órganos de gobierno –Consejo Ejecutivo– tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público pueden crear órganos judiciales y fiscales especializados para conocer este tipo de procesos especiales –art. 473, inc. 3, del NCPP–. Con un mayor nivel de centralización se viene optando por encargar los delitos más grave y de repercusión a la Sala Penal Nacional.

## **3. Principios**

### **3.1. Eficacia**

El beneficiado debe brindar información que permita evitar la continuación, permanencia o consumación del delito o disminuir la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, la información que proporcione ha de impedir o neutralizar acciones o daños como consecuencia de integrar una organización criminal (art. 474, inc. 1, literal a del NCPP), conocer las circunstancias de cómo se planificó o ejecutó o se viene realizando el delito (art. 474, inc. 1, literal b del NCPP), identificar a miembros de una organización criminal así como su funcionamiento, para desarticularla o disminuirla o, en su defecto, detener a sus integrantes, e identificar a autores o partícipes de delito que se cometió o está por cometer (art. 474, inc. 1, literal c, NCPP).

### **3.2. Proporcionalidad**

Relaciona el beneficio premial en función, de un lado, a la importancia de la colaboración y, de otro, en atención a la entidad del delito y la culpabilidad por el hecho (art. 474, apdo. 2, del NCPP). Es lo que se denomina justicia conmutativa. 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].

### 3.3. Condicionalidad

El beneficio premial está condicionado a la: **i)** no reincidencia en el delito dentro de los diez años de otorgado el beneficio; **ii)** imposición de obligaciones; **iii)** concurrencia a proceso materia de la causa; y, **iv)** caución en el caso de obligaciones.

Es de precisar que el control del cumplimiento de obligaciones estipuladas en el art. 479, apdo. 2, del NCPP está a cargo del Ministerio Público (art. 479, apdo. 4, del NCPP).

### 3.4. Formalidad

Requiere la manifestación expresa del colaborador. Para ello el colaborador debe presentarse y afirmar que está disociado, esto es, alejado de actividades ilícitas. Además, debe prestar su confesión, en la que debe admitir o no contradecir los hechos en que ha intervenido o se le imputen, asimismo, debe aportar una información eficaz.

### 3.5. Oportunidad

El proceso se inicia si el colaborador es investigado, encausado, acusado o condenado. Es competente el Juzgado de Investigación Preparatoria.

Es un proceso transaccional de justicia penal negociada. La transacción está en función al aporte informativo y previa actitud del colaborador (presentación voluntaria disociada, admisión y delación). La causa específica de atenuación está basada en el comportamiento posdelictivo del autor. El fundamento se da por:

- A. Razones de política criminal, pues se busca facilitar la lucha contra organizaciones criminales.
- B. Menor necesidad de prevención general y especial, esto es, lo que se negocia es la exención o disminución de la pena, pero no los cargos imputados.

### 3.6. Exclusión personal del beneficio premial: Limitaciones

En principio, desde una perspectiva objetiva, se encuentran los delitos específicos autónomamente considerados y los delitos que requieren lógica asociativa o concierto delictivo (art. 473, apdo. 1, del NCPP). Sin embargo, no todos los individuos que están vinculados a esos delitos pueden ser comprendidos en este tipo de beneficios. Ello quiere decir que existe una excepción: se excluye a los jefes, cabecillas, dirigentes. Para ellos existe una exclusión absoluta, aunque en ciertos casos de dudosa eficacia,

como sería el caso de mafiosos o integrados cuyos delitos estén en relación con altos funcionarios públicos o con estructuras de Poder gubernativo de máxima relevancia.

La colaboración eficaz tiene un beneficio delimitado. En efecto, el arrepentido o colaborador es premiado con la exención de la pena, la disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, la suspensión de la ejecución de la pena, la liberación condicional, o la remisión de la pena para quien la está cumpliendo.

Sin embargo, cuando se trata de “delito que ha causado consecuencias especialmente graves”, la pena solo podrá reducirse hasta un tercio por debajo del mínimo legal, además de excluirse la suspensión de su ejecución, salvo la libertad condicional, siempre y cuando la mitad de la pena se cumpla efectivamente.

#### **4. Fases del proceso de colaboración eficaz: Estructura**

El proceso por colaboración eficaz es un proceso especial, por tanto, no es un incidente de un proceso común. Se necesita la formación de un expediente propio, formado por una serie de actas que acreditan las diligencias realizadas. Este proceso tiene una estructura desformalizada que tiene cuatro fases: **i)** iniciación, **ii)** corroboración, **iii)** celebración del acuerdo, y **iv)** control y decisión jurisdiccional. Las tres primeras están a cargo del Ministerio Público y de las partes. La cuarta fase está a cargo del juez: juez de la investigación preparatoria en caso de investigación y ejecución, y cuando se está en el Juicio oral del juez penal. Es de precisar que existen dos fases más pero estas son eventuales: la impugnación y la revocación.

##### **4.1. Fase de iniciación**

Se inicia a solicitud de parte. Es posible que se incoe a petición del imputado siempre que exista investigación preparatoria o implicado en caso que no se le haya descubierto o en fase de diligencias preliminares. La solicitud puede ser escrita o verbal –mediante un acta circunstanciada– (se forma un expediente fiscal). En este caso se debe precisar lo que se pide, además de hacer mención razonable de los hechos involucrados y de los conocimientos que el arrepentido aportará.

Las reuniones para la celebración del acuerdo pueden ser varias, incluso informales; sin embargo las reuniones preliminares a cargo del fiscal pueden extenderse a todo lo largo del procedimiento. Se autoriza, en este caso, que el fiscal realice reuniones con el colaborador o solicitante o sus abogados, conforme lo estipula el art. 475, apdo. 1, del NCPP. Es de precisar que en esta fase de iniciación, la información y diálogos son provisionales y relativos; es provisional debido

que los diálogos son temporales y relativos, en tanto que la información que se brinda no es absoluta.

La disposición fiscal tiene que ser motivada. La incoación está en función a las entrevistas realizadas y a la expresa voluntad de colaboración del solicitante.

Se debe analizar la legalidad inicial del probable colaborador y la posible idoneidad de la información. Para ello es necesario, primero, que se verifique que no existan exclusiones legales. Segundo, si el aporte, *prima facie*, es eficaz y apunta a: **i)** evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución, así como, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva; **ii)** conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando; **iii)** identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros; **iv)** entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva (art. 474, apdo. 1, del NCPP).

El conocimiento de esta fase es del fiscal a cargo de la investigación preparatoria. Si la causa está en el juicio oral, su conocimiento corresponderá también es el fiscal que conoce esta causa en dicha sede. La definición del conocimiento de este proceso especial depende de la etapa procesal contradictoria. La decisión organizativa corresponde al propio Ministerio Público.

#### 4.2. Fase de corroboración fiscal

Dictada la disposición de admisión de solicitud de colaboración eficaz, se inicia la fase de corroboración fiscal. El fiscal dispondrá la realización de actos de investigación necesarios para establecer la eficacia de la información proporcionada por el colaborador, de conformidad con el art. 475, apdo. 2, del NCPP. Los actos de investigación, con la finalidad de corroboración, los realizará la policía, bajo la dirección del Ministerio Público. Ello quiere decir que la Policía ejecuta las diligencias previas y eleva un Informe Policial. Es de precisar que esa segunda disposición no genera la paralización de los procesos e investigaciones en curso.

No se fija como primer acto de investigación la declaración del colaborador. Esta determina el itinerario de la investigación. El fiscal requerirá a los

órganos fiscales y judiciales, mediante comunicación reservada, copia certificada o información acerca de los cargos imputados al solicitante. Los órganos requeridos, sin trámite alguno y reservadamente, remitirán a la Fiscalía requirente la citada información (art. 475, apdo. 5, del NCPP). Ello quiere decir que la copia certificada o información de los cargos al solicitante es un requerimiento reglado.

La citación es obligatoria en caso del agraviado. Este informará sobre los hechos, precisará pretensiones y se le informará que puede intervenir para proporcionar información y documentación pertinente. Podrá firmar acuerdo de beneficios y colaboración (art. 475, apdo. 6, del NCPP).

Los actos de investigación, por su propia naturaleza, son reservados. Si en el curso de la investigación de corroboración surgen nuevos cargos contra el colaborador, se le emplazará y el fiscal decidirá si continúa o da por concluido el procedimiento.

También puede celebrarse un convenio preparatorio, que está en función a la calidad de la información ofrecida y naturaleza de los cargos inculcados (art. 475, apdo. 3, del NCPP). En él se precisa los beneficios, obligaciones y mecanismos de aporte de información y corroboración. Para su suscripción, claro está, ambas partes han de estar de acuerdo. En tanto, el convenio preparatorio, la suscripción del acuerdo está en función al cumplimiento de lo ofrecido y que su colaboración, en esencia, se corrobore.

El art. 475, apdo. 4, del NCPP, recoge una medida de seguridad personal para el colaborador. Dicha medida se dicta a favor del reo, siempre que exista riesgo para su vida o integridad [equivalente al internamiento del anormal psíquico grave para tratarlo médicamente]. Propiamente, no está destinado a evitar la fuga, contaminación o reiteración. Es de precisar que el fin mediato de tales medidas consiste en garantizar el éxito de la investigación de corroboración y de la conclusión del procedimiento de colaboración eficaz. Las medidas de protección también son medidas de seguridad procesal, pues buscan preservar los derechos del colaborador eficaz, así como de su familia (arts. 247-249 del NCPP). Si se trata de una privación o restricción grave de un derecho fundamental el origen de las medidas solo puede ser judicial —a instancia del fiscal—, y siempre han de ser objeto de un procedimiento reservado y en coordinación con el fiscal.

### **4.3. Fase de celebración del acuerdo**

Finalizada las diligencias de averiguación, el fiscal decidirá si considera procedente la concesión de beneficios. Para que exista acuerdo tiene que existir tres prevenciones:

- A. La decisión fiscal debe estar condicionada a reuniones del fiscal con el colaborador y su abogado. Son exigencias derivadas del principio del consenso.
- B. No se requiere que el resultado sea idéntico, en extensión y calidad, a lo ofrecido por el colaborador. Para el acuerdo se requiere la corroboración de datos que permitan alguno de los objetivos que la ley desea alcanzar, y está en función con la entidad de los beneficios del colaborador. En la elaboración del acta constará: el beneficio acordado, los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión en los casos que esta se produjere; y, las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada [art. 476, apdo. 1, del NCPP].
- C. El acuerdo no procede cuando la información es falsa o de mala fe, esto es, no existirá acuerdo cuando la información es fraudulenta.

En estos casos cabe realizarse la siguiente pregunta: ¿es recurrible la disposición de rechazo? De conformidad con el art. 476, apdo. 2, del NCPP, la respuesta es negativa, debido que solo es recurrible el archivo de actuaciones por inocencia (art. 334, apdo. 5, del NCPP).

El motivo de la desestimación es no haberse corroborado suficientemente en sus aspectos fundamentales la información brindada por el arrepentido [art. 476, apdo. 2, del NCPP]. Los efectos de la improcedencia de la concesión de beneficios son cuatro:

- A. Procesar al colaborador según lo actuado contra él.
- B. Iniciar cargos contra los sindicados con la finalidad de procesarlos y perseguirlos.
- C. En caso de declaraciones de mala fe contra terceros inocentes, se les debe cursar comunicación para que proceda contra el colaborador.
- D. Las declaraciones del colaborador no pueden ser utilizadas contra él, esto es, se toman como inexistentes. Sin embargo, las declaraciones del colaborador contra terceros pueden ser utilizadas —siempre que sean veraces— y se actuará según indicios, para lo cual se emplazará al solicitante para una nueva declaración al arrepentido.

#### 4.4. El acuerdo de beneficios y colaboración

El acta consta de seis cláusulas que debe estar firmada por todos los intervinientes. Como acto específico y formal se debe consignar la fecha, lugar, además de la identificación de los que intervengan.



- **Primera cláusula**  
Identificación del colaborador y su abogado. Es indispensable considerar si existe una medida de protección de reserva de identidad.
- **Segunda cláusula**  
Precisión de los cargos. Ello quiere decir, que se tiene que identificar los hechos imputados y su registro judicial (Número de causa, órgano judicial o fiscal, estado del proceso), además debe precisar la tipificación del hecho.
- **Tercera cláusula**  
Reconocimiento, admisión o aceptación total y parcial, incluye el llamado “*nolo contendere*”. En él consta la voluntad de someterse a la justicia y colaborar. El colaborador debe conocer los alcances del procedimiento de colaboración eficaz. Asimismo, se debe fijar el ámbito de los cargos pertinentes.
- **Cuarta cláusula**  
Descripción de la información proporcionada y delimitación de la utilidad de la misma. Además, precisión de la información que ha sido corroborada.
- **Quinta cláusula**  
Precisión del beneficio acordado y las normas aplicables. Siempre se impondrá la reparación civil pertinente.
- **Sexta cláusula**  
Enumeración de las obligaciones del colaborador, como no cometer un nuevo delito doloso dentro de los diez años de habersele otorgado el beneficio, informar cambio de domicilio, realizar trabajos lícitos, reparar los daños ocasionados, salvo imposibilidad, entre otros. Pero, los más resalantes son concurrir a citaciones de la justicia por hechos derivados del acuerdo y declarar con la verdad.

#### 4.5. Fase de control y decisión jurisdiccional

##### 4.5.1. Competencia objetiva

Si el proceso por colaboración eficaz se encuentra en la etapa de investigación o antes de ella, el juez competente para su conocimiento es el juez de la investigación preparatoria (art. 477, inc.1, del NCPP). Si el proceso de colaboración eficaz se inicia en el proceso contradictorio en el Juzgado y antes del juicio oral, el juez penal no necesariamente es el mismo (art. 478, inc. 1, del NCPP). En caso de que el proceso

de colaboración eficaz se inicie luego del fallo firme, el juez competente es el juez de la investigación preparatoria (art. 478, inc. 3, del NCPP).

#### 4.5.2. Control preliminar

Todo lo actuado será remitido al juez, quien en el plazo de cinco días, mediante resolución no impugnabile, formulará observaciones formales, cuando así lo estime conveniente, al contenido del acta y la concesión de beneficios. En la resolución emitida ordenará la devolución de lo actuado al fiscal. Para ello el juez verificará si contiene todas las cláusulas obligatorias del acuerdo de beneficios y colaboración, o si adolece de oscuridades o defectos formales.

#### 4.5.3. Audiencia especial y privada

Con el acta inicial o complementaria, el juez citará a audiencia a quienes celebraron el acuerdo, dentro del décimo día. La audiencia tiene como objetivo: **i)** precisar y ratificar el contenido del acta; **ii)** exponer los motivos del acuerdo, así como interrogar al reo; **iii)** formular el alegato final.

Es de precisar que se levantará un acta donde conste todo lo actuado en la mencionada audiencia.

#### 4.5.4. Decisión judicial

Culminada la audiencia, el juez dentro del tercer día emitirá: **i)** auto de desaprobación del acuerdo; **ii)** sentencia aprobatoria del acuerdo. En ambos casos se puede interponer recurso de apelación, la misma que será de conocimiento de la Sala Superior. Es de precisar, que el agraviado también tiene derecho a impugnar la sentencia aprobatoria; solo si se constituyó en parte procesal (art. 477, apdo. 4, NCPP).

#### 4.5.5. Ámbito del control del Acuerdo

Comprende 5 ámbitos:

- Voluntariedad y conocimiento de los alcances del Proceso de colaboración.
- Conocimiento de los hechos delictivos perpetrados y que la persona del reo no esté imposibilitada legalmente de acceder al proceso de colaboración eficaz.

- Legalidad de los beneficios acordados.
- Compatibilidad de las obligaciones impuestas.
- Proporcionalidad entre los hechos delictivos perpetrados y los beneficios acordados.

En caso de que se emita una sentencia aprobatoria, si el acuerdo aprobado consiste en la exención o remisión de la pena, se debe ordenar su inmediata libertad, además de la anulación de los antecedentes del beneficiado. Si se disminuye la pena al colaborador, se le declarará responsable y se le impondrá una sanción. En este caso el límite son los términos del acuerdo. Asimismo se le impondrá las obligaciones pertinentes.

Cuando se emita un auto denegatorio del acuerdo, ya sea porque el acuerdo es rechazado por el fiscal o desaprobado por el juez, las diversas declaraciones expuestas por el colaborador se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizadas en su contra (art. 281, apdo. 1, del NCPP). Sin embargo, las declaraciones de terceros, prueba documental, pericias, diligencias objetivas e irreproducibles mantienen su valor y podrán ser valorados en otros procesos. Para tal efecto rige lo dispuesto en el art. 158, del NCPP (valoración de la prueba) y el art. 159 del NCPP (utilización de la prueba).

#### 4.6. Fase de revocación

El acuerdo de colaboración eficaz exige obligaciones, además de la caución, y supone un control por parte del Ministerio Público. En este sentido, para la revocación del beneficio premial, la fiscalía deberá realizar una “indagación previa” (art. 480, apdo. 1, del NCPP). La solicitud de revocación tiene que estar debidamente motivada. La competencia objetiva le corresponde al órgano judicial que otorgó el beneficio. El cual deberá seguir los siguientes pasos:

- A. Control y procedencia. En caso que pase el control, se correrá traslado por cinco días al beneficiado.
- B. Con la contestación o sin ella —es una posibilidad procesal—, emitirá el auto de citación a audiencia, en el que se deberá convocar a todos los que suscribieron el acta de colaboración.
- C. La audiencia se instalará con la presencia obligatoria del fiscal, pero continuará a pesar de la incomparecencia del beneficiado, a quien se le nombrará un abogado defensor de oficio. Instalada la audiencia se escuchará la posi-

ción del fiscal y del abogado del beneficiado. Además, se actuará la prueba ofrecida y admitida.

- D. Luego de ello, el juez emitirá el auto debidamente fundamentado en un plazo no mayor a tres días.
- E. Contra la resolución emitida por el juez, procede recurso de apelación, que será conocida por la Sala Penal.

#### 4.7. Efectos del auto revocatorio

Los efectos del auto de revocación están en función al beneficio que se revoca al colaborador.

Cuando se refiere a exención de pena se remitirán los actuados al fiscal provincial para que formule acusación y solicite la pena correspondiente (art. 480, num. 2, literal a, del NCPP). El juez penal emitirá el auto de enjuiciamiento correspondiente y correrá traslado a las partes por un plazo de 5 días para presenten sus alegatos y ofrezcan pruebas (art. 480, num. 2, literal b, del NCPP). Luego de la admisión de la prueba, el juez emitirá el auto de citación a juicio y señalará el día y hora para la audiencia. En el acto oral se examinará al reo, actuarán las pruebas ofrecidas y previos alegatos se emitirá sentencia (art. 480, apdo. 2, literal c). Es de precisar que contra la sentencia procede recurso de apelación que deberá ser evaluada por la Sala Penal.

Con relación a la disminución de pena, se sigue el mismo procedimiento que cuando se trata de exención de pena. Empero, en este caso, no interviene el actor civil.

## IX. PROCESO CON ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES: ORGANIZACIÓN CRIMINAL

### 1. Aspectos generales

#### 1.1. 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 art. 3 de la acotada Ley (art. 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 (art. 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 art. 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 arts. 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 NCPP, en la Ley n.º 30076, de 19-08-13, y los D. Legs. n.ºs 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 volun-

tad 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 arts. 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 art. 317 CP sobre asociación ilícita, aunque por cierto no existe una coincidencia total entre ambas figuras, pero resulta plenamente factible utilizar ese tipo legal conjuntamente con el injusto personal cometido. Es obvio que el crimen organizado es un supuesto –no elevado a una concreta figura penal por la vigente legislación– más compleja y con mayores o más requisitos –que ganan en intensidad– que el delito de asociación ilícita –aunque este lo comprende, pues las mayores exigencias de la organización criminal respecto de la asociación ilícita no lo excluyen de por sí–. En consecuencia, y en lo pertinente, es posible invocar la aplicación este último delito cuando se trata de la persecución y sanción del crimen organizado en los marcos de la legislación examinada.

## 1.2. Delitos comprendidos

El art. 3 de la Ley n.º 30077, establece para la criminalidad organizada, los siguientes delitos graves:

- Homicidio calificado-asesinato (art. 108 del CP)
- Secuestro (art. 152 del CP)
- Trata de personas (art. 153 del CP)
- Violación del secreto de las comunicaciones (art. 162 del CP)
- Delitos contra el patrimonio (arts. 186 –hurto agravado–, 189 –robo agravado–, 195 –receptación agravada–, 196-A –estafa agravada– y 197 –supuestos típicos de estafa– del CP)
- Pornografía infantil (art. 183-A del CP)
- Extorsión (art. 200 del CP)
- Usurpación (arts. 202 y 204 del CP)
- Delitos informáticos (arts. 207-B y 207-C del CP)
- Delitos contra la propiedad intelectual (art. 222 del CP)
- Delitos monetarios (arts. 252, 253 y 254 del CP)
- Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos (arts. 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del CP).
- Delitos contra la salud pública (arts. 294-A y 294-B del CP)
- Tráfico Ilícito de Drogas en sus diversas modalidades.
- Delitos de tráfico ilícito de migrantes (arts. 303-A y 303-B del CP)
- Delitos ambientales (arts. 310-A, 310-B y 310-C del CP)
- Delitos de marcaje o reglaje (art. 317-A del CP)
- Genocidio, desaparición forzada y tortura (arts. 319, 320 y 321 del CP)
- Delitos contra la administración pública (arts. 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397A, 398, 399, 400 y 401 del CP)
- Delitos de falsificación de documentos (art. 427 del CP)
- Lavado de activos (arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del D. Leg. n.º 1106).

## 2. Aspectos procesales de la criminalidad organizada

### 2.1. Ámbito de aplicación

Rigen tanto las normas de la ley especial como las disposiciones del NCPP –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 art. 4º de la Ley n.º 30077. Se descarta por completo, en cualesquier 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.º 30133, de 20-12-13. Esa Ley estatuyó, en cierta concordancia con el art. 24 NCPP, 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: art. 6 de la Ley n.º 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.º 30076 y los posteriores Decretos Legislativos n.º 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

§ 1. La Ley N° 30076, en lo pertinente y en lo que, por extensión, es propio para el proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado, incorporó dieciséis cambios, sin perjuicio de las modificaciones que inciden en el derecho procesal de ejecución –con clara vocación restrictiva– y en el proceso auxiliar de cooperación judicial internacional.

Son los siguientes:

- A. La titularidad de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, encuentra una precisión, respecto a las relaciones con la Policía. El incorporado apdo. 4 del art. II del TP NCPP 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 someten el MP y la PNP. Ello impone capacitaciones conjuntas en lo que al ámbito de coordinación corresponde.
- D. El art. 67 NCPP 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 art. 84° NCPP si bien ratifica el principio de moralidad procesal, es reiterativo de la prohibición genérica establecida por la Ley Procesal Común, el art. 112.6 CPC, sobre la actuación de mala fe procesal o temeridad.
- F. El art. 85° NCPP 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 será en el caso de la designación de un nuevo abogado de confianza. Eso para porque se construyó mal la frase del último extremo del segundo apartado; en vez de una coma, debió consig-

narse 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 art. 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 (art. 170 NCPP) 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 art. 270.3 NCPP 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 art. 287 NCPP, 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 art. 311 NCPP 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 art. 386 NCPP 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 art. 161 NCPP 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 art. 119-A NCPP 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 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 art. 381° NCPP, 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 video-conferencia. En caso de órganos de prueba protegidos también es viable la recepción de su declaración o examen este método (art. 248.2e NCPP).

§ 2. 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 NCPP, 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 NCPP –la aplicación del NCPP 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 art. 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 art. 7 determinó que la información que proporciona tiene el carácter de secreta y el mismo tratamiento jurídico del art. 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 cuando de su recepción, y la duración de la comunicación en referencia.

§ 3. La misma Ley n.º 30077 incorporó, de otro lado, doce cambios en el NCPP, 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 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.
- 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. 1106 –antes era la Ley n.º 27705–.

- F. En lo relativo al agente encubierto, la identidad supuesto se entrega 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 tome conocimiento de delitos contra la vida e integridad personal, y cuando se trata de delitos de terrorismo, TID y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el fiscal excepcionalmente, dando cuenta al juez para su convalidación, incorporará dicho número al procedimiento de intervención ya existente, siempre y cuando el JIP en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.
- J. En cuanto a las medidas de protección, podrá adoptarse la salida del país con una calidad migratoria que permita al extranjero y/o sus familiares residir temporalmente o realizar actividades en el extranjero.
- K. Un acto de investigación especial nuevo es la denominada “operación encubierta” focalizada en la criminalidad organizada para identificar bienes y personas. Estas serán la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general –incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible– entre otros procedimientos, incluso la creación ficticia de personas jurídicas o la modificación de las existentes. Se abrirá un registro especial y las actuaciones sobre este acto de investigación especial no formarán parte del expediente, sino un cuaderno secreto, al que tendrán acceso los fiscales y jueces competentes.
- L. Del proceso por delito de lavado de activos y otras formas de crimen organizado, lamentablemente, se eliminó la institución de la “búsqueda selectiva en bases de datos”, que incorporaban que la Policía, por sí o a instancia del fiscal, realizará comparaciones de datos registrados en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público; y, si se trata de acceso a información confidencial o del análisis



cruzado de las bases de datos, deberá mediar autorización judicial. Es absurda esta derogatoria del art. 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 (art. 5, num. 1, de la Ley n.º 30077). De conformidad con el art. 334, inc. 2, del NCPP, 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 (art. 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 (art. 6 de la Ley n.º 30077). Se considera complejo un proceso contra 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 (art. 342, apdo. 3, del NCPP).

### **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, por sí mismos obtienen la información necesaria para erigirse en fuente de investigación o de prueba. Como no representan una intensa restricción de derechos fundamentales, solo requieren el conocimiento –dación en cuenta– y/o la autorización del fiscal; y, cuando sea menester afectar más intensamente un derecho fundamental, en especial el secreto postal o el secreto de las comunicaciones, se requerirá con carácter previo la orden judicial –ambas medidas son, en pureza, medidas instrumentales restrictivas de derechos y se reputan actos indirectos de investigación–.

De otro lado, la Ley n.º 30077 cambia el *nomen iuris* de la institución, de actos especiales de investigación a técnicas especiales de investigación, aunque en puridad se trata de vocablos sinónimos. Al incidir en el vocablo “técnicas” se destaca un procedimiento especializado técnico-policial y criminalístico, cuya ejecución y, antes, planeamiento, requiere de un algo grado de preparación y conocimientos para sorprender a los delincuentes organizados, construir un sofisticado armazón probatorio con entidad para descubrir las lógicas del funcionamiento de la organización criminal, y desbaratar la organización criminal misma y sus redes de actuación; y, de ese modo, ponerlos a disposición de la justicia con las pruebas de cargo correspondientes.

Ha destacado Naciones Unidas que lo que califica estas técnicas como especiales es el hecho de que su aplicación es a menudo costosa y complicada, requiere experiencia avanzada y, algunas veces, conocimientos e instrumentos tecnológicos avanzados; su aplicación puede, en algunos casos, implicar problemas éticos, mientras que en otros puede crear peligros para la seguridad de los operadores, y, aún más importantes, puede afectar derechos fundamentales de los individuos. En principio, por lo tanto, deben utilizarse cuando no exista una alternativa razonable para obtener información o pruebas [UNODC].

A diferencia de los citados actos o técnicas especiales de investigación, son medidas de búsqueda y restricción de derechos: 1. El control de comunicaciones, 2. La interceptación postal, 3. El levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, 4. La incautación. Las unas y las otras configuran, genéricamente, medidas que de uno u otro modo, limitan derechos fundamentales materiales –con diferentes niveles de intensidad–, pero –como ya se anotó– las primeras son actos directos de investigación –que buscan elementos de información válidos y útiles– con un contenido funcional específico de propender a esclarecer y des-

cubrir 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 (art. 203.2 NCPP); la audiencia es optativa (art. 203.3 NCPP), 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 art. 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 art. 207 NCPP, 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, 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 NCPP el art. 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 entienda –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 (art. 2).

Está técnica especial de investigación no incide en el proceso comunicativo en sí mismo a través de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar. No está destinada a captar o saber lo que un sospechoso está conversando o con quién lo está haciendo —acto de intervención de comunicaciones—, sino dónde se encuentra el poseedor que utiliza un teléfono móvil asociado a una línea telefónica determinada u otro dispositivo electrónico de naturaleza similar —así se desprende de la prevención fijada en el art. 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. No otra información deben 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 art. 259 NCPP. 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 NCPP fijó para la competencia del Juzgado Penal Unipersonal y la viabilidad del recurso de casación (arts. 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 (art. 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 interviene 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 arts. 3 de la Ley y 202, en lo pertinente, NCPP–, 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 art. 231 NCPP: **(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 (art. 2.10) del derecho a la intimidad (art. 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 *jure et de jure* 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: arts. 2.10 y 5; y, salvo flagrancia delictiva, en la libertad domiciliaria (ingreso o allanamiento y registro) y en la libertad personal (detención): art. 2.24, literales 9 y 24f.

Es cierto que dicha medida implica una intromisión en la vida privada de las personas, pero ha sido arbitrada por la ley, ha sido encargada a una autoridad pública facultada para el combate contra el crimen –como es la Policía Nacional y, luego, el Ministerio Público–, y precisa el ámbito de la afectación: geolocalización de un sospechoso –ofrece certeza y seguridad jurídica–. Además, en clave esencial, persigue un fin legítimo, en tanto facilita la investigación y persecución de los delitos que tutelan bienes jurídicos de importancia en aras de mantener el orden público y la paz social; es una medida idónea, porque permite el empleo de tecnología adecuada para la persecución de los delitos y que la autoridad actúe con oportunidad; es necesaria –o excepcional–, pues se aplica cuando no exista otro



medio efectivo menos lesivo para ubicar al sospechoso y así evitar el menoscabo de la efectividad de la investigación –se ha evitar, por ella y en función al peligro por la demora y la urgencia, el riesgo de afectar la vida o integridad de la víctima del delito o que se pueda ocultar o desaparecer el objeto o el cuerpo del delito–; y, es estrictamente proporcional, porque la restricción que supone es compensada por la importancia de los bienes jurídicos protegidos por los distintos tipos legales a los que se limita el usos de la medida, de modo que el interés particular cede en aras de mantener el orden público y la paz social (Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Sentencia de 16-01-14).

Por lo demás, está medida está asociada: **1)** Al principio de especialidad, referido a una investigación delimitada en curso respecto de delitos concretos –lo que no impide, en su caso, la utilización de los denominados “hallazgos casuales”–. **2)** A su utilización temporal, pues la Ley fija periodos semestrales prorrogables, pero no podrá prorrogarse de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada. **3)** A una finalidad exclusivamente probatoria, esto es, establecer la existencia del delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo. **4)** A la existencia de flagrancia delictiva –en clave del principio de intervención indiciaria, se requiere algo más que indicios de la comisión del delito, lo que explicaría que quede librado a una primera apreciación policial; la evidencia del hecho que deriva de la propia flagrancia que da entender su obvia realidad. **5)** a la convalidación judicial, que denota previamente la intervención de la Fiscalía y, luego, la autorización *ex post* del juez competente, quien la confirmará la geolocalización ejecutada mediante auto motivado en clave constitucional, esto es, analizando la flagrancia delictiva y los sub-principios 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 art. 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 art. 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 arts. 230 y siguientes NCPP, y a sus procedimientos y límites debe someterse la autoridad de investigación penal.

#### 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 art. 20 incorpora la prueba trasladada, figura que por cierto es reconocida en el art. 261 del ACPP. Los requisitos legales de la incorporación de actuaciones probatorias procedentes del proceso fuente son dos: i) Que provenga de otro proceso penal, y ii) Que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal –en este extremo difiere parcialmente del art. 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 art. 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 acredi-

tada una causal de ausencia insubsanable de su parte, no puede ser utilizada [Exp. n.º 19-2001: Caso Fujimori].

Es de precisar que: **i)** el valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, 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.



## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL

1. ABAD YUPANQUI, Samuel: *Constitución y proceso constitucional*, Ed. Pa-lestra, 5.ª ed., Lima, 2015.
2. ADOLFO ALVARADO, Velloso/AGUILA GRANADOS, Guido: *Lec-ciones de derecho procesal civil*, Ed. San Marcos, 2.ª ed., Lima, 2011.
3. ALVA MONGE, Pedro José/SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán: *Las casaciones penales en el Perú*, t. I, Jurista Editores, Lima, 2015.
4. ALVA MONGE, Pedro José/ SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán: *Las casaciones penales en el Perú*, t. II, Jurista Editores, Lima, 2015.
5. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
6. AMBOS, KAI/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *Constitución y sis-tema acusatorio*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
7. ANGULO ARANA, Pedro: *La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
8. ANGULO ARANA, Pedro: *El interrogatorio de testigos en el proceso penal*, Gaceta Jurídica, 2.ª ed., Lima, 2008.
9. ARAGONESES, Alonso: *Instituciones de derecho procesal penal I*, Gráficas Mesbard, Madrid, 1976.
10. ARIAS DUQUE, Juan Carlos/CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette y otros: *El proceso penal acusatorio colombiano*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005.
11. ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, 5.ª. ed., Madrid, 2010.
12. ARMENTA DEU, Teresa (cordinadora): *La convergencia entre proceso ci-vil y penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

13. ARMENTA DEU, Teresa: *Sistemas procesales penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
14. ARMENTA DEU, Teresa: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Ed. Marcial Pons, 2.ª ed., Madrid, 2011.
15. ARNAÍZ SERRANO, AMAYA: *Las partes civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
16. ASECNCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Valencia, 2003.
17. ASECNCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio e imparcialidad*, Ed. Grijley, Lima 2013.
18. ASECNCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
19. ASECNCIO MELLADO, José María (coordinador): *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.
20. ASECNCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, 5.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
21. ASECNCIO MELLADO, José María: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 4.ª ed., Valencia, 2008.
22. ASECNCIO MELLADO, José María: *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Ara, Lima, 2010.
23. BACHMAIER WINTERT, Lorena (coordinadora): *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
24. BACIGALUPO, Enrique: *El debido proceso penal*, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2005.
25. BÁEZ, Julio: *Derecho procesal penal*, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010.



26. BANACLOCHE PALAO, Julio/ZARZALEJOS NIETO, Jesús: *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
27. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos: *Derecho procesal penal*, Ed. Mc GrawHill, 3.<sup>a</sup> ed., México D. F., 2009.
28. BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, t. II, Universidad Externado de Colombia, 6.<sup>a</sup> ed., Bogotá, 2013.
29. BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, t. II, 6.<sup>a</sup> ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
30. BINDER, Alberto M: *Introducción al derecho procesal penal*, 2.<sup>a</sup> ed., tercera reimpresión, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
31. BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora académica): *Derecho probatorio contemporáneo / prueba científica y técnicas forenses*, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO, Cartagena, 2012.
32. BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora académica): *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO, Cartagena, 2013.
33. CACERES JULCA, Roberto: *Las medidas cautelares en el Nuevo Proceso Penal*, Ed. Jurista Editores, Lima, 2009.
34. CAFFERATA NORES, José: *La prueba en el proceso penal*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998.
35. CAFFERATA NORES, José/HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *La prueba en el proceso penal*, Ed. LexisNexis, 6.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 2008.
36. CAFFERATA NORES, José y otros: *Manual de derecho procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004.

37. CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, Vol. I, Bibliográfica, Argentina, 1945.
38. CALDERON CEREZO, Ángel/CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Ed. Dikynson, Madrid, 2002.
39. CALDERON SUMARRIVA, Ana/AGUILA GRADOS, Guido: *Derecho procesal penal - Didáctico*. Escuela de Graduandos Águila y Calderón, Ed. San Marcos, Lima, 2001.
40. CALVINHO, Gustavo: *El sistema procesal de la democracia*, Ed. San Marcos, Lima, 2008.
41. CAMARGO ACOSTA, Johan S.: *Código Procesal Civil comentado*, t. II, Ed. Adrus, Arequipa, 2010.
42. CARNELUTTI, Francesco: *Lecciones sobre el proceso penal*, t. IV, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950.
43. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo: *Manual del sistema de justicia penal*, t. II, Ed. Librotécnia, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago, 2010.
44. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo/FELICES MENDOZA, María: *El Nuevo Proceso Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2011.
45. CARRIÓN LUGO, Jorge: *El recurso de casación en el Código Procesal Penal*, vol. III, Ed. Grijley, Lima, 2012.
46. CHÍA, Rubén A.: *La prueba en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
47. CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto/OBLIGADO, Daniel Horacio: *La nueva casación penal*, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2005.
48. CLARÍA OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962.

49. CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1968.
50. CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 2005.
51. COMPAIRED, Carlos Román/SANTAGATI, Claudio Jesús: *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2010.
52. CORDERO, Franco: *Procedimiento penal*, Ed. Temis, Bogotá, 2000.
53. CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Ed. Añazadi, Navarra, 1999.
54. COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.
55. CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.
56. CRUZ MORATONES, Carles/FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina/FERRER BELTRÁN, Jordi: *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
57. CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El nuevo proceso penal*, Ed. Palestra, 2.ª ed., Lima, 2015.
58. CUBAS VILLANUEVA, Víctor/DOIG DÍAZ, Yolanda/QUISPE FAFÁN, Fany Soledad: *El nuevo proceso penal*, Ed. Palestra, Lima, 2005.
59. CUELLO IRIARTE, Gustavo: *Derecho probatorio y pruebas penales*, Ed. Legis, Buenos Aires, 2008.
60. D'ALBORA, Francisco J: *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Lexis-nexis, 5.ª ed., Buenos Aires, 2002.
61. 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.

62. 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.
63. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
64. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*, Ed. ARA, Lima, 2008.
65. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ed. ARA, Lima, 2010.
66. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: *La individualización de la pena en los tribunales de justicia*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
67. DE LA RUA, Fernando: *La Casación Penal*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
68. 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.
69. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
70. DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, 3.ª ed., Buenos Aires, 2004.
71. DI GIULIO, Gabriel H.: *Nulidades procesales*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
72. 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.

73. DOIG DÍAZ, Yolanda: *El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004*, Ed. Gaceta Jurídica, t. 149, abril de 2006.
74. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo/TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal*, Ed. Aranzadi, 4.<sup>a</sup> ed., Navarra, 2007.
75. 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.
76. 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.
77. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Lustel, Madrid, 1998.
78. FERRER BELTRÁN, Jordi: *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
79. FERRER BELTRÁN, Jordi: *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
80. FERRARA, Francesco: *Teoría de las personas jurídicas*. Ed. Reus, Madrid, 1929.
81. FLORIAN, Eugenio: *Elementos de derecho procesal penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1934.
82. FONTANET MALDONADO, Julio E: *Principios y técnicas de la practica forense*, Ed. Jurídica editores, San Juan de Puerto Rico, 2002.
83. GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino: *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Jurista Editores, Lima, 2008.
84. GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Derecho procesal civil*, Ed. Bosch, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2012.

85. GARBERÍ LLOBREGAT, José/GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Apelación y casación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1994.
86. GARCIA CAVERO, Percy: *Derecho penal parte general*, Jurista Editores, 2.<sup>a</sup> ed., Lima, 2012.
87. GARCÍA CAVERO, Percy: *La persona jurídica en el derecho penal*, Ed. Grijley, Lima, 2008.
88. GARCIA CAVERO, Percy: *La prueba por indicios en el proceso penal*, Ed. reforma, Lima, 2010.
89. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho penal – Parte General*, Jurista Editores, Lima, 2009.
90. GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, 1998.
91. GASCÓN ABELLÁN, Marina/GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *La argumentación en el derecho*, Ed. Palestra, Lima, 2003.
92. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Proceso penal y persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
93. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal civil*, t. I, Ed. Colex, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2007.
94. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Colex, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2007.
95. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Ed. Civitas, Pamplona, 2012.
96. GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Colex, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004.

97. GIMENO SENDRA, Vicente: "El principio acusatorio en Perú y España", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 52, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
98. GOMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal constitucionalizado*, Ed. Ibanez, Bogotá, 2013.
99. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinador): *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
100. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (Dir.): *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010.
101. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. COLEX, Madrid, 1990.
102. GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luis: *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*, Ed. LEYER, Bogotá, 2005.
103. GONZÁLEZ RUS, Juan José: "La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuesta de reforma", en: *Revista Anales de Derecho*, n.º 30, 2012.
104. GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (director)/ SANZ HERMEIDA, Ágata (coordinadora): *Investigación y prueba en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 2006.
105. GRANADOS PÉREZ, Carlos (Dir.): *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial II-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
106. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.
107. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*, Ed. Nueva Jurídica, 2.ª ed., Bogotá, 2007.

108. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián: *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2.<sup>a</sup> ed. ampliada, Bogotá, 2005.
109. GUIDO FASSO: *Historia de la filosofía del derecho*, t. I, Piramide, Madrid, 1983.
110. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo: *La prisión provisional*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
111. GUZMAN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, 7.<sup>a</sup> ed., Alear, Legislación Peruana, Lima, 1977.
112. GUZMAN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
113. HAKANSSON NIETO, Carlos: *Curso de derecho constitucional*, Ed. Pa-lestra, Lima, 2009.
114. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. II, Ed. Idemsa, 3.<sup>a</sup> ed., Lima, 2010.
115. HORVITZ LENNON, María Inés/LOPEZ MASLE, Julián: *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
116. HORVITZ LENNON, María Inés/LOPEZ MASLE, Julián: *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
117. HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de derecho penal – Parte General*, t. I, Ed. Idemsa, Lima, 2011.
118. HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIGA, Víctor: *Manual de derecho penal. Parte General*, t. II, Ed. Idemsa, 4.<sup>a</sup> ed., Lima, 2011.
119. 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.



120. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *El comité de Derechos Humanos, La casación penal española y el Control del razonamiento probatorio*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.
121. 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.
122. JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
123. JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
124. JESCHECK, Han-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Tratado de derecho penal Parte General*, II Volúmenes, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
125. LATORRE, Ángel: *Introducción al derecho*, Ed. Ariel, Madrid, 2012.
126. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. I, Ed. Gaceta Jurídica, 3.<sup>a</sup> ed., Lima, 2011.
127. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. II, Ed. Gaceta Jurídica, 3.<sup>a</sup> ed., Lima, 2011.
128. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal: Doctrinas Generales*, t. I, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.
129. LLOBET RODRIGUEZ, Javier: "Proceso penal en la jurisprudencia", en: *Código Procesal Penal Anotado con Jurisprudencia*, t. I, Ed. Jurídica Continental, San José, 2001.
130. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Ed. Jurídica Continental, 4.<sup>a</sup> ed., San José, 2009.
131. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Derecho procesal penal*, t. I y II, Ed. Jurídica Continental, San José, 2005.

132. LLUCH, Xavier Abel & PICO I JUNOY, Joan: *La prueba pericial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
133. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de derecho procesal penal*, Ed. Akal/iure, Madrid, 1999.
134. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de derecho procesal penal*, Ed. Thomson Aranzandi, Navarra, 2004.
135. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Ed. IURE Editores, 2.a ed., México D. F., 2011.
136. LOPEZ ESCOBAR, Leonardo David: *Derecho probatorio contemporáneo*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012.
137. LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El interés casacional*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
138. LOUTAYF RANEA, Roberto/COSTAS, Luis Félix: *La acción civil en sede penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
139. MAIER, Julio/DÍAZ CANTÓN, Fernando: *Los recursos en el procedimiento penal*, Editores Del Puerto, 2.ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2004.
140. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, 2.ª ed., Buenos Aires, 1996.
141. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, 2.ª ed., Buenos Aires, 2004.
142. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal*, t. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
143. MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952.
144. MARINONI, Luiz Guilherme: *Introducción al derecho procesal civil*, Ed. Pa-lestra, Lima, 2015.

145. MARTINEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Ed. Temis, Bogotá, 2002.
146. MEINI, Iván: *Lecciones de derecho penal – Parte General*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014.
147. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal - Parte General*, Ed. Repertor, Barcelona, 2008.
148. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
149. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 1999.
150. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista Editores, Lima, 2012.
151. MIXAN MASS, Florencio: *Teoría de la prueba*. Ed. BLG, Trujillo, 1992.
152. MIXAN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, Ediciones BGL, Trujillo, 2003.
153. MONTERO AROCA, Juan: *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
154. MONTERO AROCA, Juan: *Proceso penal y libertad*, Ed. Arazandi, Navarra, 2008.
155. 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.
156. 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.

157. MONTON REDONDO, Alberto: "Los medios de impugnación". En: *Derecho Jurisdiccional*, W. MONTERO AROCA, Juan, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
158. MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo/VILA ORMEÑO, Cynthia: *La Constitución de 1993 y precedentes vinculantes*, Ed. Grijley, Lima, 2012.
159. 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.
160. MORAS MOM, Jorge: *Manual de derecho procesal penal*, Ed. LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
161. MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ/VALENTÍN: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
162. MORESO MATEOS, José Juan/VILAJOSANA, Josep María: *Introducción a la teoría del derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
163. MORENO RIVERA, Luis: *La casación penal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2013.
164. NEYRA FLORES, José Antonio: *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Idemsa, Lima, 2015.
165. NEYRA FLORES, José Antonio: *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Ed. Idemsa, Lima, 2015.
166. NIEVA FENOLL, Jordi: *El hecho y el derecho en la casación penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.
167. NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
168. NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de derecho procesal penal*, Ed. IB-def, Buenos Aires, 2012.

169. NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal I. Introducción*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
170. NOGUERA RAMOS, Iván: *Investigación en la escena del crimen*, Ed. Grilley, Lima, 2012.
171. Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNDOC): *Compendio de casos de delincuencia organizada*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.
172. ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual de derecho procesal penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Alternativas, Lima, 1999.
173. ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual derecho procesal penal*, t. II, Ed. Reforma, Lima, 2014.
174. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
175. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
176. ORTELLS RAMOS, Manuel/CÁMARA RUIZ, Juan/SÁNCHEZ, Ricardo Juan: *Derecho procesal. Introducción*, Ed. Punto y Coma, Valencia, 2003.
177. ORTELLS RAMOS, Manuel/TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Dirección y Coordinación): *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
178. ORTIZ SCHINDLER, Enrique/MEDINA RAMIREZ, Marco Antonio: *Manual del nuevo proceso penal*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2005.
179. PALACIO, Lino Enrique: *Los recursos en el proceso penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
180. PARDO IRANZO, Virginia: *La prueba documental en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

181. PASTOR ALCOY, Francisco: *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
182. PAVÓN GÓMEZ, Germán: *De la casación y la revisión penal*, Ed. doctrina y Ley, Bogotá, 2010.
183. PAZ RUBIO, José Mario/MENDOZA MUÑOZ, Julio/OLLE SESÉ, Manuel/RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1999.
184. PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Colex, Madrid, 2000.
185. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Rodhas, 2.ª ed., Lima, 2014.
186. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho procesal penal*, t. II, Ed. Rodhas, 2.ª ed., Lima, 2014.
187. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: *Los principios de legalidad y oportunidad*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
188. PÉREZ ARROYO, Miguel: *Derecho penal y derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. INPECCP, Lima, 2010.
189. PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo: *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*, Temis, Bogotá, 2005.
190. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín/FERREIRO BAHAMONDE, XULIO-XOSÉ/PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón/SEOANE SPIELGLBERG, José Luis: *Derecho procesal penal*, Ed. Civitas, Pamplona, 2009.
191. PÉREZ PINZÓN, Orlando: *Los principios generales del proceso penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
192. PICO I JUNOY, Joan: *El juez y la prueba*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

193. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Criminalidad organizada*, Ed. Idemsa, Lima, 2006.
194. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Ed. Idemsa, Lima, 2013.
195. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: “El proceso de seguridad”, en: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Ed. Ara, Lima 2009.
196. PUJADAS TORTOSA, Virginia: *Teoría General de las medidas cautelares penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
197. QUIROZ SALAZAR, William: *La prueba del dolo en el proceso acusatorio garantista*, Ed. Ideas, Lima, 2014.
198. RAMIREZ CARBAJAL, Diana: “Algunas apreciaciones sobre el derecho probatorio contemporáneo”, en: *Derecho Probatorio Contemporáneo*, Medellín, 2012.
192. REVILLA GONZALES, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
200. REYNA ALFARO, Luis: *Manual de proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
201. 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.
202. RIFÁ SOLER, José/RICHARD GONZALEZ, Manuel/ RIANO BRUN, Maki: *Derecho procesal penal*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.
203. 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.

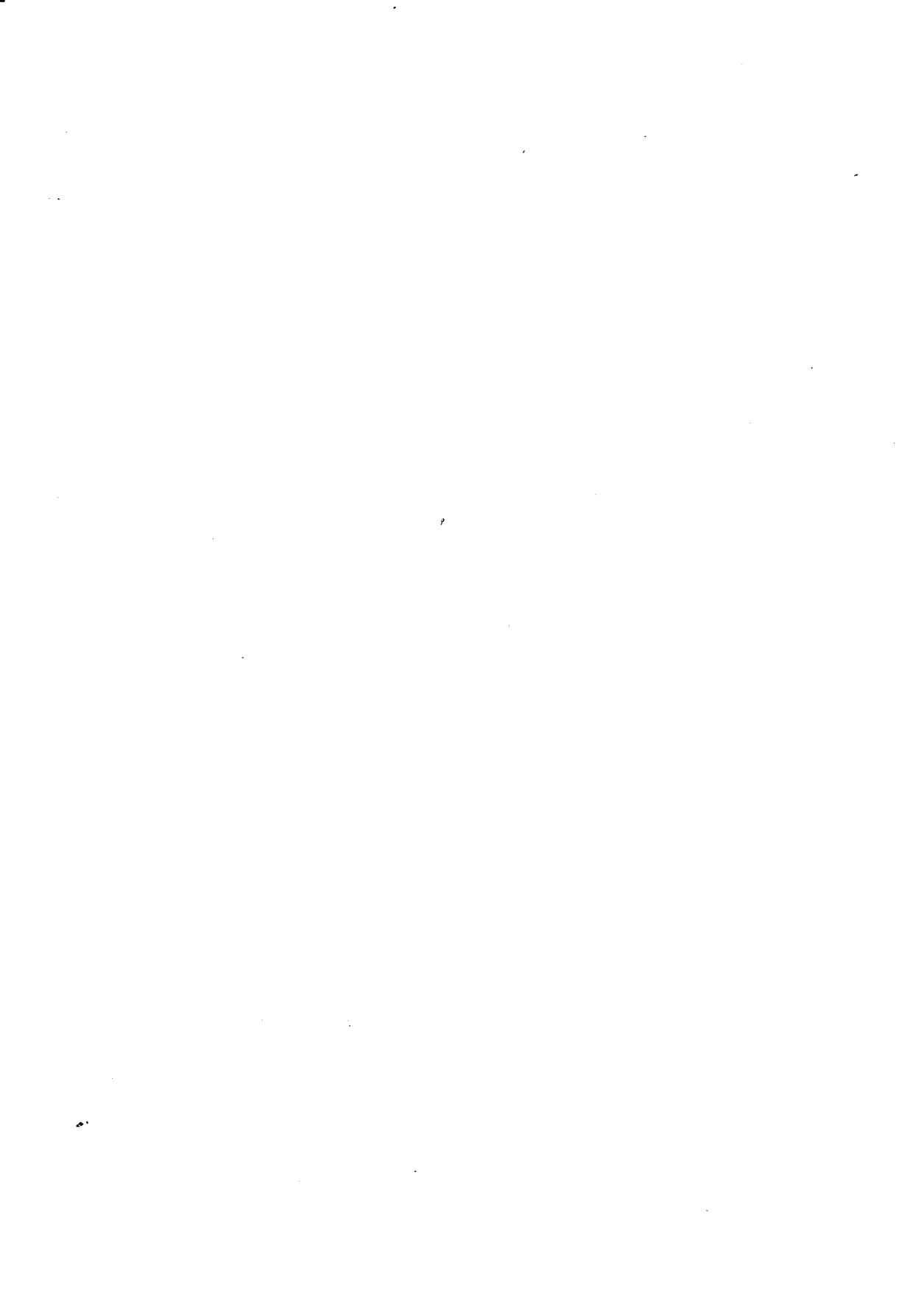
204. RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, t. II, Ed. Aranzi, 5.ª ed., Navarra, 2012.
205. ROSAS YATACO, Jorge: *Los sujetos procesales en el nuevo Código procesal penal*, Ed. Lex&Juris, Lima 2014.
206. ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Ed. Reus, Madrid, 2009.
207. ROMERO PRADAS, Isabel: *El sobreseimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
208. ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
209. ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
210. RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Fondo Editorial PUCP, 10.ª ed., aumentada, Lima, 2009.
211. RUBIO CORREA, Marcial: *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007.
212. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: *El ilícito civil en el Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1997.
213. SAN MARTIN CASTRO, Cesar: *Derecho procesal penal*, Vol. I, Ed. Grijley, Lima, 1999.
214. SAN MARTIN CASTRO, Cesar: *Derecho procesal penal*, Vol. II, 2.ª ed., Ed. Grijley, Lima, 2003.
215. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, Ed. Palestra, Lima, 2006.



216. SAN MARTÍN CASTRO, César/PÉREZ ARROYO, Miguel: *Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante*, Juris-ta. ed., Lima, 2014.
217. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Estudios de derecho procesal penal*, Ed. Grijley, Lima, 2012.
218. SANCHEZ VELARDE, Pablo: *El nuevo proceso penal*, Ed. IDEMSA, Lima, 2009.
219. SANCHEZ VELARDE, Pablo: *Código Procesal Penal comentado*, Ed. IDEMSA, Lima, 2013.
220. SANCHIS CRESPO, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Ed. Comares, Granada, 1995.
221. 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.
222. SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
223. SCHÜNEMANN, Bernd: *La reforma del proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
224. SEGURA ALANIA, Joel/SIHUAY HUAMANCAJA, Luis: *Recurso de casación penal peruano*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
225. SOPERA NAVAS, Francisco José: *Práctica del proceso penal*, Volumen I, Ed. Thomson Civitas, 2.ª ed., Madrid, 2004.
226. SERRA DOMINGUEZ, Manuel: *Estudios de derecho procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969.
227. STRATENWERTH, Günter: *Derecho Penal Parte General I*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

228. TALAVERA ELGUERA, Pablo: *La prueba en el nuevo proceso penal*, Academia de la Magistratura, Lima, 2009.
229. TARUFFO, Michele: *La prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
230. TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
231. TARUFFO, Michele: *Teoría de la prueba*, Ara Editores, Lima, 2012.
232. TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2003.
233. VALENCIA MIRÓN, Antonio José: *Introducción al derecho procesal*, Ed. Comares, Granada, 2000.
234. VÁSQUEZ, Carmen (editora): *Estándares de prueba y prueba científica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
235. VECINA SIFUENTES, Javier: *La casación penal. El modelo español*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
236. 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.
237. VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal: Parte General*, Ed. ARA, Lima, 2014.
238. VIVAS USSHER, Gustavo: *Derecho procesal penal*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999.
239. YAIPEN ZAPATA, Víctor Pastor: *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*, Ed. Ideas solución, Lima, 2014.
240. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2009.

Este Libro se imprimió en los talleres gráficos  
de Iakob Comunicadores & Editores S.A.C.  
Situado en: Calle Talladores 474 • Urb. El Artesano - Ate  
R. U. C. 20524555701  
Noviembre, 2015



La presente, constituye la obra más importante en Derecho Procesal Penal en los últimos 20 años en el Perú y una de las de mayor importancia académica en Latinoamérica. A lo largo del texto, no sólo se habilita una lectura técnica y sólida del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, conforme el Código Procesal Penal de 2004 (de corte acusatorio formal), sino que se esclarecen muchos aspectos hasta ahora controvertidos en la doctrina nacional y latinoamericana sobre la materia. No cabe duda que su lectura y manejo teórico y práctico, facilitará por completo la labor de los tres operadores de justicia penal: la del Juez (Poder Judicial), la del Fiscal (Ministerio Público) y de la Defensa (técnico-privada y pública). Nadie que quiera entender y ejercer, con éxito, el Derecho Penal desde la perspectiva procesal, debe dejar de revisar y hacer suyo un texto como éste.

Es innegable entonces, que su trascendencia nacional y comparada —a nivel de lengua castellana—, se resalta desde la propia obra, como también por la naturaleza del autor: un Profesor universitario formado en la dogmática más importante en materia procesal penal; y quien, además, ha caminado en los tres escenarios más relevantes del ejercicio jurídico (Asesor Letrado, Abogado privado y Magistrado del Poder Judicial), al punto de ocupar en la actualidad la Presidencia de una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.